ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ **4(119)/2021**

Засновано 1958 року

Представлено дослідження актуальних питань теорії права, історії права, філософії права, а також галузевих правових дисциплін, зокрема конституційного, цивільного, трудового, кримінального, господарського, екологічного, фінансового, адміністративного, земельного, аграрного, медичного, інформаційного права, права інтелектуальної власності, права соціального забезпечення; питання процесуального права, зокрема цивільного, господарського, адміністративного та кримінального процесу, а також судоустрою; окремі аспекти порівняльно-правових досліджень, а також досліджень у сфері міжнародного та європейського права.

Для наукових працівників, практиків, викладачів, аспірантів, студентів.

The issue covers research on the history of the theory of law, history of law, philosophy of law, as well as various fields of law, in particular, constitutional law, civil law, labor law, criminal law, economic law, environmental law, financial law, administrative law, medical law, land law, agrarian law, law of intellectual property and social security law; issues of procedural law, especially, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure and criminal procedure likewise judiciary; additionally, certain aspects of comparative legal research and research in international law and European law.

The issue is intended for researchers, legal practitioners, students.

ГОЛОВНИЙ РЕДАКТОР	**Ю. Д. Притика, д-р юрид. наук, проф. (Україна)**
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	**І. О. Ізарова, д-р юрид. наук, проф. (Україна) (заст. гол. ред.); І. С. Сахарук, канд. юрид. наук, доц. (Україна) (відп. секр.); С. В. Бобровник, д-р юрид. наук, проф. (Україна); К. Х. (Ремко) Ван Реє, д-р юрид. наук, проф. (Нідерланди); О. П. Васильченко, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Ю. В. Ващенко, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Ф. Гаскон-Інхаусті, д-р юрид. наук (Іспанія); Р. Ю. Гревцова, канд. юрид. наук, доц. (Україна); Н. Л. Губерська, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Т. Давуліс, д-р юрид. наук, проф. (Литва); Л. Ерво, д-р юрид. наук, проф. (Швеція); Т. О. Дідич, д-р юрид. наук, проф. (Україна); І. А. Діковська, д-р юрид. наук, доц. (Україна); О. А. Заярний, д-р юрид. наук, доц. (Україна); Т. Г. Ковальчук, канд. юрид. наук, доц. (Україна); А. О. Кодинець, д-р юрид. наук, доц. (Україна); О. Л. Кучма, д-р юрид. наук, доц. (Україна); М. А. Лупой, д-р права (Італія); Р. А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (Україна); І. А. Мацелюх, д-р юрид. наук, доц. (Україна); В. В. Носік, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Г. З. Остапенко, канд. юрид. наук, доц. (Україна); О. О. Отраднова, д-р юрид. наук, проф. (Україна); С. В. Прилуцький, д-р юрид. наук, доц. (Україна); В. В. Рєзнікова, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Е. Сільвестрі, д-р права, проф. (Італія); А. Узелац, д-р юрид. наук, проф. (Хорватія); О. З. Хотинська-Нор, д-р юрид. наук, проф. (Україна)**

Адреса редколегії	**Навчально-науковий інститут права, вул. Володимирська, 60, Київ, 02017, Україна ☎ (38044) 239 31 67 E-mail: visnyk.knu.law@gmail.com Web: http://visnyk.law.knu.ua/**

Затверджено	**Вченою радою ННІ права 25.10.21 (протокол № 4)**
Включено	**до Переліку наукових фахових видань України (категорія "Б"), галузь науки – юридична, код (шифр) спеціальності – 081 Наказ Міністерства освіти і науки України № 409 від 17 березня 2020 р.**
Зареєстровано	**Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10 КВ № 24096-13936Р від 31.07.19**
Засновник та видавець	**Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02**
Адреса видавця	**ВПЦ "Київський університет", б-р Тараса Шевченка, 14, м. Київ, 01601, Україна, ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28**

**© Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
ВПЦ "Київський університет", 2021**

BULLETIN
OF TARAS SHEVCHENKO NATIONAL UNIVERSITY OF KYIV

ISSN 1728-2195

LEGAL STUDIES 4(119)/2021

Founded in 1958

The issue covers research on the history of the theory of law, history of law, philosophy of law, as well as various fields of law, in particular, constitutional law, civil law, labor law, criminal law, economic law, environmental law, financial law, administrative law, medical law, land law, agrarian law, law of intellectual property and social security law; issues of procedural law, especially, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure and criminal procedure likewise judiciary; additionally, certain aspects of comparative legal research and research in international law and European law.

The issue is intended for researchers, legal practitioners, students.

Представлено дослідження актуальних питань теорії права, історії права, філософії права, а також галузевих правових дисциплін, зокрема конституційного, цивільного, трудового, кримінального, господарського, екологічного, фінансового, адміністративного, земельного, аграрного, медичного, інформаційного права, права інтелектуальної власності, права соціального забезпечення; питання процесуального права, зокрема цивільного, господарського, адміністративного та кримінального процесу, а також судоустрою; окремі аспекти порівняльно-правових досліджень, а також досліджень у сфері міжнародного та європейського права.

Для наукових працівників, практиків, викладачів, аспірантів, студентів.

EDITOR-IN-CHIEF	Prof. Prytyka Yurii (Ukraine)
EDITORIAL BOARD	Prof. Izarova Iryna (Deputy Editor-in-Chief) (Ukraine); Assoc. Prof. Sakharuk Iryna (PhD, Managing Editor) (Ukraine); Prof. Bobrovnyk Svitlana (Ukraine); Prof. Cornelis Hendrik (Remco) Van Rhee (the Netherlands); Dr. Gascón-Inchausti Fernando (Spain); Assoc. Prof. Hrevtsova Radmyla (Ukraine); Prof. Huberska Natalia (Ukraine); Dr. Vashchenko Yuliya (Ukraine); Dr. Davulis Tomas (Lithuania); Prof. Ervo Laura (Sweden); Prof. Didych Taras (Ukraine); Dr. Dikovska Iryna (Ukraine); Dr. Zaiarnyi Oleg (Ukraine); Assoc. Prof. Kovalchuk Tetiana (Ukraine); Dr. Kodynets Anatolii (Ukraine); Dr. Kuchma Olha (Ukraine); Assoc. Prof. Lupoi Michele Angelo (Italy); Prof. Maydanyk Roman (Ukraine); Dr. Matseliukh Ivanna (Ukraine); Prof. Nosik Volodymyr (Ukraine); Ostapenko Hanna (PhD) (Ukraine); Dr. Otradnova Olesia (Ukraine); Dr. Prylutskyi Serhii (Ukraine); Prof. Rieznikova Victoria (Ukraine); Prof. Silvestri Elisabetta (Italy); Prof. Uzelac Alan (Croatia); Prof. Khotynska-Nor Oksana (Ukraine)

Editorial address	Education and Research Law School, 60, Volodymyrska Street, Kyiv, 02017, Ukraine, phone: 38 044 239-31-67; E-mail: visnyk.knu.law@gmail.com Web: http://visnyk.law.knu.ua/
Approved by	the Academic Board of the Education and Research Law School, Taras Shevchenko National University of Kyiv (Protocol 4 of 25 October 2021)
Accreditation	The journal is included in the "List of Scientific Professional Editions of Ukraine" (Decree of the Ministry of Education and Science of Ukraine № 409 dated 17th March 2020)
Registration	the Ministry of Justice of Ukraine Registration certificate КВ № 16528-5000Р dated 19 April 2010 Registration certificate КВ № 24096-13936Р dated 31 July 2019
Publisher	Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing and Polygraphic Center "Kyiv University". Certificate included in the State Register DK № 1103 of 31.10.02
Address of publisher	Publishing and Polygraphic Center "Kyiv University", 14, Taras Shevchenko blvd., Kyiv, 01601, Ukraine, ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; fax 239 31 28

© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing and Polygraphic Center "Kyiv University", 2021

ЗМІСТ

Андріїв В. М.
Міжнародно-правовий захист трудових прав домашніх працівників 5

Бабич Я. С.
Співвідношення понять "правовий захист" та "охорона права" у науковому дискурсі 8

Венедіктов С. В.
Щодо застосування правових трансплантацій у трудовому праві України 12

Горбань Н. С.
Вчинення виконавчого напису нотаріуса на кредитних договорах: актуальні проблеми 16

Даниленко Б. В.
Ведична культура як складова формування права України 20

Євстігнєєв А. С.
Перспективи реалізації концепції сталого розвитку у контексті проєкту Закону про запобігання, зменшення та контроль забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності 29

Заярний О. А.
Позасудові форми захисту інформаційних прав приватних осіб та основні напрями їхньої адаптації до стандартів Європейського Союзу 34

Майданик Р. А, Майданик Н. І., Попова Н. Р.
Європеїзація та рекодифікація. Узуфрукт 40

Мяловицька Н. А., Златіна Н. Е.
Роль і значення судового прецеденту в системі джерел права 50

Некрутенко В. Р.
До питання систематизації ризиків, спричинених обробленням персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту 53

Остапенко Г. З.
Правова визначеність у контексті реформи місцевого самоврядування 59

Повар П. О.
Правове регулювання припинення фізичної особи-підприємця: понятійно-термінологічні проблеми 63

Прилуцький С. В.
Принцип природного суду: актуальні проблеми праворозуміння та правозастосування в Україні 70

Птащенко Д. С.
Самочинне (самовільне) будівництво: окремі проблеми кримінальної відповідальності в аспекті регуляторного законодавства України та нормативних складів кримінальних правопорушень 74

Савчук С. П.
Зарубіжний досвід правового регулювання багатосторонніх трудових правовідносин 79

Сахарук І. С.
Значення соціального діалогу для вдосконалення системи професійного розвитку працівників в Україні 83

Севрюков Д. Г.
Перспективи суверенітету держави у постпандемічному світі 88

Сіньова Л. М.
Започаткування та розвиток соціальної роботи в Німеччині 91

Стефанчук М. М.
Звільнення прокурорів під час атестації: визначення підстав 97

Угриновська О. І., Січка В. Р.
Відшкодування витрат на професійну правничу допомогу в цивільному судочинстві України: проблеми правозастосування 102

Шульгін В. В.
Особливості кодифікації законодавства у сфері оборони України: організаційно-правові аспекти 108

Щербак С. В.
Закономірності як предмет науки виконавчого процесу 116

Якимчук Н. Я.
Зміст і стан законодавчого закріплення правової категорії "фінансові ресурси" та її елементів 123

Інформація про авторів 128

CONTENTS

Andriiv V.
International Legal Protection of Labour Rights of Domestic Workers 5

Babych Ya.
Relationship of Concepts "Legal Protection" and "Protection of Rights" in Scientific Discourse 8

Venediktov S.
Concerning the Application of Legal Transplants in Labour Law of Ukraine 12

Horban N.
Making a Notary's Writ of Execution on Lending: Current Problems 16

Danylenko B.
The Vedic Culture as the Source of Ukrainian Law 20

Yevstihnieiev A.
Prospects of Implementing Sustainable Development within the Draft Law on Prevention and Control of Pollution Arising from Industrial Activity 29

Zaiarnyi O.
Non-judicial Forms of Protection of Information Rights of Individuals and the Main Directions of their Adaptation to the Standards of the European Union 34

Maydanyk R., Maydanyk, N., Popova N.
Europeanization and Recodification: Usufruct 40

Mialovytska N., Zlatina N.
The Role and Significance of Judicial Precedent in the System of Sources of Law 50

Nekrutenko V.
On the Systematisation of Risks Caused by the Processing of Personal Data Using Artificial Intelligence Technologies 53

Ostapenko H.
Legal Certainty in the Aspect of Local Government 59

Povar P.
Legal Regulation of Cessation of a Natural Person-entrepreneur: Conceptual and Terminological Problems 63

Prylutskyi S.
Principle of Natural Court: Current Problems of Legal Understanding and Law Enforcement in Ukraine 70

Ptaschenko D.
Unauthorized Construction: Some Problems of Criminal Liability in terms of Regulatory Legislation of Ukraine and Regulations of Criminal Offenses 74

Savchuk S.
International experience of legal regulation of multi-party employment relationships 79

Sakharuk I.
The Role of Social Dialogue for Improving the System of Employee's Professional Development in Ukraine 83

Sevriukov D.
The Prospects of the Sovereignty of the State in the Postpandemic 88

Sinova L.
Origination and Development of Social Work in Germany 91

Stefanchuk M.
Dismissal of Prosecutors during Attestation: Determination of Grounds 97

Ugrunovska O., Sichka V.
Reimbursement of Expenses for Professional Legal aid in the Civil Judiciary of Ukraine: Problems of Law Enforcement 102

Shulhin V.
Features of Codification of Legislation in the Field of Defense of Ukraine: Organizational and Legal Aspects 108

Shcherbak S.
Regularities as a Subject of Science of Executive Process 116

Iakymchuk N.
The Content and State of Legislative Consolidation of the Legal Category of "Financial Resources" and its Elements 123

The Information About the Authors 128

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 5-8
УДК 349.2
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-1

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

В. М. Андріїв, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0001-9118-763X
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ТРУДОВИХ ПРАВ ДОМАШНІХ ПРАЦІВНИКІВ

Наведено аналіз міжнародних правових актів, які регулюють трудові відносини домашніх працівників, а також пов'язані з ними проблеми. Визначено особливості такого регулювання, його характерні риси.

У зв'язку з тим, що нині проблема регулювання діяльності працівників, які на умовах трудового договору виконують роботу з обслуговування домашнього господарства, носить глобальний характер та є актуальною для багатьох країн світу, досліджуються основоположні стандарти та гарантії для осіб, які на умовах трудового договору займаються домашньою працею. Визначаються закріплені законодавством засоби для забезпечення домашнім працівникам гідних умов праці, а також захисту від дискримінації, різноманітних форм насильства і втручання в особисте життя домашніх працівників.

Методологічною основою дослідження стали загальнонаукові і спеціальні методи пізнання. За допомогою діалектичного методу розглянуто проблеми правового регулювання міжнародних норм застосування найманої праці домашніх працівників та їхній взаємозв'язок із тенденціями щодо розвитку міжнародного трудового права. Формально-логічний і системний методи використано для дослідження змісту міжнародно-правових актів, які регулюють трудові відносини домашніх працівників.

Головним результатом дослідження є регламентація за допомогою міжнародно-правових актів відносин із приводу застосування найманої праці домашніх працівників, поліпшення її умов, захист від дискримінації та створення умов для вільної реалізації їхніх здібностей до праці в межах національних законодавств для порівняльно-правового аналізу та пошуків шляхів удосконалення наявних систем. Акцентовано увагу на підвищенні ролі та необхідності у визнанні правових механізмів захисту трудових прав домашніх працівників, а також удосконаленні міжнародно-правових норм, спрямованих на їхній захист.

Ключові слова: домашня праця, працівник, договір найму, міжнародні правові акти, домашнє господарство, умови праці, правовий захист.

ВСТУП

Домашня праця – досить давній і важливий вид трудової діяльності в багатьох країнах. Домашня робота в її сучасному вигляді з'явилася з розмежування місця проживання та робочого місця. Оселя перетворилася з місця виробництва товарів на місце їхнього споживання. Домашня праця, деякою мірою, стала "невидимою", оскільки "реальною працею" дедалі частіше вважалася та, за яку безпосередньо одержують платню.

У сучасних проявах домашня праця – глобальне явище, яке увічнює ієрархічні відносини на основі раси, етнічної приналежності, приналежності до корінного населення і національності. Робота в домашньому господарстві – незалежно від того, чи виконується вона на оплачуваних умовах найманим працівником або неоплачуваних членом домашнього господарства в межах сімейних обов'язків чи в іншій якості – необхідна для функціонування економіки за межами домашнього господарства. Однак, на превеликий жаль, домашня праця залишається недооціненою. Вважається, що така трудова діяльність вимагає низької кваліфікації, оскільки, як правило, домашні функції виконують жінки, і праця осіб як домашніх працівників розглядається як природне явище. Збільшення частки жінок у складі робочої сили, зміни в організації праці та її інтенсифікація, відсутність ефективних політичних заходів, спрямованих на поєднання трудових і сімейних обов'язків, скорочення обсягу послуг із догляду, що надаються державою, фемінізація міжнародної міграції та старіння суспільства – усе це в останні роки збільшило попит на послуги з обслуговування домашнього господарства на умовах трудового договору.

Зважаючи на відсутність ефективного застосування трудового законодавства, домашні працівники як і раніше залежать від уявлень наймачів про справедливість, а не від визнаної світової норми, яка визнає їхню людську гідність. Саме тому діяльність домашніх працівників повинна заслуговувати на визнання, повагу й належне правове регулювання.

Метою статті є аналіз міжнародних правових актів, які регулюють трудові відносини з приводу застосування найманої праці домашніх працівників, їхнє значення та вплив на національне законодавство, теорію та практику трудового права.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Загальна характеристика термінології та понять. Міжнародною організацією праці 16.06.2011 р. ухвалено Конвенцію про домашніх працівників № 189, яка вперше визначила поняття домашньої праці та домашніх працівників, закріпила основоположні стандарти та гарантії для осіб, які на умовах трудового договору займаються домашньою працею, передбачила засоби для забезпечення домашнім працівникам гідних умов праці, а також захисту від дискримінації, різноманітних форм насильства і втручання в особисте життя домашніх працівників [1].

Проблема регулювання діяльності працівників, які на умовах трудового договору виконують роботу з обслуговування домашнього господарства, в сучасних умовах носить глобальний характер та актуальна для багатьох країн світу.

У зв'язку із цим, необхідно звернути увагу на термінологію, яка використовується в національному законодавстві держав щодо зазначених осіб.

Деякі держави не використовують поняття "домашня праця" через певні негативні позначення. Інші ж країни, навпаки, зберегли положення концепції "домашня праця", причому наголошується, що цей вислів займає заслужене місце в мові міжнародних відносин поряд із відносинами, які існують у межах окремої держави [2]. В інших регіонах прийнято говорити про "приватне домашнє господарство", однак це може свідчити про факт офіційного визнання відмінності між державним і приватним регулюванням трудових відносин.

Як уже зазначалося, 2011 р. на 100-й сесії Міжнародної конференції праці МОП прийнято Конвенцію № 189 про гідну працю домашніх працівників та Рекомендацію № 201 щодо домашніх працівників. Прийнят-

© Андріїв В. М., 2021

тя цих міжнародно-правових актів виступило певним правовим каталізатором щодо забезпечення гідної праці для домашніх працівників.

Ухвалення Конвенції № 189 було спрямоване на те, щоб захист трудових прав домашніх працівників здійснювався в межах вказаного міжнародного акта і входив у сферу трудових правовідносин. Термін, який використовується в Конвенції, визначає домашню працю як роботу, виконувану в домашньому господарстві або для домашнього господарства чи домашніх господарств. Тобто очевидно, що всі домашні працівники незалежно від того працюють вони на індивідуальну особу або на організації зобов'язані користуватися правовим захистом. Для того, щоб трудова діяльність працівника включала в себе такі поняття як "домашня праця", "домашній працівник", "трудові правовідносини домашнього працівника" необхідно враховувати таке: 1) місце, де здійснюється ця робота; 2) характер пропонованої роботи; 3) домашня робота не здійснюється з метою отримання прибутку; 4) правовий статус роботодавця (чи є він приватним наймачем або організацією); 5) письмове підтвердження існуючих правовідносин (договір); 6) праця домашніх працівників не повинна регулюватися будь-якими іншими законодавчими актами [3].

Конвенція встановлює термін "домашній працівник" як будь-яку особу, яка здійснює трудову діяльність у рамках трудових відносин з працедавцем. Вона встановлює мінімальні норми щодо прав і механізмів захисту, якими повинні користуватися домашні працівники. Крім цього, визнаючи економічну і соціальну цінність роботи, яку виконують домашні працівники, Конвенція № 189 підтверджує, що домашні працівники мають таке ж право на гідну працю, як і всі інші працівники. Державне регулювання робочого часу, часу відпочинку, мінімального розміру оплати праці та надання права на соціальне забезпечення – усі ці положення захищено Конвенцією, яка також включає заходи щодо запобігання або припинення зловживання і жорстокого поводження з працівниками.

Мінімальні стандарти Конвенції МОП № 189 для домашніх працівників. За оцінками МОП, в усьому світі домашньою працею більшою мірою зайняті діти у віці до 15 років і їхня чисельність становить уже більше 7,4 млн дітей. Тому визначення мінімального віку для прийому дітей на домашню роботу є важливим завданням для всіх держав-учасників цієї Конвенції. Згідно зі ст. 4 мінімальний вік для прийому на роботу не повинен бути нижче вікової межі, яка встановлена національним законодавством, а у випадках, якщо дитина зайнята домашньою працею до настання повноліття (18 років), то така робота не повинна перешкоджати отриманню освіти на різних ступенях.

Трапляється досить багато випадків, коли домашні працівники піддаються жорстокому поводженню. Подібне є доказом того, що роботодавці уникають покарання, відсутня будь-яка інформованість громадськості про випадки порушення прав домашніх працівників. Крім цього, бездіяльність профспілок також негативно впливає на створення механізмів захисту трудових прав зазначеної категорії працівників. Саме тому, згідно зі ст. 5 цієї Конвенції держава зобов'язана надати домашнім працівникам дієвий захист від різних зловживань, домагань і насильства. Це можливо здійснити, якщо домашні працівники будуть працевлаштовані через приватні агентства зайнятості, що дасть змогу уникнути певних зловживань і недобросовісної практики (ст. 15. Конвенції).

Домашні працівники, як правило, працюють в умовах, які надані їм роботодавцем. Тобто, ідеться про те, що зазначена категорія осіб не має можливості вибирати місце роботи, розпорядок робочого дня, час відпочинку, оскільки, у більшості випадків, роботодавець пропонує своє домогосподарство і свій режим роботи. Саме тому виникають складнощі при перевірці особи, яка використовує домашню працю в особистих цілях, щодо відповідності робочого місця трудовим стандартам. У багатьох країнах світу, не здійснюється контроль за роботодавцем із питань дотримання законодавства, коли працівник виконує роботу в домашніх умовах. У зв'язку із цим, ст. 6 Конвенції № 189 зобов'язує вживати заходів для забезпечення працівників справедливими умовами зайнятості, гідними умовами праці та, у разі їхнього проживання в домогосподарстві, гідними побутовими умовами з дотриманням недоторканності їхнього приватного життя [1].

У Конвенції міститься перелік найважливіших питань, які мають установлюватися в письмовому договорі, а саме: вид роботи, розмір винагороди, періодичність оплати, надання оплачуваної щорічної відпустки і щоденного або щотижневого часу відпочинку, надання харчування і житла, якщо це необхідно, а також строки повідомлення щодо припинення трудових відносин та умови звільнення.

Необхідно також відмітити, що на практиці роботодавці не завжди готові укладати трудові договори з працівниками в домашніх умовах. Є держави, на території яких діє "стандартний" або "типовий договір найму". Без сумніву, такі трудові договори є позитивним явищем, оскільки чітко регулюють умови праці й відносини працівника і роботодавця. Однак варто зазначити, що типовий договір найму закріплює тільки ті права працівників, які існують в національному трудовому законодавстві.

Досить важливим для зазначеної категорії працівників є питання регулювання робочого часу і часу відпочинку. Стаття 10 Конвенції № 189 зобов'язує держави вжити заходів для забезпечення рівного поводження з домашніми працівниками щодо нормальної тривалості робочого часу, компенсацій за роботу в надурочний час, періодів щоденного і щотижневого відпочинку й оплачуваних щорічних відпусток відповідно до положень національного законодавства. Деякі держави нормативно регулюють тривалість робочого часу, але як часто трапляється на практиці, від домашніх працівників часто очікують, що вони будуть надавати свої послуги цілодобово, особливо, якщо працівник зайнятий і проживає в домашньому господарстві роботодавця. Із цього приводу МОП прийняла Рекомендацію про гідну працю домашніх працівників 2011 року, де передбачено обмеження тривалості робочого часу домашніх працівників, які проживають за місцем роботи. Указаний документ націлений на обмеження довільного використання робочого часу працівників. Рекомендація, зокрема, закликає визначити за доцільне, кількість годин роботи, установити перерви протягом робочого дня, визначити випадки та ситуації в домашньому господарстві, які передбачають використання праці домашніх працівників у нічний час, якщо це буде потрібно роботодавцю, скласти робочий графік із зазначенням по годинах понаднормової роботи [4].

У багатьох країнах світу питання щодо рівня оплати праці домашніх працівників законодавчо ще не врегульовано. Домашні працівники визнані найбільш низькооплачуваною категорією працівників. Варто зазначити, що і відповідні відрахування не завжди надходять від роботодавців. Відповідно до положень Конвенції № 189, кожна держава зобов'язана вжити заходів щодо гарантування у сфері оплати праці, зокрема і надання забезпечення в розмірі не менше мінімальної заробітної плати та проведення виплат без гендерної дискримінації.

Однак, як уже зазначено, у більшості країн, національне законодавство встановлює мінімальну заробітну плату для всіх працівників, за винятком домашніх. Урядам держав, як правило, не вдається визнати домашню роботу повноцінною працею.

Статтю 12 Конвенції № 189 присвячено способам оплати праці, за допомогою яких домашній працівник може реалізувати своє право на гідне отримання винагороди за свої трудові обов'язки. У ній перераховано всі законні засоби грошової оплати, яка повинна проводиться раз у місяць. Положення Конвенції також не виключають можливість отримувати заробітну плату в натуральному виразі за згодою працівника, причому натуральні платежі повинні бути спрямовані тільки на особисті потреби працівника.

Специфіка домашньої праці, без сумніву, має враховувати також безпечні умови трудової діяльності домашніх працівників. Однак, досить часто, на практиці зазначені положення ігноруються з боку роботодавця, що робить працівника вразливим у частині дотримання безпечних умов праці. Стаття 13 цієї Конвенції зобов'язує роботодавців забезпечити охорону і гідні умови домашньої роботи. Нині у зв'язку з високою латентністю трудових правовідносин неможливо говорити про достатність заходів у більшості держав щодо забезпечення контролю умов праці домашніх працівників [1].

Що стосується соціального захисту працівників, то положення Конвенції у ст. 14 регулюють охорону материнства через національні законодавства держав, шляхом включення вразливих категорій працівників у систему соціальних виплат і соціального страхування.

У цьому аспекті, позитивним є досвід деяких промислово розвинених держави Європи. Наприклад, Австрія, Бельгія, Німеччина, Данія, Іспанія, Італія, Португалія, Франція та Швейцарія включають домашніх працівників у схеми компенсаційних виплат працівників, а також пенсійного забезпечення [5].

Стаття 16 Конвенції № 189 наділяє домашніх працівників правом на отримання доступу до судів, трибуналів та інших механізмів вирішення спорів. Це значить, що крім установлення механізмів захисту трудових прав домашніх працівників, їм також необхідно надати доступ до судового захисту. Законне письмове оформлення трудових правовідносин працівника і роботодавця, установлення мінімальної заробітної плати, облік робочого часу, спрощені системи виплат, відрахування до Фонду соціального страхування – усе це допомагає розглядати справи в судовому порядку в цивільно-правовій площині і спрощує тягар доведення факту порушення прав домашнього працівника [1].

Таким чином, можна констатувати, що нині є всі підстави і можливості для подачі позову в суд за фактом правопорушень роботодавцем захисту трудових прав домашніх працівників. Звичайно, такі правопорушення існують, однак відповідних звернень досить мало. Показовим є той факт, що у зв'язку з тим, що трудові відносини з домашніми працівниками оформляє мінімальна кількість роботодавців, то і скарги в державну інспекцію праці майже не надходять.

Групи домашніх працівників мають право на об'єднання, щоб створювати впливові альянси, вступати до лав профспілок і створювати такі партнерства. Конвенція № 189 (ст. 3) закликає держави створювати і проводити консультації з представницькими організаціями роботодавців і працівників, що дозволить підвищити і зміцнити рівень захисту цієї категорії працівників. Отже, задля ефективної дії механізму правового захисту щодо домашніх працівників, необхідне створення сприятливих і продуктивних умов для соціального партнерства.

ВИСНОВКИ

На підставі проведеного правового аналізу, з урахуванням актуальності проблеми трудової діяльності домашніх працівників, можна дійти висновку, що в сучасному світі зі зростанням попиту на працю домашніх працівників підвищується і необхідність у визнанні правових механізмів захисту їхніх трудових прав.

Основні трудові права та захист домашніх працівників закріплені в Конвенції № 189 про гідну працю домашніх працівників, яка достатньою мірою спрямована на соціальний захист домашніх працівників. Можна зазначити, що легалізація трудових договорів, укладених сторонами трудових правовідносин, є досить рідкісним правовим явищем. Небажання роботодавців офіційно оформляти і реєструвати договори з працівниками не дозволяє останнім перебувати в соціальній системі держави, гідно працювати і жити у пропонованих домогосподарством умовах.

Однак, на наш погляд, є підстави для вдосконалення міжнародно-правових норм, спрямованих на захист трудових прав домашніх працівників. Зокрема, Конвенція № 189 визначає термін "домашній працівник" як будь-яку особу, що займається домашньою працею в межах трудових правовідносин (пункт "b" ст. 1). Тобто, у цьому випадку не встановлено строк трудових правовідносин. Водночас закріплено визначення, що особа, яка займається домашньою працею лише час від часу або нерегулярно і не на професійній основі – не є домашнім працівником (пункт "c" ст. 1). Убачається, що зазначене положення встановлює терміновість таких відносин. Очевидно, що в такому випадку існує певна невідповідність положень Конвенції. У зв'язку із цим, було б доречним у ст. 1 Конвенції № 189 розширити термін "домашній працівник", включивши також пункт "a" і виключивши пункт "c", у такий спосіб: "це будь-яка особа, яка займається регулярною домашньою працею в домашньому господарстві або для домашнього господарства або домашніх господарств, у межах правовідносин, установлених між роботодавцем і домашнім працівником". Таке формулювання дозволило б зобов'язати роботодавців легально оформляти зайнятих домашньою працею і нести відповідальність за порушення цих норм.

З огляду на викладене, зазначимо, що значну кількість проблем у сфері правового регулювання праці домашніх працівників здатна розв'язати якнайшвидша ратифікація Конвенції № 189 широким колом держав.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про гідну працю домашніх працівників. – Конвенція МОП №189 від 16.06.2011 р. –//URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_530#Text
2. Implementation of International Labour Standarts for Domestic Workers. What works. Research Brief № 9. 2017. P. 4.
3. International Labour Office: Effective Protection for Domestic Workers: a Guide to Designing Labour Laws, Geneva, 2012, P. 12.
4. Конвенція МОП № 190 та Рекомендація МОП № 206 Короткий огляд. – //URL: https: //www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/ briefingnote/wcms_752224.pdf
5. International Labour Office: Social Protection Policy Papers(Paper 16) Social protection for domestic workers/Key policy trends and statistics (Paper 16), Geneva, 2016, P.5.

References:

1. Konventsiya pro hidnu pratsyu Domashnikh PRATSIVNYKIV. – Konventsiya MOP №189 vid 16.06.2011 r. – // URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_530#Text
2. Implementation of International Labour Standarts for Domestic Workers. What works. Research Brief № 9. 2017. P. 4.
3. International Labour Office: Effective Protection for Domestic Workers: a Guide to Designing Labour Laws, Geneva, 2012 P. 12.
4. Konventsiya MOP № 190 ta Rekomendatsiya MOP № 206 Korotkyy ohlyad. – // URL: https: //www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/ briefingnote / wcms_752224.pdf
5. International Labour Office: Social Protection Policy Papers (Paper 16) Social protection for domestic workers / Key policy trends and statistics (Paper 16), Geneva, 2016, P.5.

Received: 05/09/2021
Accepted: 20/10/2021

V. Andriiv, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF LABOR RIGHTS OF DOMESTIC WORKERS

The article addresses the analysis of international legal acts that regulate the labor relations of domestic workers, as well as related problems. The peculiarities of such regulation and its characteristic features are determined.

Due to the fact that the problem of regulating the activities of employees who perform work on household services under the employment contract today is global in nature, it is relevant to many countries around the world concerning the basic standards and guarantees for those employed under the contract and engaged in housework. The means established by law to provide decent work conditions for domestic workers, as well as protection against discrimination, various forms of violence and interference in the privacy of domestic workers are determined.

The methodological basis of the study were general and special methods of cognition. The dialectical method examines the problems of legal regulation of international norms of employment of domestic workers and their relation to a number of trends that have different effects on international labor law. Formal-logical and systematic methods were used in the study of the content of international legal acts governing the employment of domestic workers.

The main result of the study is the regulation through international legal acts of relations concerned with the use of hired labor of domestic workers, improving its conditions, protection against discrimination and creating conditions for the free exercise of their ability to work within national laws as well as for comparative legal analysis and ways of existing systems improvement. Emphasis is also placed on increasing the role and need for recognition of legal mechanisms for the protection of labor rights of domestic workers, improvement of international legal norms aiming at their protection.

Keywords: domestic work, employee, employment contract, international legal acts, household, working conditions, legal protection.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 8-11
УДК 342.7
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-2

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Я. С. Бабич, асп.
ORCID ID: 0000-0002-3616-5515
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ "ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ" ТА "ОХОРОНА ПРАВА" У НАУКОВОМУ ДИСКУРСІ

Розглянуто й досліджено юридичні категорії "правовий захист" та "охорона права". Проаналізовано правову природу і зміст цих визначень. Особливу увагу приділено характеристикам цих дефініцій у науковій міжнародній і вітчизняній доктринах. Розглянуто позиції п'яти різних наукових шкіл щодо розуміння означених понять. Перша когорта науковців дотримується поглядів, за якими такі дефініції аналізуються як взаємодія частини та цілого. Друга група вчених ототожнює поняття "правовий захист" та "охорона права". Третій погляд на означену теоретичну проблематику полягає у розмежуванні окреслених визначень. Четверта плеяда науковців розкриває аналізовані категорії крізь призму окремих галузей права, зважаючи на предмет і метод правового регулювання кожної окремої сфери. Універсальний підхід розмежовує поняття "правовий захист" і "охорона права" й розглядає їх як різні та водночас абсолютно повноцінні юридичні категорії. Обґрунтовано, що останній має нормативно-прикладне значення й результативно використовується міжнародним співтовариством як на доктринальному, так і на законодавчому рівні. На підставі проведеного теоретичного дослідження запропоновано самостійні наукові висновки та судження з аналізованої тематики, зокрема надано авторське визначення дефініції "правовий захист". Крім того, виокремлено основні ознаки, притаманні вищезгаданим категоріям. Особливу увагу наголошено на необхідності виділення превентивної складової поняття "правовий захист", яка має особливо важливий характер у межах означеної категорії.

Ключові слова: правовий захист, охорона права, права людини, відновлення порушених прав, недопущення правопорушення, превентивний характер.

ВСТУП

Вирішення будь-якої правової дискусії потребує глибокого всебічного аналізу змісту основних понять, дефініцій, термінів і категорій. Пропоноване дослідження має на меті розв'язати постале завдання щодо співвідношення категорій "правовий захист" та "охорона права" бодай у науковій сфері. Зростаючий останнім часом інтерес до означеної проблеми неодноразово привертав увагу вітчизняних і зарубіжних юристів. Кожен з авторів підкреслював її актуальність і багатогранність. Комплексний підхід і прагнення розв'язати поставлені завдання вимагає від нас дослідити позиції наукових шкіл щодо розуміння згаданих понять.

Об'єктом цього наукового дослідження є юридичні категорії "правовий захист" та "охорона права".

Методологічною основою вказаної розвідки, з огляду на її комплексний характер, покладено загальнонауковий діалектичний метод пізнання суспільних явищ у їхньому взаємозв'язку та розвитку. Також застосовано спеціальні методи наукового пізнання, з-поміж них: формально-юридичний і логіко-юридичний.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Для розв'язання означеної проблеми звертаємося до словника української мови, який у термін "захищати" вкладає такі значення: "оберігати, загороджувати, укривати кого-небудь або що-небудь від чогось шкідливого, небажаного, небезпечного" [1, с. 308]. Таке загальне тлумачення є цілком прийнятне і дозволяє нам перейти до з'ясування сутності категорії "правовий захист".

Останній дефініції присвячено велику увагу дослідників у сфері права. Її зміст розкривається на сторінках низки монографій, статей, публікацій і підручників. Огляд та аналіз правничої літератури дає підстави стверджувати про існування п'яти кардинально різних позицій щодо розуміння сутності категорії "правовий захист". У них учені, подекуди, співвідносять поняття аналізованої категорії з розумінням дефініції "правова охорона".

До прибічників першого підходу можна віднести радянських теоретиків права, серед яких: В. Смолярчук, С. Гулунський, М. Строгович та С. Алєксєєв. Останній, зокрема, визначав "захист прав" як державно-примусову діяльність компетентних органів, яка спрямована на регенерацію права, яке було порушено. "Захист права спрямований, у першу чергу, на здійснення "відновлюва-

© Бабич Я. С., 2021

льних" завдань і функцій держави – поновлення порушеного права та забезпечення юридичного обов'язку", – зазначає дослідник [2]. Таким чином, простежується позитивістський підхід до розуміння права, який був притаманний радянській юридичній школі, адже в умовах тоталітаризму інші позиції не могли існувати. Разом із тим, запропоноване С. Алєксєєвим визначення стало класичним для теоретико-правової науки і довгий час дублювалося в різних навчальних посібниках.

Розвиток юридичної науки в умовах української незалежності довгий період перебував під впливом штампів попередньої епохи. Це простежується з наукових праць теоретиків права, які беззастережно рецепіюють наукові позиції радянських дослідників. Так, вітчизняні правознавці С. Булавіна, Т. Давидова, Ю. Желіховська зводять поняття "правовий захист" лише до поновлення порушеного права або відновлення втраченого права. "Захист прав – це засіб, який наступає за порушенням і тягне за собою відновлення відповідного суб'єктивного права", – пише у своїх розвідках Ю. Желіховська [3]. Питання співвідношення понять "правовий захист" та "охорона права" при цьому підході вирішується як взаємодія частини та цілого. Отже, охорона права вважається ширшим поняттям, яке включає в себе запобігання, недопущення правопорушень і поновлення прав і свобод у випадку посягання на них, тобто захист права. Останнє, своєю чергою, зводиться лише до випадків порушення прав.

Із запропонованим підходом важко погодитись, адже залишається поза увагою превентивна складова поняття "захист", яка є особливо важливою. Вважаємо, що зміщення акцентів виключно на відновлення прав, у випадку їхнього порушення, є вузьким підходом і не вирішує частини проблем, що виникають на стадії запобігання і недопущення порушення таких прав.

Протилежного погляду дотримується плеяда інших вітчизняних учених, серед яких Г. Осетинська та П. Шумов [4]. Дослідники стоять на позиції, яку ми зараховуємо до другого підходу, ототожнення розуміння "охорона права" та "правовий захист". Аналізовані категорії розглядаються, як єдине ціле синонімічне поняття. "Охорона без захисту, як і захист без охорони, втрачає свій сенс, – наголошує П. Шумов, – оскільки незрозуміло, що охороняти" [4, с. 12]. Учені переконані, що їх не потрібно розривати і розглядати як самостійні юридичні явища.

Однак, такий підхід до співвідношення "правовий захист" та "охорона права" не всім науковцям видається переконливим та обґрунтованим. Так, є дещо інша, третя точка зору на зазначену теоретичну проблему. Вона полягає у розмежуванні аналізованих категорій. Таку думку висловив професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка С. Вавженчук. "Не можна погодитись із тим, що у правовій сфері ці поняття є тотожними та взаємозамінюваними", – наголошує дослідник [5, с. 47].

Далі українська дослідниця Н. Пархоменко, аналізуючи теоретико-правовий зміст понять і категорій, якими послуговується юридична наука, наголосила про відсутність між ними синонімів. Учена зазначила: "Хибність такого розуміння полягає в тому, що синонімічних понять не існує, адже є лише слова синоніми" [6, с. 53]. Таким чином, бачимо ґрунтовні докази, які заперечують факт ототожнення та синонімічного зв'язку між категоріями "правовий захист" та "охорона права". Поділяючи позиції останніх дослідників, вважаємо за доцільне означені поняття розмежовувати та розглядати як самостійні правові явища.

Четвертий підхід до осмислення змісту "правовий захист" сформувала плеяда науковців, які підійшли до визначення поняття через призму галузевого підходу. Так, дослідниця конституційного права О. Соколенко під "захистом прав" убачає "комплексну багатопланову інтегративну ознаку і водночас функцію держави, яка здійснюється крізь призму конструкцій демократичної, правової і соціальної держави, природного права та громадянського суспільства" [7]. Справді, забезпечення правового захисту є обов'язком держави, який покладається на уповноважені органи. Останні мають вживати відповідні заходи у тих сферах суспільного життя, де може виникнути загроза порушення прав громадян. Тож, враховуючи визнання у демократичних країнах людини як найвищої соціальної цінності, захист прав особи, беззаперечно, можна вважати й ознакою, і функцією держави. Останні проголошуються в основних нормативно-правових актах. Так, ст. 3 Конституції України визначає людину найвищою соціальною цінністю, а розділ II Основного закону присвячено правам і свободам громадян, які у тій чи іншій формі захищаються державою. Водночас, ми переконані, що захист як функцію варто розглядати не як суто декларативний намір, а як конкретний напрямок діяльності держави. Він закріплений нормативно-правовими актами за уповноваженими органами, з метою налагодження механізму означеної діяльності.

У такому руслі поняття "правовий захист" розглядає Т. Пащук. В основу своєї доктринальної праці дослідник заклав думку, що захистом прав людини є "правозастосовна та юрисдикційна діяльність державних компетентних органів, що спрямована на примусову реалізацію юридичного обов'язку, необхідного для реалізації права особи, на відновлення права або на попередження чи припинення такого порушення" [8]. Окремо вчений аналізує види юридичних засобів захисту, поділивши їх на дві групи: засоби державного і недержавного, тобто самостійного захисту. Така класифікація є важливою, адже вона демонструє, що захист – це не лише державна функція. До нього також належать недержавні заходи захисту.

Представники цивілістичної школи Київського національного університету імені Тараса Шевченка, серед яких Ю. Притика, убачають у захисті прав юридичну діяльність, метою якої є усунення перешкод на шляху реалізації суб'єктами своїх прав, а також припинення правопорушення, відновлення становища, яке існувало до моменту порушення [9]. Означений підхід має суб'єктивний характер, адже таким чином кожен учасник правовідносин наділяється можливістю усувати перешкоди, які не дозволяють йому реалізовувати власні права і таким чином самостійно захищати своє право. Публічна сфера захисту, з боку компетентних органів, тут відсутня.

Застосовуючи економіко-правовий підхід, М. Григорчук розглянув "правовий захист" як універсальну категорію, яка поширюється на економічну сферу, зокрема і на юридичних осіб – суб'єктів господарювання. "Правовий захист – це складний структурний елемент, який включає державно-примусову, юридичну та організаційно-практичну діяльність у законотворчій та економічній сферах, – зазначає дослідник, – він містить елементи судового, досудового, альтернативного (позасудового) видів захисту і самозахисту" [10]. Означений підхід є виправданим для сфери господарювання, однак не розкриває можливості використання превентивних заходів захисту для унеможливлення порушення права.

Проаналізовані думки дослідників щодо розуміння сутності "правовий захист", на нашу думку, містять вузький галузевий підхід і ефективно можуть спрацювати лише у конкретній сфері. Так, учені конституціоналісти розглядають поняття "правовий захист" як важливу та невід'ємну функцію держави. Представники адміністративної сфери вбачають у ньому юрисдикційну діяльність державних органів. Цивілістична правова думка зводить означене поняття до особистого захисту учасника правовідносин шляхом усунення перешкод на шляху забезпечення прав і свобод. Економіко-правова сфера до розуміння аналізованої категорії включає і захист інтересів суб'єктів господарювання.

Погляди на категорію "правовий захист" галузевого характеру, які ми аналізували, важливі для нашого дослідження, адже лише таким чином можна досягнути комплексного результату. Однак, досліджувана проблематика потребує універсального підходу, який відкриє шлях для розуміння сутності категорії "захист населення від інфекційних хвороб", яка так чи інакше торкається всіх сфер суспільних відносин.

Представники такого підходу належать до п'ятої групи та репрезентують як вітчизняну, так і зарубіжну науку. Яскравими представниками останньої є В. Тархов, В. Абрамов, А. Мордовець [11; 12; 13]. Дослідники розмежовують поняття "охорона права" та "захист права". Зокрема, перший учений стверджує, що охорона права діє на постійній основі й має на меті забезпечити здійснення такого права, а також недопущення його порушення. "Охорона забезпечується державою, яка встановлює та закріплює суб'єктивні права громадян, а також їхній захист, – пише В. Тархов, – проте носій права може самостійно вжити різних заходів охорони своїх інтересів, наприклад потурбуватися про охорону власних речей, забезпечити доказами кредиторські права (документи, свідки тощо)" [11]. Відтак, необхідність вдатися до захисту права виникає не лише у випадку його порушення, оспорювання, а й у разі виникнення загрози такого порушення.

Своєю чергою А. Мордовець розглядає поняття "охорона права" через призму реалізації прав і свобод, які перебувають під контролем соціальних інститутів. Такий контроль відбувається автономно, без їхнього безпосереднього втручання. Захист прав, на думку дослідника, застосовується лише тоді, коли права особи ще не порушені, проте їхня фактична реалізація – під загрозою. "Якщо є факт порушення, то необхідно не захищати права, а відновлювати їх", – стверджує дослідник [13, с. 88]. Такий підхід заслуговує на особливу увагу, адже при порушенні права важливим є його поновлення. Захист, натомість, має спрацьовувати на стадії виникнення реальної загрози порушення права.

У подібній тональності висловлено думки і вітчизняних дослідників, серед яких І. Зубач, С. Чорна, Т. Волошанівська. Вони запропонували універсальний підхід розмежування поняття "охорона права" та "захист права" [14]. Т. Волошанівська, зокрема, була достатньо переконливою при обґрунтуванні поняття "захист прав", під яким розуміла діяльність щодо застосування заходів із припинення порушення права або попередження такого порушення у випадку існування відповідної загрози. Авторка вдало акцентувала увагу, що основною ознакою правового захисту є підстава його виникнення – порушення права особи або конкретна загроза його порушення.

Ми поділяємо означений підхід і вважаємо за доцільне розмежовувати категорії "правовий захист" та "охорона права". Остання має загальносуспільний характер і контролюється соціальними інститутами. Перша має нормативно-прикладне значення й успішно використовується світовою спільнотою в міжнародних і вітчизняних нормативно-правових актах [15]. Під ним убачаємо комплексну самостійну правову категорію, яка включає в себе сукупність державних і недержавних (самостійних) заходів відновлювального і превентивно-попереджувального характеру, з метою поновлення, компенсації або недопущення порушення прав, свобод і притягнення винних осіб до юридичної відповідальності.

Сформульоване визначення дозволило нам виокремити такі ознаки досліджуваної категорії: до першої належить нормативність, яка полягає у відтворенні в міжнародних приписах, національних законодавчих і підзаконних нормативно-правових актах. Загальнообов'язковість – це друга ознака, яка полягає у невід'ємній дієвості приписів і норм, котрі регламентують захист прав у тих сферах суспільного життя, де вони потрібні. Третьою ознакою є обумовленість, яка демонструє наявність причино-наслідкового зв'язку між загрозою порушенням прав і свобод чи посяганням на них і безпосередньо захистом. Реституційність – це четверта ознака, яка забезпечує поновлення, компенсацію за порушення відповідних прав і свобод. Захист прав також має санкційний характер, тобто передбачає настання негативних наслідків у разі порушення відповідних прав і притягнення винуватих осіб до юридичної відповідальності. Така ознака дозволяє забезпечити недопущення порушення права загалом.

ВИСНОВКИ

Отже, дефініція "правовий захист" та її співвідношення з категорією "правова охорона" не втрачала своєї актуальності як за радянських часів, так і серед сучасних дослідників. Зміст цих понять розкривається на сторінках багатьох юридичних розвідок. Аналіз наукової літератури дає можливість засвідчити наявність п'яти відмінних позицій щодо розуміння сутності та співвідношення категорій "правовий захист" та "охорона права". Так, перша плеяда вчених притримується поглядів, за якими ці дефініції розглядаються як взаємодія частини та цілого. Друга група науковців ототожнює категорії "правовий захист" та "охорона права". Третій погляд на означену теоретичну проблему полягає у розмежуванні аналізованих дефініцій. Четвертий підхід надає змогу розкрити аналізовані категорії з погляду окремих юридичних галузей, враховуючи предмет і метод правового регулювання кожної окремої галузі. Останній – універсальний підхід, який ми підтримуємо цілком і повністю, розмежовує дефініції "правовий захист" і "охорона права" й розглядає їх як окремі повноцінні юридичні категорії. Адже "охорона права" передбачає загальносуспільний характер і контролюється соціальними інститутами, у той самий час перша категорія – "правовий захист" – має нормативно-прикладне значення й успішно застосовується міжнародною спільнотою в нормативно-правових актах права загалом.

Список використаних джерел:

1. Словник української мови : [в 11 т.] / АН Української РСР, Ін-т мовознав. ім. О. О. Потебні ; редкол.: І. К. Білодід (голова) [та ін.]. Київ : Наук. думка, 1970 – 1980. Т. 3 : 3 / ред. тому: Г. М. Гнатюк, Т. К. Черторизька. 1972. 744 с.

2. Алексеев С.С. Общая теория права. Т.1. М.: Юридическая литература, 1981. 359 с.

3. Желіховська Ю.В. Співвідношення та розмежування понять "охорона та захист" / Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2015. № 13 Том 2. с. 18-21.
4. Шумов П.В. Соотношение понятий "защита" и "охрана" информационных прав / П.В. Шумов // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2013. № 5. С. 12-14.
5. Вавженчук С. Я. Співвідношення понять "захист" та "охорона" трудових прав в чинному законодавстві / С. Я. Вавженчук // Форум права. 2010. № 1. С. 45-49.
6. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: [монографія] / Інститут держави і права ім. В. М.Корецького НАН України / Н. М. Пархоменко. К.: Юридична думка, 2008. 335 с.
7. Соколенко О. Л. Захист прав громадян як основна функція правової держави / О. Л. Соколенко // Часопис Київського університету права. 2013. № 2. С. 118-121.
8. Пашук Т.І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод : дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. Л., 2006.
9. Притика Ю. Д. Поняття і диференціація способів і захисту цивільних прав та інтересів // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2004. № 60–62. С. 16–19.
10. Григорчук М. В. Захист прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання: матеріальний і процесуальний аспекти / Теорія і практика правознавства. 2017. Вип. 1 (11). С. 1-13.
11. Абрамов В.И. Права ребенка и их защита в России: общетеоретический анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2007. 455 с.
12. Тархов В. А. Гражданское право: общая часть : курс лекций / под ред. В. А. Рыбакова. – Чебоксары : Чувашское книжное изд-во, 1997. 331 с.
13. Мордовец АС. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов, 1996.
14. Зубач І. М. Функція захисту у сучасному кримінальному провадженні України / І. М. Зубач // Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки. 2014. № 810. С. 178–183.
15. Волошанівська Т.В. Щодо питання розмежування понять "захист" та "охорона" у кримінальному провадженні в світлі міжнародних стандартів прав людини // Юридичний науковий електронний журнал. № 6. 2016. с. 216-220.

References:
1. Bilodid I.K. (1972). Slovnyk ukrai'ns'koi' movy [Dictionary of the Ukrainian language]. Kyi'v : Naukova Dumka.
2. Alekseev S.S. (1981). Obshhaja teoryja prava [General theory of law]. T.1. M.: Jurydycheskaja lyteratura [Legal literature], 1981.
3. Zhelihovs'ka Ju.V. (2015). Spivvidnoshennja ta rozmezhuvannja ponjat' "ohorona ta zahyst" [Correlation and delimitation of the concepts of "protection and defense"]. Naukovyj visnyk mizhnarodnogo gumanitarnogo universytetu. Serija: Juryspruden cija. [Scientific Bulletin of the International Humanities University. Series: Jurisprudence]. № 13. Vol. 2. p.18-21.
4. Shumov P.V. (2013). Sootnoshenye ponjatyj "zashhyta" y "ohrana" ynformacyonnyyh prav [The relationship between the concepts of "protection" and "protection" of information rights]. Ugolovno-yspolnytel'naja systema: pravo, ekonomyka, upravlenye [Penitentiary system: law, economics, management]. № 5. p. 12-14.
5. Vavzhenchuk S. Ja. (2010) Spivvidnoshennja ponjat' "zahyst" ta "ohorona" trudovyh prav v chynnomu zakonodavstvi [The ratio of the concepts of "protection" and " defense" of labor rights in current legislation]. Forum prava [Forum of law]. № 1. p. 45-49.
6. Parhomenko N. M. (2008) Dzherela prava: problemy teorii' ta metodologii'. [Sources of law: problems of theory and methodology]. Instytut derzhavy i prava im. V. M.Korec'kogo NAN Ukrai'ny [Institute of State and Law. VM Koretsky NAS of Ukraine]. K.: Jurydychna dumka [Legal opinion], 335 p.
7. Sokolenko O. L. (2013) Zahyst prav gromadjan jak osnovna funkcija pravovoi' derzhavy. [Protection of citizens' rights as the main function of the rule of law]. Chasopys Kyi'vs'kogo universytetu prava [Journal of Kyiv University of Law].№ 2. p. 118-121.
8. Pashuk T.I. (2006) Pravo ljudyny na efektyvnyj derzhavnyj zahyst i'i' prav ta svobod : dys... kand. juryd. Nauk [The human right to effective state protection of its rights and freedoms]: L'vivs'kyj nacional'nyj un-t im. Ivana Franka [Ivan Franko National University of Lviv]. L., 2006.
9. Prytyka Ju. D. (2004) Ponjattja i dyferenciacija sposobiv i zahystu cyvil'nyh prav ta interesiv [The concept and differentiation of methods and protection of civil rights and interests]. Visnyk Kyi'vs'kogo nacional'nogo universytetu imeni Tarasa Shevchenka [Bulletin of the Taras Shevchenko National University of Kyiv].№ 60–62. p. 16–19.
10. Grygorchuk M. V. (2017) Zahyst prav ta ohoronjuvanyh zakonom interesiv sub'jektiv gospodarjuvannja: material'nyj i procesual'nyj aspekty [Protection of rights and legally protected interests of business entities: material and procedural aspects]. Teorija i praktyka pravoznavstva [Theory and practice of jurisprudence]. Issue. 1 (11). p. 1-13.
11. Abramov V.Y.(2007) Prava rebenka y yh zashhyta v Rossyy: obshheteoretycheskyj analyz: dys. ... d-ra juryd. nauk [The rights of the child and their protection in Russia: general theoretical analysis: dis. ... Dr. Jurid. Science]:. Saratov. 455 p.
12. Tarhov V. A. (1997) Grazhdanskoe pravo: obshhaja chast' : kurs lekcyj [Civil law: the general part: a course of lectures] / pod red. V. A. Rybakova. – Cheboksary : Chuvashskoe knyzhnoe yzd-vo [Chuvash Book Publishing House]. 331 p.
13. Mordovec A.S. (1996) Socyal'no-jurydycheskyj mehanyzm obespechenyja prav cheloveka y grazhdanyna [Socio-legal mechanism for ensuring human and civil rights]. Saratov.
14. Zubach I. M. (2014) Funkcija zahystu u suchasnomu kryminal'nomu provadzhenni Ukrai'ny [Function of protection in modern criminal proceedings of Ukraine]. Visnyk Nacional'nogo universytetu "L'vivs'ka politehnika". Jurydychni nauky [Bulletin of the National University "Lviv Polytechnic". Legal sciences.]. № 810. p. 178–183.
15. Voloshanivs'ka T.V. (2016) Shhodo pytannja rozmezhuvannja ponjat' "zahyst" ta "ohorona" u kryminal'nomu provadzhenni v svitli mizhnarodnyh standartiv prav ljudyny [On the issue of distinguishing between the concepts of "protection" and "defense" in criminal proceedings in the light of international human rights standards]. Jurydychnyj naukovyj elektronnyj zhurnal [Legal scientific electronic journal]. № 6. p. 216-220.

Received: 18/09/2021
1st Revision: 05/10/2021
Accepted: 20/10/2021

Ya. Babych, PhD Student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

RELATIONSHIP OF CONCEPTS "LEGAL PROTECTION" AND "PROTECTION OF RIGHTS" IN SCIENTIFIC DISCOURSE

The article addresses the understanding of the legal categories "legal protection" and "protection of rights". The legal nature and content of these definitions are analyzed. Particular attention is paid to the characteristics of these definitions in scientific international and domestic doctrines. The positions of five different scientific schools on the understanding of these concepts are considered. The first cohort of scientists adheres to the views according to which such definitions are analyzed as interaction of whole and part. The second group of scholars identifies the concepts of "legal protection" and "protection of rights". The third point of view on the specified theoretical problems, consists of the delimitation of the outlined definitions. The fourth constellation of scholars reveals the analyzed categories through the prism of individual branches of law, taking into account the subject and method of legal regulation of each area. The universal approach distinguishes between the concepts of "legal protection" and "protection of rights" and considers them as different, but at the same time absolutely full-fledged legal categories. It is substantiated that the latter has normative and applied significance and is effectively used by the international community both at the doctrinal and legislative levels. On the basis of the conducted theoretical research the independent scientific conclusions and judgments on the analyzed subjects are offered, in particular the author's definition of definition "legal protection" is given. In addition, the main features inherent in the above categories are highlighted. Particular attention is paid to the need of highlighting the preventive component of the concept of "legal protection", which is particularly important within this category.

Keywords: legal protection, human rights, restoration of violated rights, prevention of offenses.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 12-16
УДК 349.2
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-3

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

С. В. Венедіктов, д-р юрид. наук, доц., проф.
ORCID ID: 0000-0002-0967-5085
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ ТРАНСПЛАНТАЦІЙ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Трансплантація правових норм та інститутів однієї країни іншою є достатньо поширеним явищем у світі. Причому трудове право належить до тих галузей права, які природно є придатними для проведення таких трансплантацій. Їхні прояви у вітчизняному трудовому праві характерні, передусім, для періоду його становлення та розвитку. Звертаючись до перспектив застосування трансплантацій у трудовому праві України, слід констатувати, що в подальшому наведене явище тією чи іншою мірою буде неодмінно супроводжувати процес нормотворчості. Зазначеному сприяють членство нашої держави в МОП, євроінтеграція, зростаюча глобалізація, поступове звуження соціальних бар'єрів, стрімкий розвиток цифрових технологій тощо.

Правові трансплантації не слід розглядати як варіант, що дозволяє мінімізувати зусилля під час реформування національного законодавства, навпаки, їх характеризує достатньо складна процедура. Ця процедура не вибачає формалізму й дилетантства, і виражається не в буквальному перенесенні норми або інституту права, а являє собою складний комплексний процес, для якого характерним є врахування значного спектра супутніх компонентів. До таких компонентів належать: політична складова, соціально-економічний контекст, традиції в суспільстві та соціальна культура, а також правова культура. Комплексне та виважене врахування наведених компонентів, безперечно, матиме наслідком позитивний результат. Це зумовлено наявністю значної кількості зарубіжних прикладів, які вже давно апробовані практикою і привели до сприятливих наслідків у правовому регулюванні трудових відносин, а їхнє запровадження в Україні, безперечно, слугувало би поштовхом для подальшого розвитку й ефективного функціонування вітчизняного трудового права.

Ключові слова: правова трансплантація, Міжнародна організація праці, зарубіжний досвід, трудові правовідносини, законодавство про працю.

ВСТУП

Трудове право України на цей час уже достатньо складно уявити без компаративістичної складової. Так, для більшості сучасних комплексних наукових досліджень у сфері праці є характерною та обставина, що їхні автори, наводячи власне бачення реформування національного законодавства, спираються зокрема й на зарубіжні приклади. Причому, якщо звернутися безпосередньо до практичної складової вдосконалення законодавства про працю, то в документах, що супроводжують відповідні проєкти нормативно-правових актів, можна зустріти й конкретні посилання на використання досвіду правового регулювання інших країн. Як приклад у цьому випадку доречно навести пояснювальну записку до проєкту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо спрощення регулювання трудових відносин у сфері малого і середнього підприємництва та зменшення адміністративного навантаження на підприємницьку діяльність", зареєстрованого у Верховній Раді України 13.04.2021 за № 5371. У вказаному документі зазначено, що у процесі його підготовки враховано практики державного регулювання трудових відносин у США, Японії, Франції, Іспанії, Швейцарії та інших країнах [1]. Зауважимо, що в цьому випадку викликає інтерес не тільки сама компаративістична складова законопроєкту, але й ентузіазм його розробників щодо об'єднання в одному акті практик двох кардинально протилежних англосаксонської (США) та романо-германської (Франція, Іспанія, Швейцарія) правових сімей.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Термін "правова трансплантація" (англ. – *legal transplant*) запроваджено британськими науковцями (О. Кан-Фройндом, А. Уотсоном та ін.) у 70-х рр. XX ст. і на цей час отримав найпоширеніше використання серед компаративістів для позначення перенесення норми або інституту права з однієї країни до іншої. Проте наведену категорію все ж таки не слід вважати достатньо новою в наукових дослідженнях. Так, Шарль-Луї де Монтеск'є ще 1748 р. наголошував на тому, що закон, у загальному його розумінні, є розумом людським, настільки він керує народами землі, а закони політичні та громадянські кожного народу мають бути не більше як окремими випадками застосування цього розуму. Ці закони повинні бути настільки пристосованими для народу, для якого вони встановлені, що лише надзвичайно зрідка закони одного народу можуть виявитися придатними і для іншого [2].

Кілька століть потому британський професор О. Кан-Фройнд, посилаючись на слова Монтеск'є, підкреслював, що ми не можемо вважати само собою зрозумілим, що норми або інститути підлягають трансплантації. Критерії, що відповідають на питання про те, наскільки це є можливим, змінилися із часів Монтеск'є, але будь-яка спроба використати модель закону поза середовищем її походження продовжує тягнути за собою ризик відторгнення. Усвідомлення цього ризику не має стримувати законодавців будь-якої країни від використання порівняльного методу. Проте його застосування потребує знань не лише зарубіжного права, але і його соціального та, насамперед, політичного контексту. Практичне застосування порівняльного права призводить до негативного результату у тому випадку, якщо воно ґрунтується на формалізмі, який ігнорує супутні фактори прийняття закону [3, с. 27].

А. Уотсон, оспорюючи думку О. Кан-Фройнда, апелював прикладом рецепції римського права західним світоглядом. На думку науковця, система приватного права, яка була сформована ще у VI ст. упорядниками Юстиніана для ранньої Візантійської імперії, могла бути і була прийнята дуже значною мірою та введена в дію у більшості країн доби Середньовіччя, Відродження та навіть Європи XIX ст.: однаково на католицьких, кальвіністських і лютеранських територіях; у сільськогосподарських країнах; у торгових містах, в яких правила купецька олігархія; у монархіях і республіках. З Європи наведене запозичене право могло бути та було перенесене безпосередньо або під впливом європейських законів, особливо Цивільного кодексу Франції, до Квебеку, Луїзіани, Південної Америки та більшої частини Африки [4, с. 313].

У цьому випадку доречно погодитись з Ш. Цонглінгом, який аналізуючи позицію А. Уотсона стосовно рецепції римського права, звертає увагу на те, що її не

© Венедіктов С. В., 2021

слід розглядати як типовий випадок легкої трансплантації, адже римське право у тому вигляді, в якому воно було прийнято за часів Середньовіччя і згодом, було замкнутою системою, яка в подальшому ретельно вивчалася поколіннями науковців і повністю відійшла від первинних для неї соціальних умов. На думку вченого, уявлення про те, що в наш час географічні, соціально-економічні та культурні чинники вже втрачені, а суто політичні чинники значно збільшились, не є обґрунтованим припущенням. Він зазначає, що межі між політичними, соціально-економічними і культурними чинниками визначити достатньо важко. Більш того, в існуючому світі майже немає нічого суто політичного. У кінцевому підсумку політика багато в чому визначається економічними інтересами різних соціальних груп у сфері права. А тому правова трансплантація, у цілому, є дуже складною. Це стосується її об'єктів, причин, способів і наслідків [5, с. 855].

Слід зазначити, що крім рецепції римського права Західною Європою історія налічує багато прикладів трансплантації норм або інститутів права. Як приклад успішної трансплантації можна навести запровадження Японією американської моделі регулювання певних видів суспільних відносин (зокрема і трудових), яке відбувалося в середині XX ст. А в цьому випадку слід погодитись із позицією Ж.-Л. Гальперена, який наголошує, що з 1945 по 1952 роки окупація США не означала перетворення Японії на країну англосаксонської правової сім'ї. Структура ключових нормативно-правових актів була збережена та багато інститутів (наприклад, кримінально-процесуальні) залишалися дуже відмінними від американської моделі. Швидше йшлося про розвиток Японії як демократичної та соціально орієнтованої держави, відповідно до американської політики "Нового курсу" та впливу численних правових реформ, що проводились в європейських країнах (Франції, Німеччині та ін.). Це стосувалося в першу чергу Конституції, судової системи, корпоративних відносин і трудових стандартів, які були переглянуті реформами 1945–1952 років, натхненними американською владою [6].

Своєрідним прикладом вдалої правової трансплантації також виступають і міжнародні стандарти, передусім, акти Міжнародної організації праці (МОП). МОП є спеціалізованою установою ООН, яка безпосередньо займається питаннями сфери праці. Станом на сьогодні членами цієї організації є 187 держав. МОП приймає конвенції, рекомендації і протоколи, присвячені питанням праці. Конвенції, яких зараз налічується 190, є міжнародними договорами, обов'язковими для виконання у випадку їхньої ратифікації. Рекомендації не потребують ратифікації, а тому формально не наділені обов'язковим статусом. Нечисленні протоколи, основною метою яких є конкретизація та доповнення окремої конвенції, підлягають ратифікації та, відповідно, є обов'язковими для країни, що до них приєдналася. О. Кан-Фройнд наголошує, що немає такої сфери людських зусиль, в якій важливіше встановити міжнародні стандарти та трансплантувати інститути і принципи з більш розвинених країн. Це не тільки важливо, вражаючі досягнення МОП показують, що це можливо. Якщо де-небудь ми бачимо компаративістичний метод у дії, то в цьому випадку така дія є успішною [3, с. 20].

Слід погодитись з І. Я. Кисельовим щодо існування у випадку з МОП також і непрямої трансплантації правових норм. Така трансплантація виникає в разі, коли країна сприймає стандарти МОП, які у свою чергу відтворюють певну національну модель. Наприклад, німецькі юридичні норми свого часу були закладені в основу Рекомендації МОП про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця, від 1963 року (№ 119) та однойменних Конвенції № 158 і Рекомендації № 166 від 1982 року [7, с. 18]. Зауважимо, що положення Рекомендації № 166 були буквально перенесені до ст. 23 Кодексу законів про працю України (КЗпП). Таку трансплантацію, на жаль, не можна назвати повністю успішною для вітчизняного трудового права, адже, якщо прискіпливо розглянути норми Рекомендації № 166 та КЗпП, то можна побачити, що їхнє змістовне навантаження виявляється зовсім різним. Так, положення Рекомендації № 166 розглядають інтереси працівника не як підставу для укладення строкових трудових договорів, як це фактично вбачається зі змісту ч. 2 ст. 23 КЗпП, а як відповідну гарантію, спрямовану проти зловживання наведеними договорами. У свою чергу, у випадку практичної реалізації ч. 2 ст. 23 КЗпП інтерес працівника в укладенні строкового трудового договору дуже часто фактично виявляється інтересом роботодавця, який не зацікавлений у виникненні трудових правовідносин на невизначений строк. Тобто, працівник, під тиском неможливості отримати іншої роботи, може бути змушеним написати заяву з "проханням" укласти з ним строковий трудовий договір, обумовлюючи його укладення власними інтересами, наприклад, сімейними обставинами.

Як приклад неефективної правової трансплантації можна навести запровадження Великобританією 1971 року деяких змін до трудового законодавства за аналогією з положеннями Закону США про трудові відносини між адміністрацією та профспілками від 1947 року (Закон Тафта-Хартлі), які після трьох років дії були скасовані. Досліджуючи фактори, що призвели до провалу трансплантації моделі американського колективно-договірного права Великобританією, Х. Р. Сендісон доходить до висновку, що робота реформатора порівняльного права в дійсності не відрізняється від роботи будь-якого реформатора права. Хоча вивчення іноземних законів може бути повчальним і навіть надихаючим, воно в кінцевому підсумку не звільняє уряд від зобов'язань стосовно ініціювання відповідної реформи внутрішнього законодавства щодо його приведення у відповідність із потребами, якостями та бажаннями свого народу. Будь-який реформатор права, який шукає найкоротший шлях у реформі шляхом застосування порівняльного права, буде розчарований. Насправді, реформаторам законів було б набагато краще покладатися на презумпцію неможливості трансплантації під час дослідження законодавства іноземних держав. Це, безперечно, була позиція Монтеск'є, і немає кращого доказу його далекоглядності, ніж британський Закон про промислові відносини в редакції 1971–1974 рр. [8, с. 319].

Цікаво, що прояви трансплантацій у вітчизняному трудовому праві є характерними, передусім, для періоду його становлення та розвитку. Слід повністю погодитись з І. Я. Кисельовим, який як позитивний приклад наводив трансплантації норм англійського фабричного законодавства XIX ст. у трудове право Російської імперії або німецького та французького трудового законодавства в КЗпП від 1922 р.. Як неефективний приклад трансплантації вчений зазначав імплементацію наприкінці 80-х рр. минулого сторіччя зарубіжних норм, що були відображені в Законі СРСР "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)". Цей Закон, що був прийнятий 1989 року, з одного боку, механічно копіював деякі положення західного законодавства, без урахування специфіки тодішнього радянського права, а з іншого боку, ігнорував ряд міжнародних трудових стандартів, рекомендацій МОП [7, с. 18]. Зазначимо, що, вирішення колективних трудових спорів у нашій державі фактично регламентувалося нормами союзного закону аж до прийняття 1998 року Закону України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)", який із незначними змінами діє і нині.

О. Кан-Фройнд, розглядаючи особливості трансплантації моделі регулювання колективно-договірних відносин, підкреслював, що законодавство у сфері праці складається з певних окремих елементів. Це стосується індивідуальних відносин між роботодавцями і працівниками щодо заробітної плати та робочого часу, безпеки й охорони праці, відпусток і пенсій. Однак це також стосується колективних відносин між профспілками або іншими групами працівників та адміністрацією, способу організації ринку праці за допомогою взаєморозуміння між ними, способу встановлення правил поведінки за їхніми домовленостями та способу врегулювання можливих конфліктів між ними. На погляд ученого, перший елемент, індивідуальне трудове право, набагато легше піддається трансплантації, ніж другий елемент, тобто колективне трудове право. Стандарти охорони праці та норми щодо основних умов зайнятості можуть бути запозиченими, у свою чергу, норми про колективні договори, закритий цех[1], профспілки та страйки – ні [3, с. 21].

Е. Форсайт, заперечуючи аргументи О. Кан-Фройнда, наголошує, що його припущення про неможливість трансплантації колективного трудового законодавства не можна назвати правильним. Учений як приклад у цьому випадку наводить діяльність МОП із просування міжнародних стандартів щодо колективних переговорів, свободи асоціації та інших аспектів колективних трудових відносин. Він наголошує, що багато держав-членів МОП запровадили ці стандарти у своє національне трудове законодавство. Однак можна бачити, що ряд факторів пояснюють, чому деякі спроби трансплантації колективно-договірного права зазнали невдачі. Крім різних систем колективних відносин (які, у свою чергу, відображають культурні відмінності), критичними факторами можуть бути стадія розроблення та стан готовності країни-одержувача до нових законів. Те ж саме можна сказати про відмінності в ринках праці, правових системах і правовій культурі [9, с. 24]. На думку І. Я. Кисельова, найвищий ступінь приживлюваності спостерігається стосовно інститутів індивідуального трудового права, особливо якщо країна-донор і країна прийому мають рівний рівень економічного розвитку. Найнижчий ступінь приживлюваності демонструють інститути колективного трудового права: профспілкові права, колективні договори, мирний розгляд колективних трудових спорів, право на страйк і локаут, участь працівників в управлінні виробництвом на всіх рівнях, процесуальні норми, зокрема і моделі організації судочинства. Низький ступінь приживлюваності зазначених інститутів на чужоземному ґрунті пояснюється тим, що вони нерозривно пов'язані з розподілом влади в конкретній країні, з балансом сил організованих груп, центрів впливу в галузі праці та трудових відносин [7, с. 19].

Повертаючись до проблематики Закону СРСР "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" від 1989 р., зазначимо, що колективне трудове право характеризує ярко виражена комплексність, яка проявляється у безлічі супутніх взаємообумовлених факторів, що потребують обов'язкового врахування. В індивідуальному трудовому праві така комплексність є менш вираженою, а тому окремі його суто технічні або прикладні інструменти природно мають схильність до більшої приживлюваності. До того ж, запроваджуючи новітні для СРСР механізми вирішення колективно-договірних спорів, тогочасний законодавець не врахував тієї особливості, що правова трансплантація матиме позитивний ефект лише у правовій системі, яка має подібне або майже подібне соціальне, економічне та культурне середовище. Відповідно запровадження західної моделі вирішення колективних трудових спорів у країні, політична ідеологія якої вказувала на те, що страйк не може існувати в суспільстві, у якому було поборено протистояння класів, а трудові колективи мали широкий спектр свобод і повноважень лише на папері, було приречене на невдачу.

Звертаючись до перспектив застосування трансплантацій у вітчизняному трудовому праві, слід констатувати, що в подальшому наведене явище тією чи іншою мірою буде неодмінно супроводжувати процес нормотворчості. Зазначеному сприяють членство України в МОП, євроінтеграція, зростаюча глобалізація, поступове звуження соціальних бар'єрів, стрімкий розвиток цифрових технологій тощо. Проте в цьому випадку слід завжди пам'ятати, що правова трансплантація не вибачає формалізму й дилетантства, вона виражається не в буквальному перенесенні норми або інституту права, а являє собою складний комплексний процес, для якого характерним є врахування значного спектра супутніх факторів. До таких факторів належать:

1. Політична складова. Політику, безперечно, слід віднести до одного з головних двигунів нормотворчості. Причому дуже часто ідеї правових трансплантацій виникають на ґрунті певного перехідного періоду, коли в країні відбуваються зміни у ключових сферах суспільного життя, що потребує проведення швидких правових реформ, які можуть бути реалізовані зокрема й "за рахунок" позитивного досвіду інших держав. У цьому випадку доречно навести позицію О. Кан-Фройнда, який наголошував, що в кожній країні відносини між роботодавцями і працівниками формуються під впливом міцних політичних традицій, а також традицій, пов'язаних із роллю організацій з обох сторін, як груп політичного тиску, що просувають законодавство, так і нормотворчих сил, що діють через процедури колективних переговорів [3, с. 20]. І. Я. Кисельов зазначав, що неможливо, безперечно, ігнорувати й ту обставину, що запозичення зарубіжних трудових норм – це аж ніяк не суто технічна операція. Звернення до зарубіжного досвіду і його використання завжди є предметом протиріч, полеміки, конфліктів різних соціальних і політичних сил, а нерідко й об'єктом політичних спекуляцій [7, с. 17, 20].

2. Соціально-економічний контекст. Трудове право слід віднести, мабуть, до однієї з найбільш соціальних серед інших галузей права України, адже воно регулює не тільки трудові відносини з виробництва матеріальних і духовних благ, але й забезпечує реалізацію соціально-економічних прав працюючої людини. Відносини праці охоплюють колосальну кількість людей, які подекуди формують кардинально різні верстви населення, а реалії життя, на жаль, є такими, що молода особа, одного часу уклавши свій перший трудовий договір, може взагалі його припинити власною природною смертю вже у похилому віці. У свою чергу, в основу будь-якої правової реформи також закладена й економічна складова. На думку Я. Почек, важливо знайти правильний баланс між цими двома категоріями. Щоб бути найефективнішим у соціальному й економічному напрямах у сфері трудового права, законодавцю не слід застосовувати однобічний підхід, оскільки він часто є менш стійким. Навпаки, йому необхідно залучати до процесу прийняття рішень усі відповідні зацікавлені сторони ринку праці. Адже ринок праці регулюється правилами, які попередньо узгоджуються представниками його учасників, працівниками, роботодавцями та державою. Трудове право є особливо чутливою галуззю, оскільки воно вимагає координації різних державних і недержавних суб'єктів, щоб забезпечити захист прав, баланс сил, виробничий світ, а також економічну ефективність і стійкість. Слід завжди пам'ятати про те, що право, і

[1] Термін "закритий цех" (англ. – *closed shop*) є характерним передусім для зарубіжного трудового права. Під ним слід розуміти окреме положення колективного договору, що передбачає можливість найму роботодавцем виключно членів профспілки.

трудове право зокрема, є продуктом людської взаємодії, а не ізольованим явищем [10, с. 103–104].

3. Традиції в суспільстві й соціальна культура. Суспільні відносини є достатньо залежними від середовища, яке їх сформувало. Тому, наприклад, застосовувати правові трансплантації доволі складно у тих сферах життя, на які суттєво впливають соціум або релігія. Наведений фактор у трудовому праві України можна розглянути крізь призму процедури вирішення колективних трудових спорів, а саме реалізації права на страйк. Як уже зазначалося вище, вітчизняне трудове право досить тривалий час просто "не бачило" страйки у своїй системі, що не могло не позначитись, навіть, на реаліях сьогодення. Так, якщо звернутися до даних офіційних статистичних спостережень, то у 2018–2020 роках в Україні не відбулося жодного страйку [11]. Наведену обставину не слід сприймати як індикатор гармонії у сфері соціального діалогу, вона лише акцентує увагу на відсутності традиції відстоювання трудовими колективами своїх інтересів, використовуючи гарантоване Конституцією України право на страйк.

4. Правова культура. Перенесення норми або інституту права з одного національного ґрунту до іншого не призведе до позитивного ефекту у випадку, якщо вони не відповідатимуть уже сформованій правовій культурі країни прийому, пов'язаній з ідеологією основного напряму права. Поняття "правова культура", як пише М. В. Хекке, є достатньо широким, і воно дійсно потребує практичного використання для емпіричних досліджень. Однак воно цілком може діяти як загальне поняття, що належить до всього (соціального, економічного, історичного, ідеологічного) контексту права. Отримуючи юридичну освіту і займаючись юридичною наукою, юристи схильні аналізувати право і вирішувати правові проблеми, які досить ізольовані від цього контексту. Застосування такого підходу до порівняльного права часто призводить до неправильних висновків. Немає необхідності виявляти точні елементи правової культури, які блокують фактичне сприйняття правової моделі, концепції, норми або інституту в іншій країні. У цьому контексті слід зазначити, що деякі елементи місцевого підходу до права ускладнюють або навіть унеможливлюють сприйняття іноземного правового елементу. Виявлення життєво важливих будівельних блоків цієї правової культури, звичайно, буде мати істотне значення для вирішення проблеми неприйняття іноземного права в цьому конкретному контексті [12, с. 1–2]. Слід зауважити, що правова культура окремої держави не є статичною, під впливом певних соціальних та економічних чинників вона зазнає постійних змін. Але такі зміни є поступовими, штучне ж їхнє прискорення як правило отримує несприятливий соціально-економічний відгук.

ВИСНОВКИ

Трудове право належить до тих галузей права, які природно є придатними для проведення правових трансплантацій. Яскравим підтвердженням цього є більш ніж сторічна діяльність МОП. У свою чергу, правові трансплантації не слід розглядати як варіант, що дозволяє мінімізувати зусилля у реформуванні національного законодавства, навпаки, їх характеризує достатньо складна процедура, на яку впливають політичні, соціально-економічні, культурні та правові фактори. Проте комплексне й виважене врахування наведених факторів, безперечно, матиме наслідком позитивний результат. Це зумовлено наявністю значної кількості зарубіжних прикладів, які вже давно апробовані практикою та призвели до сприятливих наслідків у правовому регулюванні трудових відносин, а їхнє запровадження в Україні слугувало би поштовхом для подальшого розвитку й ефективного функціонування вітчизняного трудового права.

Список використаних джерел:

1. Проект Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо спрощення регулювання трудових відносин у сфері малого і середнього підприємництва та зменшення адміністративного навантаження на підприємницьку діяльність". URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71653 (дата звернення 09.09.2021).
2. Шарль Луи де Монтескье. О духе законов. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KOMPLEKS/KURS_1/kurs/10/42_1.htm (дата звернення 09.09.2021).
3. O. Kahn-Freund. On uses and misuses of comparative law. The Modern Law Review. Vol. 37, No. 1 (Jan., 1974), pp. 1-27. URL: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x (дата звернення 09.09.2021).
4. A. Watson. Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal. Vol. 37, No. 2 (Nov., 1978), pp. 313-336.
5. S. Zongling. Legal Transplant and Comparative Law. Revue internationale de droit comparé / Année 1999 / 51-4 / pp. 853-857.
6. Jean-Louis Halpérin. Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison. URL: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01343770/document (дата звернення 09.09.2021).
7. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. Учебник для вузов. М.: Дело, 1999. 728 с.
8. Hamish R. Sandison. A Rejected Transplant: The British Industrial Relations Act (1971-1974). Industrial Relations Law Journal. University of California, Berkeley. Vol. 3, No. 2 (SUMMER 1979), pp. 247-320.
9. Anthony Forsyth. The 'Transplantability' debate in comparative law and comparative labour law: implications for Australian borrowing from European labour law. URL: https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2006-07/apo-nid6218.pdf (дата звернення 09.09.2021).
10. Jasna Poček. The political and legal phenomenon of legal transplants in labour law with a focus on employment relationship. URL: https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/358765/532640/phd_unimi_R09647.pdf (дата звернення 09.09.2021).
11. Страйки та їх наслідки, за окремими видами економічної діяльності. URL: http://www.ukrstat.gov.ua (дата звернення 09.09.2021).
12. Mark Van Hoecke. Legal Culture and Legal Transplants. https://www.researchgate.net/publication/287875377_Legal_culture_and_legal_transplants (дата звернення 09.09.2021).

References:

1. Proekt Zakonu Ukrayiny "Pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv shchodo sproshchennya rehulyuvannya trudovykh vidnosyn u sferi maloho i seredn'oho pidpryyemnytstva ta zmenshennya administratyvnoho navantazhennya na pidpryyemnyts'ku diyal'nist'". URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71653 (in Ukrainian).
2. Sharl' Lui de Montesk'ye. O dukhe zakonov. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KOMPLEKS/KURS_1/kurs/10/42_1.htm (in Russian).
3. O. Kahn-Freund. On uses and misuses of comparative law. The Modern Law Review. Vol. 37, No. 1 (Jan., 1974), pp. 1-27. URL: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x (in English).
4. A. Watson. Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal. Vol. 37, No. 2 (Nov., 1978), pp. 313-336 (in English).
5. S. Zongling. Legal Transplant and Comparative Law. Revue internationale de droit comparé / Année 1999 / 51-4 / pp. 853-857 (in English).
6. Jean-Louis Halpérin. Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison. URL: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01343770/document (in English).
7. Kiselev I.YA. Sravnitel'noye i mezhdunarodnoye trudovoye pravo. Uchebnik dlya vuzov. M.: Delo, 1999. 728 c. (in Russian).
8. Hamish R. Sandison. A Rejected Transplant: The British Industrial Relations Act (1971-1974). Industrial Relations Law Journal. University of California, Berkeley. Vol. 3, No. 2 (SUMMER 1979), pp. 247-320 (in English).
9. Anthony Forsyth. The 'Transplantability' debate in comparative law and comparative labour law: implications for Australian borrowing from European labour law. URL: https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2006-07/apo-nid6218.pdf (in English).
10. Jasna Poček. The political and legal phenomenon of legal transplants in labour law with a focus on employment relationship. URL: https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/358765/532640/phd_unimi_R09647.pdf (in English).
11. Strayky ta yikh naslidky, za okremymy vydamy ekonomichnoyi diyal'nosti. URL: http://www.ukrstat.gov.ua (in Ukrainian).
12. Mark Van Hoecke. Legal Culture and Legal Transplants. https://www.researchgate.net/publication/287875377_Legal_culture_and_legal_transplants (in English).

Received: 09/09/2021
Accepted: 20/10/2021

S. Venediktov, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONCERNING THE APPLICATION OF LEGAL TRANSPLANTS IN LABOUR LAW OF UKRAINE

The paper analyzes the features of the implementation of legal transplants in the labour law of Ukraine, as well as the factors that contribute to the effective implementation of this category.

Transplantation of legal rules and institutions from one country to another is quite common in the world and the history shows many examples of positive or negative transplantation of rules and institutions of labour law. Collective labour law is characterized by a pronounced complexity, which manifests itself in a variety of related interdependent elements that require mandatory accounting. In the individual labour law, such complexity is less pronounced, therefore, some of its practical elements are naturally inclined towards greater acceptance. The most comprehensive example of successful legal transplantation is labour standards of the International Labour Organization. The ILO is a specialized agency of the United Nations that deals directly with the world of work. As of today, 187 states are members of this organization. The ILO adopts conventions, recommendations and protocols on labour issues.

The most striking manifestations of legal transplants in the labour law of Ukraine are characteristic, first of all, for the period of its formation and development, which falls on the 20th century. Turning to the prospects for the use of transplants in labour law of Ukraine, it should be noted that in the future this phenomenon to some extent will inevitably accompany the rule-making process. This is facilitated by Ukraine's membership in the ILO, EU integration, growing globalization, the gradual narrowing of social barriers, the rapid development of digital technologies, etc. However, in this case, it should always be remembered that legal transplantation does not forgive formalism and dilettantism, it is not expressed in the literal transfer of the rule or institution of law, but is a complex and complicated process, which is characterized by a wide range of related factors. Such factors include: political component, socio-economic context, traditions in society and social culture, legal culture.

Labour law belongs to those branches of law that are naturally suitable for legal transplants. More than a century of ILO activity is a vivid confirmation of this. In turn, legal transplants should not be considered as an option that allows to minimize efforts in reforming national legislation, on the contrary, they are characterized by a rather complex procedure, which is influenced by political, socio-economic, cultural and legal factors. But a comprehensive and balanced consideration of these factors will undoubtedly lead to a positive result. This is due to the presence of a significant number of foreign examples that have long been tested in practice and have led to favorable consequences in the legal regulation of employment relationships, and their implementation in Ukraine would certainly serve as an impetus for the further development and effective functioning of domestic labour law.

Keywords: legal transplants, International Labour Organization, foreign experience, employment relationship, labour legislation.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 16-20
УДК 347.961.4
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-4

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Н. С. Горбань, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-3201-498X
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ВЧИНЕННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСА НА КРЕДИТНИХ ДОГОВОРАХ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Здійснено комплексний аналіз виконавчого напису нотаріуса як способу захисту цивільних прав нотаріусом та як виконавчого документа.

Визначено, що процедура вчинення виконавчого напису нотаріуса на договорах онлайн кредитування, мікрокредитування, споживчого кредитування не є досконалою. Нотаріус, виконавець, інші учасники відповідного нотаріального та виконавчого провадження вчиняють у зазначеному провадженні різні за своєю зовнішньою формою та спрямуванням дії, які створюють наслідки лише щодо кредитодавця та позичальника.

Акцентовано увагу на тому, що нотаріус, до вчинення виконавчого напису, має встановити належність, допустимість, достовірність усіх доказів, на підставі яких він установлює безспірність факту наявності боргу та наявність усіх підстав для вчинення виконавчого напису.

Висловлено припущення, що необхідно передбачити відповідальність нотаріуса за вчинення ним виконавчого напису, який у подальшому буде визнаний судом таким, що не підлягає виконанню.

У разі надходження до органів примусового виконання чи до приватного виконавця виконавчого напису нотаріуса, виконавець зобов'язаний лише перевірити наявність у ньому всіх обов'язкових реквізитів, визначених ч. 1 ст. 4 Закону України "Про виконавче провадження". Зважаючи на те, що згідно з вітчизняною законодавчою конструкцією, фактичні дані, що містяться у виконавчому написі нотаріуса, застосовуються виконавцями як такі, що лягають в основу виконавчого провадження, то вбачається правовою необхідністю гарантувати особі-позичальнику право на отримання повідомлення від нотаріуса про звернення до нього кредитодавця за вчиненням виконавчого напису на борговому документі. Тим самим, ще на стадії вчинення виконавчого напису, нотаріус має перевірити та встановити безспірність і визнання позичальником факту наявності чи відсутності боргу.

Автор обґрунтовує, що такий механізм має передбачати дієві інструменти самоконтролю нотаріуса та нейтралізації незаконних джерел фактичних даних, які лягають в основу вчинюваних нотаріусами виконавчих написів, які в судовому порядку визнаються такими, що не підлягають виконанню.

Ключові слова: нотаріус, виконавець, виконавчий документ, нотаріальна дія, виконавче провадження.

ВСТУП

За чинним законодавством одним із способів захисту цивільних прав нотаріусом є виконавчий напис, який вчиняється на борговому документі у випадках і в порядку, установлених законом. Вчинення виконавчого напису – це нотаріальна дія, про повноваження нотаріуса на вчинення якої зазначено у п. 19 ч. 1 ст. 34 Закону України "Про нотаріат" [1] (далі – Закон). З урахуванням аналізу норм чинного законодавства, в юридичній літературі пропонуються різноманітні авторські визначення поняття "виконавчий напис [2, с. 283; 3, с. 211; 4, с. 260; 5, с. 731], у той же час, слід зазначити, що його дефініція відсутня. Оскільки виконавчий напис згідно з п. 3 ч. 1 ст. 3 Закону України "Про виконавче провадження" є виконавчим документом, то стягнення за виконавчим написом провадиться в порядку, установленому Законом України "Про виконавче провадження" [6].

Науковцями виконавчий напис досліджується як міжгалузевий інститут, який вчиняється в нотаріальному процесі, примусово виконується у виконавчому провадженні і доволі часто стає підставою судового розгляду в цивільних і господарських справах [7]. У межах нота-

© Горбань Н. С., 2021

ріальної науки виконавчий напис нотаріуса досліджувався І. Г. Бережною, О. Г. Дергільовою, І. С. Мельник, О. М. Нікітюк, А. Г. Серветник, М. М. Дякович, Т. С. Андрющенко, Є. Є. Фурсою. Окремі наукові пошуки щодо особливостей стягнення грошових сум або витребування майна за виконавчим написом нотаріуса проводили Ю. В. Білоусов, О. О. Дерій, Л. С. Малярчук, Д. О. Куліченко, Р. В. Оксанич, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса, С. В. Щербак. Виконавчий напис нотаріуса у судовому процесі в межах комплексного дисертаційного дослідження вивчала І. І. Строкач. Однак, на противагу фахівцям, які визначають виконавчий напис нотаріуса як розпорядження нотаріуса щодо стягнення грошової суми від боржника до кредитора, або повернення чи передачі майна кредитору, здійснене на документах, що підтверджують зобов'язання боржника [8], пропонується змінити традиційний підхід до розуміння його дійсного змісту та правової природи. Аналіз нотаріальної та судової практики підводять до висновку, що виникла необхідність удосконалити процедуру вчинення виконавчого напису, оскільки з 2020 р. на основі діючої процедури, формується негативна практика використання виконавчого напису нотаріуса для підтвердження неіснуючого права вимоги боргу окремими організаціями й установами, що здійснюють кредитування фізичних осіб. Так, тільки за період з 10 по 11 серпня 2021 р. до Державного реєстру судових рішень внесено 890 рішень, більшістю з яких виконавчі написи нотаріусів, вчинені на боргових документах, визнано такими, що не підлягають виконанню через відсутність підстав для їх вчинення чи порушення нотаріусом відповідної процедури [9]. За таких умов перед науковцями та практиками постає завдання віднайти й усунути існуючі підстави та колізійні норми у чинному законодавстві, які виникають на межі матеріальних і процесуальних відносин, оскільки їхнє застосування суб'єктами права формує практику зловживання своїми правами як боржниками, так і стягувачами, що в подальшому приводить до виникнення численних спорів, які вирішуються вже в судовому порядку, що зводить нанівець саме призначення виконавчого напису як способу захисту прав нотаріусом.

Метою статті є комплексне дослідження виконавчого напису нотаріуса як нотаріальної дії, нотаріального акта та як виконавчого документа. Виявлення проблем, які виникають у разі надання юридичної вірогідності правам, обов'язкам, фактам, документам, діям, безспірність яких нотаріус має встановити на підставі відповідних документів у разі вчинення виконавчого напису на кредитних договорах. Додатковою метою є також здійснення аналізу проблем, з якими стикається особа-боржник у разі вчинення нотаріусом виконавчого напису на кредитному договорі або іншому борговому документі, який не посвідчений у нотаріальному порядку.

Об'єктом дослідження є окремі правові норми, які визначають підстави, порядок вчинення виконавчого напису нотаріуса й особливості здійснення виконавчого провадження на підставі виконавчого напису нотаріуса; судова практика щодо визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Методологія дослідження. Для досягнення мети дослідження використано такі методи наукового пізнання: порівняльний, діалектичний, формально-логічний. Зокрема, порівняльний метод використовувався для знаходження спільних і відмінних рис у способах судового та позасудового захисту прав осіб, учасників кредитних правовідносин. Діалектичний метод застосовувався для з'ясування того, наскільки існуючий порядок вчинення нотаріальної дії – вчинення виконавчого напису нотаріуса на борговому документі у випадках і в порядку, установлених законом, забезпечує захист цивільних прав учасників кредитних правовідносин і забезпечує безспірний характер нотаріального акта й виконавчого документа – виконавчого напису нотаріуса. Формально-логічний метод дозволив зрозуміти логіку норм права щодо вчинення виконавчого напису нотаріуса, їхню побудову та застосування до окремих правових ситуацій.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

У сучасну нотаріальну практику нотаріальна дія – "вчинення виконавчого напису" – була запозичена з повноважень нотаріусів, які були визначені за законодавством УРСР (ст. 13) [10]. Із моменту прийняття Закону України "Про державний нотаріат" (1974) і донині, коли особливості вчинення виконавчого напису визначено у гл. 14 Закону, норми, якими сформульовано мету вчинення цієї нотаріальної дії та порядок її вчинення, зазнали незначних редакційних уточнень щодо зміни суб'єктного складу, якому надано право вчиняти таку нотаріальну дію, та тих, щодо кого вона може бути вчинена.

У той же час, за 47 років зазнали кардинальних змін суспільні відносини, які підпадають під урегулювання цими правовими нормами. Зміни, які відбулися в результаті пандемії COVID-19, погіршення умов ведення бізнесу, умов праці та зниження фінансової спроможності людей, призвели до того, що майже 4,5 млн українців щомісячно користуються "кредитами до зарплати", це без "овердрафтів" [11]. Загальновідомо, що попит створює пропозицію, тому стрімко розширилася сфера дії кредитних організацій і банківських установ, що на нових більш доступних та "завуальованих" умовах пропонують послуги кредитування. Із застосуванням засобів цифрового зв'язку та дистанційної форми спілкування між кредитодавцями та кредиторами, змінилися умови укладення та самі форми кредитних договорів. Як правило, вони розробляються кредитною/банківською установою з урахуванням отримання ними максимальної вигоди. У разі виникнення заборгованості за цими договорами, кредитори в пошуках найбільш доступних і вигідних способів стягнення заборгованості з боржників, усе частіше звертаються до нотаріусів за вчиненням виконавчих написів, які прирівнюються до рішення суду, але вчиняються значно швидше і підлягають примусовому виконанню. Слід зауважити, що на відміну від наказного провадження на нормативному рівні, у разі вчинення виконавчого напису нотаріуса не існує ніяких обмежень щодо розміру грошових сум чи виду майна, яке може бути витребуване від боржника. Однак, вчинені нотаріусами виконавчі написи на кредитних договорах, на підставі існуючих правових норм, усе частіше в судовому порядку визнаються такими, що не підлягають виконанню.

Аналізуючи судову практику щодо визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню [12; 13; 14; 15; 16; 17; 18], слід виділити нормативну базу, на яку покликаються суди під час прийняття відповідних рішень, та здійснити її правовий аналіз.

Глава 14 Закону містить положення щодо основної мети вчинення виконавчого напису – це стягнення грошових сум або витребування від боржника майна. У ст. 87 Закону зазначено, що перелік документів (далі – Перелік), за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів, установлюється Кабінетом Міністрів України [15]. Умови вчинення виконавчих написів чітко визначено ст. 88 Закону, а саме нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем та за умови, що з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років, а у від-

носинах між підприємствами, установами й організаціями – не більше одного року. Якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом установлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку.

Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [19] (далі – Порядок) повинен містити аналогічні закону правила й умови вчинення виконавчого напису. Однак, редакція п. 1.1 п. 1 гл. 16 розділу ІІ Порядку, на відміну від редакції ст. 87 Закону, містить альтернативне положення, за яким виконавчі написи можуть вчинятися на правочинах, що передбачають звернення стягнення на майно на підставі виконавчих написів.

За цивільним законодавством правочин є юридичним фактом – дією, що вчиняється з певною метою. *З урахуванням зазначеного пропонується внести зміни до Закону та Порядку: "або на документах, що підтверджують укладення правочину у визначеному законом порядку та формі, що передбачають звернення стягнення на майно на підставі виконавчих написів".*

Законом І Порядком визначено, що перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів, Установлюється Кабінетом Міністрів України. У цьому Переліку, зокрема, міститься положення ***"Стягнення заборгованості з підстав, що випливають із кредитних відносин"***. Варто підтримати позицію С. Я. Фурси, яка зазначає: "…назва документа не відповідає його змісту, оскільки в Переліку документів, на підставі яких нотаріусом вчинятиметься виконавчий напис, в основному, ідеться про "стягнення заборгованості", яке здійснюється у виконавчому провадженні після того, як нотаріусом буде вчинений виконавчий напис. Але ж цей Порядок є саме підставою для вчинення нотаріусом виконавчого напису. Для порівняння, у Порядку назву глави викладено так: ***Глава 16. Вчинення виконавчих написів,*** а не стягнення заборгованості за виконавчим написом" [20, с. 16]. *Отже, з урахуванням викладеного вище, вважається доцільним в гл. 14 Закону України "Про нотаріат", а не в Постанові Кабінету Міністрів України, визначити перелік підстав і документи, за якими нотаріус установлює безспірність заборгованості і вчиняє нотаріальну дію.*

Відповідно до вимог законодавства (ст. 1054, 1055 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), кредитний договір укладається в письмовій формі і не може змінюватися в односторонньому порядку без згоди сторін. Як визначено у ч. 2 ст. 1055 ЦК України, кредитний договір, укладений із недодержанням письмової форми, є нікчемним. На вимогу однієї із сторін, кредитний договір може бути нотаріально посвідчений.

З урахуванням існуючих проблем у сфері кредитування, серед них: порушення законодавства банківськими, кредитними, фінансовими організаціями (оформлення кредитів за викраденими, підробленими документами без належної ідентифікації та за відсутності особи позичальника; оформлення онлайн кредитів на значні суми без установлення розуміння позичальником умов кредитування, значення та правових наслідків невиконання умов таких договорів; покладення обов'язків поручителя на осіб, які не давали згоди бути учасниками зазначених правовідносин тощо), а також тотальне невиконання зобов'язань боржниками, *вбачається доцільним передбачити в законі вимогу, що кредитний договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню.*

За чинним законодавством п. 3.2, 3.5 п. 3 гл. 16 розд. ІІ Порядку визначено, що безспірність заборгованості підтверджують документи, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів. У процесі вчинення виконавчого напису нотаріус повинен перевірити, чи подано на обґрунтування стягнення документи, зазначені у вказаному Переліку документів. Причому цей Перелік документів не передбачає інших умов вчинення виконавчих написів нотаріусами ніж ті, які зазначені в Законі України "Про нотаріат" та Порядку.

Отже, у разі невиконання позичальниками зобов'язань за кредитним договором, для одержання виконавчого напису кредиторами мають подаватися:

а) оригінал кредитного договору (договорів);

б) документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання.

Постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 22.02.2017 р. у справі № 826/20084/14, яка була залишена без змін ухвалою Вищого адміністративного суду України від 01.11.2017 р. та Постановою Великої палати Верховного Суду від 20.06.2018 р., відмовлено в задоволенні заяви Публічного акціонерного товариства "Комерційний банк "Приватбанк" про перегляд ухвали Вищого адміністративного суду України від 1 листопада 2017 р., було визнано незаконною та нечинною Постанову Кабінету Міністрів України № 662 від 26.11.2014 р. "Про внесення змін до переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів" у частині, у тому числі: "Кредитні договори, за якими боржниками допущено прострочення платежів за зобов'язаннями. Для одержання виконавчого напису додають: а) оригінал кредитного договору; б) засвідчену стягувачем виписку з рахунка боржника із зазначенням суми заборгованості та строків її погашення з відміткою стягувача про непогашення заборгованості". Згідно із зазначеною постановою апеляційного суду, із 22 лютого 2017 р. законодавство не передбачає можливості вчинення виконавчого напису щодо заборгованості, яка випливає з кредитних відносин.

Однак, як свідчить судова практика, нотаріуси, покликаючись на чинну редакцію Постанови, формують неоднозначну нотаріальну практику. На сьогодні пункти 1-1 та 2, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, не виключені з тексту Переліку, що дає можливість недобросовісним кредиторам звертатися за вчиненням виконавчих написів на кредитних договорах, які нотаріально не посвідчувалися [21].

Ухвалюючи 15 вересня 2021 р. рішення у справі № 648/1634/21, про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, Білозерський районний суд Херсонської області визначив: "… із матеріалів справи не вбачається, що при вчиненні напису нотаріус отримував від відповідача будь-які документи щодо видачі позивачу кредиту та здійснення його часткового погашення (квитанції, платіжні доручення, меморіальні ордери, розписки, чеки тощо), тому у нотаріуса були відсутні підстави вважати, що розмір заборгованості перед банком, суми штрафних санкцій, зазначені у написі, є безспірними" [22]. З урахуванням наведеного, можна зауважити, що нотаріусу у процесі вчинення виконавчого напису на кредитному договорі, який укладений у письмовій формі, як і судді під час розгляду спору про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, неможливо з'ясувати, чи визнає такий договір боржник, в якому стані він перебував під час посвідчення договору і чи є підпис на договорі його особистим, вчиненим вільно і свідомо без присутності боржника. Тобто, у разі сприйняття і визнання таких або подіб-

них відносин об'єктивно безспірними потрібно, щоб правовідносини між сторонами були належно посвідчені у безспірному порядку, тобто нотаріально.

За існуючої процедури вчинення виконавчого напису та передачі його стягувачем для примусового виконання, боржники звертаються до суду з позовом про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, уже після того, як на їх підставі були відкриті виконавчі провадження і виконавцями вже накладено арешт на майно боржника.

У силу того, що останнім часом значно збільшилась кількість шахрайських схем щодо оформлення онлайн кредитів, мікрокредитів, споживчих кредитів по викраденим, підробленим документам, оформлення кредитних договорів із порушенням процедури онлайн-ідентифікації та онлайн-верифікації позичальника, важливою передумовою безспірності вимоги кредитора у разі звернення до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису на боргових документах повинно бути визнання боржником заборгованості, вираженої у письмовій формі. *Тому вважається доцільним у процесі вчинення виконавчого напису нотаріусом запровадити як стадію нотаріального процесу попереднє повідомлення боржника про звернення до нього кредитора з вимогою вчинити виконавчий напис.* Так, це в корені змінить існуючу процедуру вчинення виконавчого напису нотаріусом. Як зазначалося на початку публікації, відбулися кардинальні зміни у кредитних правовідносинах, проте існуючі правові колізії належним чином не враховано та не відображено в нормах чинного законодавства.

ВИСНОВКИ

Без внесення запропонованих автором вищезазначених змін у законодавство, що пропонуються з метою зупинення потоку правопорушень, пов'язаних із використанням виконавчого напису нотаріуса як способу стягнення заборгованості за кредитними договорами та з метою зменшення судових позовів про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, пропонується:

– вилучити п. 19 ч. 1 ст. 34 Закону – "вчиняють виконавчі написи";

– передбачити, як підставу притягнення нотаріуса до відповідальності, визнання в судовому порядку вчиненого ним виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню.

Список використаних джерел:

1. Про нотаріат. Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text.
2. Радзієвська Л.К., Пасічник С.Г. Нотаріат в Україні : Навч. посібник / За відп. ред. Л.К. Радзієвської. – К.: Юрінком Інтер. 2000. – 528 с.
3. Нотаріат в Україні: підручник / В.В. Комаров, В.В. Баранкова. – Х.: Право, 2011. – 384 с.
4. Нотаріат в Україні: навч. посібник / Ю.В. Нікітін, С.С. Бичкова, А.Г. Чубенко, В.К. Матвійчук, Е.О. Гіда, Т.П. Устименко, Н.О. Чучкова. – 4-те вид. доп. і перероб. / За заг. ред. док. юрид. наук, професора Ю.В. Нікітіна. – К.: ВНЗ "Національна академія управління" ; "Алерта". 2016. – 586 с.
5. Теорія нотаріального процесу : Науково-практичний посібник / За заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – 920 с.
6. Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016. № 1404-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text.
7. Строкач І. І. Виконавчий напис нотаріуса в цивілістичному процесі : дис… канд. юрид. наук : 12.00.03; Київ. 2018. С. 224.
8. Виконавчий напис нотаріуса: що це, коли воно працює, а коли межує з беззаконням. URL: https://donets.partners/vykonavchy-napys-shcho-tse-i-yak-oskarshyty/
9. Єдиний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/
10. Про державний нотаріат : Закон України від 25.12.1974 № 3377-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3377-08#Text
11. https://www.facebook.com/alexandr.chernykh.98
12. Рішення Фастівського міськрайонного суду Київської області від 22.09.2021 р. у справі №381/2270/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99800218.
13. Рішення Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області від 08 червня 2021 року у справі № 740/2445/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97523121.
14. Рішення Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 09 червня 2021 року у справі №188/374/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97511011.
15. Рішення Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 08 червня 2021 року у справі № 235/3131/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97475247
16. Рішення Херсонського окружного адміністративного суду від 04 червня 2021у справі № 540/2258/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97488094.
17. Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 02 червня 2021 року у справі № 640/10798/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97390430
18. Рішення Ізюмського міськрайонного суду Харківської області від 16.09.2021 р. у справі № 623/1891/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99645499
19. Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 № 1172. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF#Text.
20. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text
21. НПУ просить Мінюст виключити незаконні норми щодо виконавчих написів. URL: https://npu.ua/news/662/.
22. Рішення Білозерського районного суду Херсонської області від 15.09.2021 р. у справі № 648/1634/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99649333#

References:

1. Pro notariat. Zakon Ukrayiny vid 02.09.1993 № 3425-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text.
2. Radziievska L.K., Pasichnyk S.H. Notariat v Ukraini : Navch. posibnyk / Za vidp. red. L.K. Radziievskoi. – K.: Yurinkom Inter. 2000. – 528 s.
3. Notariat v Ukraini: pidruchnyk / V.V. Komarov, V.V. Barankova. – Kh.: Pravo, 2011. – 384 s.
4. Notariat v Ukraini: navch. posibnyk / Yu.V. Nikitin, S.S. Bychkova, A.H. Chubenko, V.K. Matviichuk, E.O. Hida, T.P. Ustymenko, N.O. Chuchkova. – 4-te vyd. dop. i pererob. / Za zah. red. dok. yuryd. nauk, profesora Yu.V. Nikitina. – K.: VNZ "Natsionalna akademiia upravlinnia" ; "Alerta". 2016. – 586 s.
5. Teoriia notarialnoho protsesu : Naukovo-praktychnyi posibnyk / Za zah. red. S.Ya. Fursy. – K.: Alerta; Tsentr uchbovoi literatury, 2012. – 920 s.
6. Pro vykonavche provadzhennia: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016. № 1404-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text.
7. Strokach I. I. Vykonavchyi napys notariusa v tsyvilistychnomu protsesi : dys… kand. yuryd. nauk : 12.00.03; Kyiv. 2018. S. 224.
8. Vykonavchyi napys notariusa: shcho tse, koly vono pratsiuie, a koly mezhuie z bezzakonniam. URL: https://donets.partners/vykonavchy-napys-shcho-tse-i-yak-oskarshyty/
9. Yedynyi reiestr sudovykh rishen. URL: https://reyestr.court.gov.ua/
10. Pro derzhavnyi notariat : Zakon Ukrainy vid 25.12.1974 № 3377-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3377-08#Text.
11. https://www.facebook.com/alexandr.chernykh.98
12. Rishennia Fastivskoho miskraionnoho sudu Kyivskoi oblasti vid 22.09.2021 r. u spravi №381/2270/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99800218.
13. Rishennia Nizhynskoho miskraionnoho sudu Chernihivskoi oblasti vid 08 chervnia 2021 roku u spravi № 740/2445/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97523121.
14. Rishennia Petropavlivskoho raionnoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti vid 09 chervnia 2021 roku u spravi №188/374/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97511011.
15. Rishennia Krasnoarmiiskoho miskraionnoho sudu Donetskoi oblasti vid 08 chervnia 2021 roku u spravi № 235/3131/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97475247.
16. Rishennia Khersonskoho okruzhnoho administratyvnoho sudu vid 04 chervnia 2021u spravi № 540/2258/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97488094.
17. Rishennia Okruzhnoho administratyvnoho sudu mista Kyieva vid 02 chervnia 2021 roku u spravi № 640/10798/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97390430.
18. Rishennia Iziumskoho miskraionnoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 16.09.2021 r. u spravi № 623/1891/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99645499.
19. Pro zatverdzhennia pereliku dokumentiv, za yakymy stiahnennia zaborhovanosti provadytsia u bezspirnomu poriadku na pidstavi vykonavchykh napysiv notariusiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 29.06.1999 № 1172. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1172-99-%D0%BF#Text.
20. Pro zatverdzhennia Poriadku vchynennia notarialnykh dii notariusamy Ukrainy. Nakaz Ministerstva yustytsii Ukrainy vid 22.02.2012 № 296/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text
21. NPU prosyt Miniust vykliuchyty nezakonni normy shchodo vykonavchykh napysiv. URL: https://npu.ua/news/662/.

Received: 09/10/2021
Accepted: 20/10/2021

N. Horban, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

MAKING A NOTARY'S WRIT OF EXECUTION ON LENDING: CURRENT PROBLEMS

The paper provides a comprehensive analysis of the notary's writ of execution as a way of protecting civil rights by a notary and as an executive document.

It is determined that the procedure for making a notary's writ of execution on online lending, microcredit, and consumer lending agreements is not perfect. The notary, the executor, and other participants in the relevant notarial and enforcement proceedings perform in the specified proceedings different acts in their external form and direction creating consequences only for the lender and the borrower.

Emphasis is placed on the fact that the notary, before making a writ of execution, must establish the affiliation, admissibility, and authenticity of all evidence on the basis of which s/he establishes the indisputability of the debt presence and the existence of all grounds for the writ of execution.

It has been suggested that it is necessary to provide for the notary's liability for making a writ of execution, which will later be recognized by the court as unenforceable.

Upon receipt of the notary's writ of execution by the enforcement authorities or a private executor, the executor is only obliged to check the presence of all mandatory details specified in part one of Article 4 of the Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings". Concerning the fact that under the national legal structure, the factual data contained within the notary's writ of execution are used by the executors as the basis for enforcement proceedings, it is considered a legal necessity to guarantee the borrower the right to receive notification from the notary of the creditor in relation to the request on making a writ of execution on the debt document. Thus, even at the stage of making a writ of execution, the notary must check and establish the indisputability and recognition of the borrower's presence or absence of debt.

The author substantiates that such a mechanism should provide effective tools for self-control of the notary and neutralization of illegal sources of factual data, which form the basis of executive inscriptions made by notaries and then recognized in court as unenforceable.

Keywords: notary, executor, executive document, notarial act, executive proceedings.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 20-28
УДК 340.5
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-5

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Б. В. Даниленко, канд. юрид. наук, адвокат
ORCID ID: 0000-0003-4314-9051
Київ, Україна

ВЕДИЧНА КУЛЬТУРА ЯК СКЛАДОВА ФОРМУВАННЯ ПРАВА УКРАЇНИ

"…я охоронятиму для народу састер і не розголошуватиму нічого потаємного ні еллінові, ні варвару…"
Херсонеська присяга

Ведична культура – одна з найдавніших культур у світовій історії, яка досягла високого рівня розвитку ще до нашої ери. Веди – священні книги, які слугували основою для формування розвинутих правових систем у різні історичні періоди. Упродовж тисяч років веди мали поширення по всій Євразії. Водночас, сучасна наука недостатньо дослідила цей феномен. Після того, як християнська церква закріпила своє становище у Європі, веди були забуті. Сучасна західна наука повторно відкрила веди у XVIII сторіччі нашої ери, коли англійці окупували Індію. Вони виявили, що в Індії ведична культура зберегла сильні позиції та стала основою для розвитку місцевої правової системи. Індійське право, засноване на ведах, набуло високого розвитку. У його основі лежать складні теоретичні конструкції, що демонструють високий рівень розвитку правової думки. Особливу роль у ведичному праві Індії відведено правовій доктрині. Ця особливість також характерна для мусульманського права, яке розвивалося під впливом ведичної правової традиції. Усупереч поширеній думці, ведичні порядки збереглися не лише в Індії. У сучасному Курдистані подекуди їх можна спостерігати й досі у незмінному вигляді. Починаючи з XIX сторіччя у країнах Європи активно розвиваються дослідження у сфері порівняльного мовознавства. Їхні результати демонструють вражаючу близькість індійської та європейських культур. Особливо це стосується України. У той же час, історична наука з невідомих причин не сприймає дані лінгвістики, релігієзнавства й інших суспільних наук. Проте історичні джерела свідчать про безпосередній вплив вед на українську культуру. Веди також є тим фундаментом, на якому розвивається українське право.

Ключові слова: веди, дгарма, правова доктрина, Індія, Україна, Русь, мусульманске право, держава, Закони Ману, Руська Правда.

ВСТУП

Давня ведична культура породила високоризвинуті правопорядки, які налічують не одну тисячу років. Сучасна наука розлядає ведичну культуру переважно в контексті давньої та сучасної Індії. Проте веди поширені по всій Євразії, й Україна не є винятком. Веди стали одним із філософських джерел, на підставі яких сформувалося сучасне право України. Проте дослідження цього феномену досі перебуває поза полем зору української правової науки.

Вивчення ведичних джерел має значення для розвитку науки історії держави та права, яке важко переоцінити. Не можна сказати, що ведичні джерела права були невідомі цій науці. Закони Ману та деякі інші писані джерела права Індії (у скороченому вигляді) викладено, мабуть, у кожній хрестоматії для студентів юридичних вищих навчальних закладів. Водночас, наука держави і права, на нашу думку, неправильно визначає роль цих пам'яток права в історії становлення сучасного права України й інших країн Європи та Азії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Індійське право досліджено в роботах західних науковців: Ю. Йоллі, Н. Сен-Гупти, В. Рубена, Р. Ленга, Д. Деррета. Перед Першою світовою війною у Російській імперії С. Д. Ельманович здійснив повний переклад Законів Ману на російську мову. У радянські часи право Індії досліджували А. А. Вигасин, Н. А. Крашенникова, А. М. Самозванцев та ін. В Україні впритул до нашої теми дослідження наблизився О. А. Гавриленко, який вивчав правотворчість античних держав Північного Причорномор'я як фактор формування вітчизняного права. Проте Гавриленко випустив із поля зору ведичні джерела права, які мали дуже сильний вплив якраз у Північному Причорномор'ї, і зосередив основну увагу на правопорядках еллінських колоній.

Метою статті є визначення ролі ведичних правових традицій у формуванні права України.

© Даниленко Б. В., 2021

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Географія ведичної культури. Ведична культура у широкому розумінні цього слова залишається мало дослідженою у сучасній науці. Проте особливо варто зазначити те, що історична наука розміщує її лише в далекій для України Індії. У той же час, історикам достеменно відомо, що веди не були складені в Індії. Відомо навіть, ким, звідки, коли і за яких обставин вони були імпортовані до Індії: на початку II тисячоліття до нашої ери племена аріїв, що рухалися з території Курдистану, завоювали Індію та насадили на окупованих територіях власні порядки [1, с. 472]. Ці факти ніхто не оспорює. Дивовжино, але незважаючи на викладене вище, історики вперто продовжують локалізувати ведичну культуру виключно в Індії. Щоправда, в історичній науці немає єдності щодо того, звідкіля саме завойовники арії прибули до Індії. Хоча повну картину переселення аріїв відтворити поки що не вдається, маємо чимало окремих свідчень. Наприклад, рух арійських народів із Курдистану (переважно територія сучасного Ірану) на схід детально продемонстровано в роботі башкирського дослідника Салавата Галлямова "Давні арії та вічний Курдистан" [1].

Більше того: давні ведичні порядки збережено у тих географічних місцевостях, де арії проживали ще до завоювання Індії по сьогоднішній день, подекуди у незмінному вигляді [1]. Сучасні курди досі зберігають варновий устрій та інші суспільні відносини, які точно відповідають писемним, археологічним та іншим даним щонайменше III тисячоліття до нашої ери! Але не менше нас вражає той факт, що історична наука ігнорує суспільні порядки сучасного Курдистану – живий приклад давнини.

Правова наука наслідує сумнівний шлях історичної науки.

Водночас дослідження арійських племен і ведичної культури активно розвиваються ще з XIX ст. у межах лінгвістики, особливо порівняльного мовознавства. Схоже, що лінгвістичні паралелі настільки очевидні, що їх просто неможливо ігнорувати. У цьому напрямку українські вчені досягли високих результатів.

Дані релігієзнавства засвідчують, що руси, які нині звуться українцями, поклонялися багатьом богам, яких нині з якихось причин продовжують називати "індуїстськими": Індра, Шива, Баладева тощо [2].

Проте в Україні не залишилося ні руських вед, ні писемних пам'яток права тієї доби, що дає підстави для науки історії держави та права продовжувати ігнорувати очевидні дані лінгвістики, релігієзнавства й інших суспільних наук.

Ведичний правопорядок Індії. Дослідження ведичних правопорядків у сучасній західній науці почалося з перекладів писемних джерел індійського права (дхармашастр) наприкінці XVIII ст. англійськими колонізаторами для практичних потреб – управління у завойованій Індії [3, с. 13].

Ведична культура, як ми вже вказували, має давнє походження (раніше II тис. до н. е.) і була принесена до Індії аріями із заходу. Звісно, за тисячі років вона розвивалася власним шляхом на місцевому ґрунті і створила дуже складний місцевий правопорядок. Сучасні дослідники виокремлюють в історії права Індії три етапи: 1) доколоніальний; 2) колоніальний; 3) сучасний [4]. Здавалося б, що за тисячі років ведичне право мало б уже давно стати мертвим. Особливо, якщо врахувати агресивні впливи мусульманськоо права й англійського права. Проте так не сталося.

Так, Н. А. Крашенникова зазначає, що індійська традиція нерозривно пов'язує розвиток правової думки Давньої Індії з численними пам'ятками індійської ведичної літератури, історія яких іде до глибини тисячоліть. Вплив, який здійснила регілійна, філософська й інша ведична література на правову культуру Давньої Індії був настільки значним, що багато правових явищ і в сучасній Індії не можна зрозуміти та пояснити без урахування цього впливу. Вона також наводить слова відомого англійського індолога Д. Дерретта: у сучасному традиційному індуському праві, норми якого мають персональний характер дії, живе "дух" стародавніх джерел права, існує "низка фіктивних підходів, необхідних для того, щоб безперешкодно досягати поставлених цілей" [4, с. 21].

Саме тому ведична культура взгалалі та ведичне право зокрема досі вважають характерним індійським феноменом: Індія – незалежна держава, одна з найбільших країн світу, яка зберігає ведичне право у своїй сучасній правовій системі.

Джерела ведичного права. Веди (Ригведа, Самаведа, Яджурведа, Атхарваведа) – священні книги сивої давнини – містять для правовірного індуса божественні приписи, істину. Згідно з усталеною традицією літературу кожної веди поділяють на чотири групи: самхіти, брахмани, араньяки й упанішади, які і складають шруті – "почуте", або веди у власному значенні цього слова, що займають перше місце у переліку джерел давнього права Індії.

Проте у самих ведах важко знайти те, що можна віднести до норм права. Веди потрібно розлядати лише як ідейну основу індуського права. Правові норми закріплено в іншій давньоіндійській літературі – смріті – "запам'ятовуване", тобто традиція, що передаєтсья за пам'яттю, що походить від окремих авторитетів. Смріті – ритуальні, наукові, правові трактати, що коментують веди. Самі трактаки відомі під назвою дхармасутр ("сутра" – нитка). На базі найдавніших дхармасутр – Гаутами, Баудхаяни, Апастамби, Васіштхи (VI–III ст. до н. е.) та інших – виникла багата правова література, смріті, або шастри, наприклад Манусмріті (Закони Ману) [4, с. 22].

Окрім наведених вище писаних джерел права, для ведичного правопорядку Індії характерні ще два джерела: доктрина та звичай, які буде розглянуто нижче в контексті теоритичних засад ведичного права.

Теоретичні основи ведичного права. Основне поняття ведичного права, яке відображено у самих назвах писаних правових джерел – *дгарма.* Без розуміння цього поняття неможливе розуміння ні давнього, ні сучасного права Індії. Так само, як і будь-якого іншого ведичного правопорядку.

А зрозуміти це поняття непросто, адже воно не має належного відповідника в сучасних європейських мовах. Нерозуміння цього ключового для ведичного індійського права поняття створило значні проблеми для перших європейських дослідників [3, с. 5].

Більшість людей неодноразово чула про карму, але не про дхарму. У побуті говорять про карму, коли описують якийсь випадок негативних наслідків від власних вчинків. Звісно, ті, хто про це говорять, не розуміють дійсного значення поняття "карма". У перекладі із санскриту карма означає "дія", "вчинок" [5, с. 23]. Карма – це досвід. Досвід людини, який вона прожила, і який записаний на певному плані реальності. Звісно, цей досвід (тобто діяльність) стає причиною подальших подій у житті людини. Тому карму ще називають законом причини та наслідку. Через це кажуть, що, якщо людина зробила щось негідне, то вона отримує негативні наслідки. Звісно, це вкрай спрощене розуміння.

Поняття карми відтіняє для нас поняття дгарми. Якщо карма – це пережитий досвід, то дгарма – це досвід ще не пережитий. Тобто якщо карма – це дійсне, то дгарма – це належне. А право з погляду науки належить саме до категорії належного, а не дійсного.

Наведемо тлумачення поняття "дгарма" від українського лінгвіста, сходознавця-індолога, що вчився у Лакхнауському університеті (Індія, штат Уттар-Прадеш), нарешті, жив і подорожував Індією та добре обізнаний з індійськими реаліями та світоглядом – Степана Наливайка: "Дгарма (у ведах арта) – основоположне поняття індійської філософії, що означає світолад, вселенський закон, непохитність космічних процесів (зміна зими весною, дня ніччю, рух небесних світил, плин річок тощо). На арті-дгармі тримається впорядкований, організований, справедливий світ, його моральні, етичі, суспільні, релігійні устої" [2, с. 23].

Закони Ману визначають дгарму для кожної касти [6]. Порушення дгарми карається покутою, вилученням із громади, іншими формами громадського осуду [2, с. 23]. Проте ми бачимо тут не лише громадський осуд, але і юридичну відповідальність. Примусове застосування покарань здійснює раджа – правитель, як утілення дгарми.

Із цього можна дійти висновку, що дгарма – це також обов'язок. Таким чином, дгарма охоплює право в об'єктивному розумінні – як порядок, справедливість, та у суб'єктивному – як обов'язок у суто формально-юридичному значенні. На нашу думку, викладене нами вище демонструє не лише високий світоглядний рівень, але й високий рівень правової думки аріїв.

Роль правової доктрини у ведичній правовій культурі. Теоретично, якщо текст смріті не відповідає ведичному тексту, він не може діяти як джерело права, оскільки веди вважаються джерелом усіх знань. Там, де є суперечності між ведичним текстом і смріті, перевагу має веда – основний принцип давньоіндійського права. Але оскільки у самих ведах норми права відсутні, для підвтердження одвічної божественної сутності права брахманська ортодоксія виходила з фікції, що частина смріті заснована на забутих або втрачених шруті та практично смріті ніколи не можуть тлумачитися як такі, що суперечать ведам [4, с. 22].

У релігійно-ортодоксальній правовій теорії Індії склалася доктрина про рівний авторитет усіх дхармашастр та їхню істинність. Як наслідок брахмани розробили фікцію, відповідно до якої між дхармашастрами не може бути протиріч.

Межі індійського права згідно із цією теорією, що буцімто визначені змістом вед, мають бути абсолютно нерухомі, мають виключати вплив часу. Цей постулат ортодоксів заперечується усім змістом дхармашастр, як і всім розвитком права Індії, що відображає ті соціально-економічні та політичні зсуви, що відбувалися в індійському суспільстві [4, с. 23].

Наведене вище свідчить про неминучівсть великої ролі доктрини серед джерел ведичного права. Адже фікції про абсолютизацію вед як джерела права, неможливість суперечності правових джерел ведам, несуперечність між самими цими джерелами, за умов мінливої соціальної дійсності могли бути дієвими лише за умов відповідного тлумачення, що здійснювали жерці.

Одразу напрошуєтсья паралель ведичного права з мусульманським правом. Адже мусульманске право також містить фікцію про абсолютизацію священних текстів ісламу як джерела права. У сучасних мусульманських країнах, як правило, діє і світське право, і мусульманське право. Юрисдикції світської та релігійної систем права перетинаються. Вони не завжди конкурують – у багатьох країнах вони узгоджуютсья, і часом дуже вдало.

Паралелі між ведичним і мусульманським правом наводить і А. М. Крашеннікова в контексті розв'язання проблеми відповідності вимогам часу у системах правах, заснованих на доктрині одвічної незмінності джерела права: "Теоретично незмінні системи права обхідними шляхами пристосовуються до потреб суспільного розвитку. У мусульманському праві, наприклад, використовувався метод порівняльного мусульманського права, коли одна школа права запозичувала інститути іншої школи мусульманського права. Індуське право пристосовувалось до потреб суспільного розвитку шляхом широкого залучення до своєї системи звичаїв, що робило його жорсткі межі еластичними. Модифікація традиційних концепцій із боку щоденної практики значною мірою сприяла можливості звернення також і до "принципів справедливості" як до додаткового вказівника на дгарму" [4, с. 27].

Мусульманске право – предмет вивчення в курсі історії держави і права студентів українських вищих навчальних закладів. Цікавість мусульманського права якраз і полягає у високій ролі правової доктрини. Водночас українські студенти не вивчають наведені вище теоретичні конструкції на матеріалі з власної історії – ведичних правових традиціях. Особливо дивно це виглядає, якщо врахувати, що мусульманська правова доктрина розвивалася на базі ведичної, і аж ніяк не індійської.

Абу-Ханіфа Денавері – богослов, який здійснив вирішальний вплив на догматику та правознавство ісламу, засновник однієї із чотирьох основних шкіл (мазхаб), був курдом за походженням [1, с. 427]. Як відомо, на час арабських завойовницьких походів під прапором ісламу курди дотримувалися (а частина і досі дотримується) ведичних порядків. Мусульмани вороже ставилися до останніх і намагалися їх викорінити. Незважаючи на це, ведична культура, як культура, що досягла високого розвитку, не могла не спричинити значого впливу на арабів-мусульман. Так само, європейські хрестоносці завойовували арабські мусульманські території у Палестині, але це не завадило їм здійснити масу запозичень у своїх супротивників. Якщо в інших випадках можна посилатися на те, що араби-мусульмани запозичили правові традиції у близькосхідних культур (наприклад, у Вавилону, який у сучасній науці особливо популяризується), то у вказаному випадку очевидно, що Абу-Ханіфа Денавері були ближчими ведичні порядки суспільства, з якого він сам походив, а не якісь інші.

Як відомо, іслам виник у VII столітті нашої ери. Коли були написані веди, невідомо, але відомо, що на тисячі років раніше. Так само і доктрина незмінності правової системи, а отже і традиція жерецького тлумачення правових норм, виникла у ведичній правовій культурі задовго до появи ісламу і, відповідно, мусульманського права. Навряд чи є підстави вважати, що мусульманські жерці розробили такі складні теоретичні доктрини самостійно, якщо врахувати, що вони були добре відомі у тих місцевостях, де жили мусульмани. Навряд чи вони змогли б це зробити, навіть якби схотіли – адже освічені люди знали про такі речі.

Функції ведичного права. Сучасна теорія права має класичний поділ функцій права на правотворчість і правореалізацію. Звісно, такі теоретичні узагальнення відповідають високому рівню розвитку правової думки сучасності. У той же час у процесі дослідження ведичних правових систем нас вразив той факт, що ведичне право ще 2 000 років тому знало такий поділ.

Згідно із Законами Ману, Веди є першим джерелом священного закону. Який би закон не ухвалив Ману для тієї чи іншої особи, такий закон повністю викладений у Веді [6, с. 15]. Коли два священні тексти (Шруті) протиріччать один іншому, то вони обидва вважаются законом [6, с. 16]. Ці правові норми підтверджують викладені вище відомості про основні концепції ведичної правової доктрини в Індії. З погляду сучасної теорії права ми назвали б їх принципами ведичного права.

Три двічінароджені варни мають вивчати (Веду); але серед них лише брахман має пояснювати її [6, с. 228–229]. У світлі викладеного вище фактично це означає, що варна брахманів (тобто жерці) здійснює правотворчість.

Водночас стосовно царя, стосовно якого прямо вказано, що він належить до варни кшатріїв (воїнів) маємо зовсім інші приписи. Він – володар правосуддя. Для царя Владика створив колись свого власного сина, Покарання, захисника всіх творінь, (втілення) закону. Цар має, на підставі ґрунтовного розгляду місця і часу (злочину), силу та знання злочинця, накласти справедливе покарання на людей, що чинять не за законом [6, с. 130]. У той же час до обов'язків кшатріїв віднесено охорону народу [6, с. 237]. Як кшатрій цар має захищати своїх підданих [6, с. 143]. Дгарма царя – охороняти державу. Як від зовнішніх, так і від внутрішніх ворогів. Таким чином, цар (монарх) здійснює і судові, і поліцейські функції.

У сучасній теорії права державні органи, які забезпечують виконання закону шляхом застосування примусу, називають право*охоронними* органами. Вони застосовують право. Правосуддя та правоохоронна діяльність належать до функції правореалізації.

Отже, ведичне право знало чіткий розподіл функцій правотворчості та правореалізації, які здійснювали відповідні інституції.

Держава. У нас є всі підстави стверджувати, що ведичне право має дуже глибоку історію. Коли воно виникло, нині невідомо. Але воно набуло високого розвитку вже декілька тисяч років тому. Про це свідчить надзвичайне багатство лексики державно-правової тематики, яке існує у санксриті – мові, яка вже давно стала "мертвою".

Та ведичний правопорядок не став мертвим – він жив у правопорядку середньовічних русів, живе він і понині в Індії, Ірані й інших країнах Азії.

Вищий прояв дгарми – держава, санскр. раштра, ратта. Вона – гарант дгарми, яку сповідує, підкріплює, оберігає, захищає, а за порушення її – і карає. Санкритське дгарма й українське держава споріднені: в обох словах наявна основа dhar – "держати", "тримати". Царський символ – бик, на стягах царів він засвідчував їхню відданість дхармі. Бик і дгарма-чакра – "колесо карми" прикрашають герб сучасної Індії, дгарма-чакра – центральний елемент і її триколірного державного прапора [2, с. 23–24].

Таким чином, згідно з логікою вед, держава виводиться з права, а не навпаки. Нам, як представникам правової науки, це не може не подобатися. Але тут потрібно звернути увагу на інше: такий підхід відповідає сучасним уявленням про право. Його виникнення потребує високого рівня теоретичного узагальнення і можливе лише на певному, високому, рівні розвитку правової думки. Такого рівня і близько не досягала правова думка в Європі Середніх віків, яку представляють так звані варварські правди.

Санскрит – давня мова, якою написані веди, має багату лексику державно-правової тематики.

Наведемо приклади "державної" лексики сакскриту.

Санскритською *раштра* – високостатусний соціальний термін, що не тільки обслуговує таку важливу сферу, як найменування держав, а і творить інші першорядні терміни, імена та назви.

Раштрі, *Раштрік*, *Раштрін* – дослівно "Наділений державою", "Цар". *Раштрабгріт*, дослівно "Державнодержець" – "Цар", "Правитель". *Раштравардгана* – "Примножувач держави", "Побільшувач країни". *Раштрадеві* – "Богиня держави". *Раштракута* – "Вершина держави". "Раштрапала" – "Захисник країни", "Владика держави", "Цар". *Абгіраштра* – "Завойовник країн". *Дгрітараштра* – "Міцнодержавний".

У мові хінді, основа якої санскритська лексика, *раштра* творить численні терміни, зокрема і стосовні сучасної державної атрибутики.

Раштра-паті, дослівно "батько країни" – президент (pati споріднене з укр. *батько* і рос. *батя); раштрапаті-бгаван* – президентський палац. *Раштра-ґан* – державний гімн (gan – "пісня", *ґаян* – "співак", *ґаїка* – "співачка", від санскр. Ga – "співати"; порівнянне з укр. *гаївка* – різновид веснянок). *Раштра-джганда, раштра-дгваджа* – державий прапор. *Раштра-бгаша* – державна мова.

Початкове *А* в назві *Аратта-Араштра* – заперечна частка ("не", "без", "анти-"), властива санскриту й іншим індоєвропейським мовам. До хінді із санскриту перейшли терміни, де ця частка поєднана саме з *раштра*. *А-раштрій* – антидержавний, антинаціональний (*раштрій* – державний, національний). *А-раштрі-кріт* – роздержавлений, денаціоналізований. *А-раштрі-каран* – роздержавлення, денаціоналізація. З ними перегукуються інші санскритські терміни в мові хінді.

А-радж'я – "не-держава" (санскр. *Rajya* – синонім до *раштра*). *А-радж* – "безцарна" (про країну без правителя). *А-раджан* – "не-царська", "некерована царем", "анархічна" (про країну): у слові *анархія* теж заперечна частка *ан.* Грец. *Anarhos* (*архос* – "ватажок", "правитель") і санскр. *A-rajan* – семантичні двійники. *А-раджакта,* досл. "не-царськість" – "беззаконня", "безлад", "анархія" (*ta* – санскритський суфікс, тотожний укр. *та* в *спільнота, чеснота, виднота, гарнота, висота, широта* тощо). *А-раджан-стхапіт* – "не-встановлений-царем", "незаконний", "нелегальний", "недійсний". Таким чином, легендарна назва *Араштра-Аратта* означає лише "не-держава", "не-країна" [2, с. 48–49].

Наведені лексичні дані ми запозичили у відомого українського мовознавця С. Наливайка. Він наводить ці відомості в контексті розгляду країни Аратта в індійському епосі "Махабхарата". Проте нас, як представників правової науки, зацікавило зовсім інше. Те, що для мовознавців може мати другорядне значення, для нас має значення першорядне: величезне багатство лексики державно-правової тематики санскриту й хінді та її безпосередній зв'язок із відповідною українською лексикою.

Ведична культура русів. Як ми вже казали на початку цієї статті, унаслідок загадкового замовчування в історичній науці ведичної культури аріїв відповідні дослідження зосередилися в межах лінгвістики. Мовознавці Великої Британії, Росії та інших країн активно працюють у цьому напрямку вже третє століття. Серед них гідне місце займають і українські дослідники. Один із засновників так званих індоарійських досліджень в Україні – Михайло Красуський, який опублікував свою роботу "Древность малороссийского языка" ще 1879 р. [7]. Серед сучасників ми вкажемо Степана Наливайка – автора навчального посібника з мови хінді для українських студентів (1997 р.).

Одразу хочемо зробити термінологічне зауваження. Термін "індоарії" виник на підставі знайомства європейців з Індією після її завоювання англійцями у XVIII столітті. Європейців вразило багатство лексичних та інших паралелей власних культур з індійськими. На індусів цей феномен справляє не менш яскраве враження. Наведемо слова перекладача руського "Слова о полку Ігоревім" Джогоннатха Чокроботі: "Я не міг собі уявити, що відкриття за відкриттям чекають на мене при роботі над текстом "Слова"". Під впливом цих "відкриттів" європейці назвали споріднені культури Індії та Європи індоєвропейськими.

Проте в контексті історії аріїв ці паралелі аж ніяк не можна назвати дивовижними. Арії з території Курдистану перемістилися до Індії. Вони завоювали місцеве населення і нав'язали йому свої порядки. Пізніше частина аріїв залишилася в Індії, решта ж вирушила на захід і з часом досягла краю континенту – Європи. Хіба варто так дивуватися тому, що люди одного походження мають схожу культуру?

Історія повторилася під час британського завоювання Індії.

Якщо називати ведичну культуру аріїв індоєвропейською, то так само можна назвати англійське common law індо-англійським (до того, ж як і в терміні "індоєвропейський" "індо" стоїть попереду) на тій лише підставі, що завойовники з Британських островів насадили в Індії власне право, як це зробили на три тисячі років раніше їхні пращури. Абсурдність такого підходу очевидна. Тому термін "індоарії" ми вважаємо невдалим.

Дослідження історії аріїв і ведичної культури ускладнює також штучний відрив історії Індії від історії народів Європи. Адже недостатність даних про контакти людей, що жили на різних краях Євразії, дають можливість продовжувати триматися хибних тверджень про повну їхню ізоляцію один від одного. Звісно, факти, що суперечать теорії ізоляції, намагаються ігнорувати. Але сучасні роботи європейських та американських дослідників спростосвують цю теорію, що ми продемонструємо у наступних публікаціях.

Як ми вже казали вище, дані релігієзнавства засвідчують, що руси (українці) поклонялися багатьом богам, яких сьогодні з якихось причин продовжують називати "індуїстськими": Індра, Шива, Баладева тощо [2].

Проте найбільше свідчень походження ведичної культури в Індії із Заходу дає лінгвістика. Наведемо слова Михайла Красуського: "Довгий час займаючись порівнянням арійських мов, я дійшов переконання, що малоросійська мова не лише старша за всі слов'янські, що стосується і так званої старослов'янської, але і санскритської, грецької, латинської та інших арійських" [7, с. 9–10]. Такий висновок став результатом фундаментальної праці з порівняльного мовознавства. Варто зазначити, що М. Красуського важко звинуватити у суб'єктивності. За походженням він – поляк, підданий російського імператора. Крім того, у цитованій публікації він явно демонструє особисті переживання щодо своєї польської батьківщини [7, с. 39]. Звісно, неупередженість М. Красуського говорить на користь об'єктивності його висновків. І рівною мірою створює ще більшу загрозу недругам України.

Тому не варто дивуватися, що така заява викликала переполох серед російських імперіалістів. Публікації М. Красуського не набули поширення. Результати його дослідження замовчувались. За радянських часів заборонялося навіть публікувати його роботи. Але українські вчені не полишали роботи у цьому напрямку. Тому одразу ж як Радянський Союз зазнав краху, статтю М. Красуського було знову опубліковано. Але на цьому історія не закінчилась. Виявилося, що українська держава аж ніяк не зацікавлена у поширенні історичної правди, яка створює величезний престиж для України. Так само, як і за часів Російської імперії, результати дослідження М. Красуського замовчують.

Наведена вище історія дуже показова. Те саме стосується й інших досліджень у цьому напрямку.

Отже, даних про ведичні витоки української культури, у широкому розумінні слова, більше, ніж достатньо. Проте в Україні не залишилося ні руських вед, ні писемних пам'яток права тієї доби, що дає підстави для науки історії держави та права продовжувати ігнорувати очевидні дані лінгвістики, релігієзнавства й інших суспільних наук.

Із проголошенням незалежності України ситуація змінилася: українська аудиторія отримала доступ до численних публікацій "Велесової книги" [8]. Ця писемна пам'ятка складена руськими жерцями у IX столітті нашої ери. "Велесова книга" – це політичний маніфест русів, що закликає до боротьби з іноземними завойовниками, у першу чергу греками (візантійцями). Вона містить величезний масив історичних даних, що довгий час були втраченими для сучасної науки. Підтверджує дані про слов'янський пантеон богів, такий близький до індуїстського. Наводить деякі відомості про еволюцію політичного устрою русів. Книга містить чимало іншої цінної інформації з історії русів.

Проте для нас важливо те, що "Велесова книга" містить прямі вказівки на руські веди. "Жрецы призвали о Ведах заботится, а их украли у нас и не имеем ныне" (табличка 6-Д). Отже, руси мали власні веди, які, так само як і в Індії, Курдистані й інших осередках проживання арійських племен, складали фундамент системи права.

Маємо пряме підтвердження наявності у русів писаних джерел права у ще більш ранній період. Так, у 1890–1891 рр. було знайдено письмовий документ. Учені назвали його "Херсонеська присяга". У ній сказано: "…я охоронятиму для народу састер і не розголошуватиму нічого потаємного ні еллінові, ні варвару…". Састер тут є суто індійський термін для священних книг – шастр, які регламентували життя давнього індійця [2, с. 24], тобто були нічим іншим, як писаними джерелами права. Наведемо для порівняння з текстом Херсонеської присяги слова із Законів Ману: "Священне вчення, що наблизилося до брахмана, каже йому: "Я твій скарб, бережи мене, не повідомляй мене тому, хто зневажить мене" [6, с. 29].

Так, "індійські" шастри (дхармашастри), про які ми згадували під час викладу джерел права Індії, неочікувано "виринули" у Криму. До речі, документ знайдено у Херсонесі Таврійському, або літописному Корсуні (сучасне місто Севастополь), який має свого двійника на Черкащині – Корсунь-Шевченківський. Тобто не лише термінологія документу, але й топоніміка підтверджує належність наших предків до ведичної традиції. Як і те, що наші безпосередні предки мали міста на Кримському півострові щонайменше за 1 200 років до татар і за 1 500 років до росіян, з усіма наслідками, які із цього випливають.

Надамо характеристику книг, про які говорить присяга.

Усе життя давнього і сучасного індійця регламентується приписами, викладеними в шастрах, священних книгах, найпершу й найавторитетнішу частину яких складають веди. Ці приписи в сукупності складали морально-етичні засади суспільтсва, дгарму. Поняття дгарма не просто віра чи релігія, воно набагато ширше й охоплює такі категорії: моральність, праведність, чеснотливість, неухильне дотримання релігійних і громадських обов'язків, тощо. На дгармі, викладеній у шастрах, базувалися підвалини суспільства, його етичні, *правові* (виділення наше. – Авт.) норми [2, с. 24].

Шастри формують дгарму – світовий лад. Попередницею дгарми була ведійська "арта". На арті-дгармі тримається впорядкований, організований, гармонійний, праведний, справедливий світ, його моральні, етичні, суспільні, релігійні основи. Термін арта-дгарма не має певного лексичного відповідника, а залежно від контексту означає "лад", "правило", "право", "закон", "віру", "засади", "підвалини", "обов'язки", "приписи", "норми" [2, с. 52].

Ми вже розглядали поняття дгарма в контексті правових текстів Індії. Проте погляд людини сторонньої –

яка не належить до представників правової науки, але дуже глибоко знає індійські традиції, демонструє нам, з іншої перспективи, глибину поняття "дгарма" та його безпосередній вплив на розвиток ведичного права.

Ми бачимо, що з 11 значень, наведених С. Наливайком, 6 мають суто правову природу: правило, право, закон, обов'язки, приписи, норми.

"Херсонеська присяга" кореспондує з даними "Велесової книги", яка багаторазово нагадує про руські міста Північного Причорномор'я та їхню окупацію візантійцями.

"Вот пришли к морю и стали строить города, возвели Хорсунь и иные… Поэтому две их ветви именовались Великие и Малые Борусы, а сурожцы назывались Сурожска Русь" (табличка 6-В). Можливо, Хорсунь "Велесової книги" і є літописний Корсунь, тобто Севастополь, який на думку сучасних росіян є містом російської слави, що насправді було засноване більш ніж за 1 000 років до Москви. Насправді ж росіяни вперше з'явилися у Севастополі лише у другій половині XVIII століття нашої ери – за дві тисячі років після заснування міста русами, яких нині іменують "українці".

Незручності для сучасної російської офіційної історичної науки продовжуються: "(Когда же) Русь была растоптана греками и римлянами, то (русы) пошли по берегам морским и там сотворили Сурожский Край, который был солнечным и подчинялся Киеву".

Зазначимо, що Кримський півострів має давню історичну назву – Таврида. Назва таври – грецький переклад назви руси, таври й руси – одне й те саме слов'янське плем'я. Тобто Крим – це Русь. Що підтверджує і "Велесова книга", яка багато місця приділяє Кримові, але мовить лише про русів, не про таврів [2, с. 93].

Наведені вище дані повністю усувають історичну основу сучасних московських претензій на Крим і Північне Причорномор'я. Проте в контексті нашого дослідження нас цікавить зовсім інше.

"А когда русы пришли на полдень, то сотворили сильный град Сурож, какой не построить грекам. А те его разрушили и хотели русов побить…" (табличка 22). "Сурож же "огречилась" и не будет русской: там теперь боги греческие" (табличка 6-Д).

На думку деяких сучасних дослідників, руські Веди зберігалися у Сурожських храмах, які захопили і зруйнували греки [8, с. 61]. За даними Степана Наливайка Сурож (нинішній Судак у Криму), якому відповідає санскритська surajya, означає "добра, праведна країна" [2, с. 54]. Тобто етимологія підтверджує дані Велесової книги і наведену тут версію.

Держави Північного Причорномор'я античної епохи. Писемні пам'ятки загадкового Боспорського царства рясніють арійськими назвами та поняттями [2, с. 83–146], що недвозначно свідчить про вплив аріїв, а значить і вед.

Під час огляду літератури ми згадали про дослідника права держав Північного Причорномор'я античної доби – О. А. Гавриленка. Ним здійснено відповідне дисертаційне дослідження, а 2006 року опублікована монографія під назвою "Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н. е. – VI ст. н. е.)" [9]. Головна думка О. А. Гавриленка, викладена ним у монографії, полягає в тому, що право не виникає спонтанно – правова система України побудована на фундаменті попередніх поколінь, і знання цього фундаменту необхідне для використання досвіду минулого у сучасній правотворчій, правозастосовчій і правоохоронній діяльності [9, с. 297].

Ми повністю погоджуємося з такою постановкою питання. Водночас О. А. Гавриленко зосередив основну увагу на дослідженні правопорядків еллінських колоній, які відтворювали право своїх метрополій. Тобто він обмежився еллінським, іноземним для русів, правом.

На наш погляд, основну увагу треба було приділити не еллінським колоніям, а Боспорському царству, на що нас скеровують дані мовознавства. На підставі ґрунтовного дослідження різноманітних історичних джерел, О. А. Гавриленко викладає сутність Боспорського царства, яке є дуже складним і загадковим феноменом – гегемоністська симмахія, тобто постійний військово-політичний союз на чолі з найпотужнішим в економічному та військовому відношенні полісом, яким був Пантікапей. Такий союз включав не лише різні еллінські колонії, але й велику кількість підвладних неполісних об'єднань – скіфських і меотських племен. Останні і є носіями так званих індоарійських мов і понять, що такі близькі до Індії.

У світлі останніх даних про Боспорське царство зміст Херсонеської присяги може набувати нового значення. Як викладено вище, ті, кого приводили до присяги, обіцяли охороняти шастри і не розголошувати їхній зміст ні еллінові, ні варвару (іноземцю). За недостатності даних можемо запропонувати такі варіанти тлумачення цього тексту.

Варварами називали іноземців самі елліни. Отже, можливо, до присяги приводили саме еллінів жерці (еллінські або ні), які сповідували ведичну традицію. Але можливо, до присяги приводили і не еллінів. Якщо присяга була складена у Боспорському царстві або подібному міжетнічному політичному об'єднанні, то її могли складати люди, які дотримувалися ведичних традицій у еллінському оточенні. Саме тому носії ведичних традицій обіцяли не розголошувати зміст своїх правових актів еллінам, а також іноземцям (що не належали до такого політичного об'єднання), яких за традицією еллінів називали варварами.

Якщо Боспорське царство було політичним об'єднанням різних політичних одиниць, то воно мало сполучати і різні правопорядки, які могли навіть конкурувати між собою. У такому випадку писемні документи можуть спотворювати реальну картину, адже їх складали в інтересах певних політичних груп.

Як би там не було, а еллінські правові джерела є іноземними для русів, на відміну від вед і шастр. Тому, на наше переконання, останні здійснили значно більший вплив на формування сучасного українського права, ніж чужорідні еллінські. Особливо це стосується формування української правової доктрини, адже, як ми розглянули вище, у ведичній правовій культурі доктрині відведена дуже велика роль.

Закони Ману та Руська Правда. Руська Правда – писане джерело права XI століття нашої ери. Вважається першим кодифікованим актом і вершиною правової думки Київської Русі. Попередні писані правові джерела вважаються втраченими. Окрім того, в українській правовій думці панує погляд, що до Руської Правди правові джерела здебільшого зводилися до племінних звичаїв і були вкрай примітивними. Отже, талановитий колектив київських учених мужів під керівництвом самого славного князя Ярослава здійснив проприв у юриспруденції – створив перший кодифікований правовий акт русів, до того ж виняткової якості.

Проте порівняльне правознавство псує цю струнку картину. Як відомо, у часи, про які йдеться, серед народів Європи набули поширення так звані варвварські правди – кодифіковані акти, подібні до Руської Правди. Серед найбільш відомих можемо назвати Саллічну Правду та Саксонське зерцало.

У сучасній науці держави та права домінує підхід, відповідно до якого варварські правди були сформовані

на підставі компіляції племінних звичаїв і попередніх фрагментарних правотворчих потуг європейських монархів. Тобто здичавілі європейці повністю втратили високі здобутки попередніх епох, але завдяки власним інтелектуальним надзусиллям спромоглися на доволі складні кодифіковані акти. У майбутньому європейці відновили римське право, яке сприяло бурхливому розвитку правових систем країн Європи. Така картина може виглядати переконливою лише тоді, якщо повністю забути ведичну спадщину аріїв – предків сучасного населення Європи. Що, власне, і було зроблено.

Проте здоровий глузд підказує зовсім інше. Невже високорозвинута правова культура, що розвивалася впродовж тисяч років, збереглася лише у віддаленій колонії аріїв – Індії, і була повністю втрачена більшістю її оригінальнийх носіїв?

Дозволимо собі поставити під сумнів таку схему. На нашу думку, веди, шастри й інші джерела ведичного права безпосередньо вплинули на право сучасної Європи. Про це, у першу чергу, свідчать особливості кастового устрою європейських народів. Проте їхня демонстрація вимагає значного тексту, тому буде здійснена нами у наступних публікаціях.

Якщо порівняти Закони Ману та Руську Правду, то одразу можна помітити різницю між ними. Щонайменше, Закони Ману мають значно більшу деталізацію правової регламентації. Для цього достатньо просто поглянути розділ "Зміст" відповідних повних публікацій [6]. І не даремно хрестоматії для українських студентів завжди містять лише фрагменти Законів Ману – адже цей акт має дуже великий обсяг. Так, лише спорам стосовно меж землі присвячено 22 положення. Як представники науки земельного права, маємо зазначити високий рівень правової регламентації відповідних суспільних відносин. Норми, що стосуються залучення свідків до судового процесу, складають десятки положень [6, с. 157–164], що за обсягом співставні з усім тексом короткої редакції Руської Правди [10, с. 79–82]. Навіть розширена редакція Руської Правди – це скромна брошура порівняно із Законами Ману.

Як ми вже згадували вище, в історичній науці ніхто не заперечує той факт, що ведична культура була насаджена в Індії завойовниками із заходу – аріями. "Велесова книга" підтверджує ці дані. "Так водили мы скот в степях, и боги хранили нас, как и было предречено ими в Пенже, что будем иметь много золота и жить богато" (табличка 5-А). "Так произошли Деды русов и пришли из Пенджаба…" (табличка 7-Є). "Сотворились те Роды в Семиречье, где мы обитали за морем в Краю Зелёном, и где водили скот прежде Исхода к Карпеским горам". (табличка 9-А). П'ятиріччя (Пянж) та Семиріччя – територія у Середній Азії, що охоплює частину сучасного Афганістану, Пакистану й Індії, де протікає священна ріка Інд із сімома (або п'ятьма) основними притоками [8, с. 99].

Таким чином, більш ніж за тисячу років до заснування Русі на Дніпрі із центром у Києві, руси мігрували із території сучасної Індії та сусідніх країн на захід, разом із готами й іншими етнічними аріями. А потрапили вони до долини Інду разом з іншими слов'янами у складі ширшої етнічної групи – арійськими племенами, як завойовники. Зрозуміло, що частина аріїв залишилася в Індії.

У цьому контексті повернемося до порівняння Законів Ману та Руської Правди. Закони Ману складені між II століттям до нашої ери та II століттям нашої ери [11, с. 45]. Руська Правда – у XI столітті нашої ери. Ми вже наводили порівняння обсягу цих правових актів. Не менша різниця і в їхньому змісті. Закони Ману – правовий акт величезного обсягу, який, проте, не є зібранням різних за часом і суперечливих за змістом законодавчих актів, як цього можна було б очікувати. Закони Ману – це єдиний внутрішньо узгоджений правовий акт, в якому норми права викладені послідовно і зрозуміло. Порівняно з ним не лише Руська Правда, але й усі інші так звані варварські правди середньовічної Європи демонструють дуже низький рівень правової думки.

Тобто картина розвитку правової науки в арійських народів виглядає так: арії, що залишилися в басейні Інду, створили правовий акт, що демонструє високий рівень правової думки приблизно у часи Христа; натомість арії, які покинули Інд і з часом оселлися в басейні Дніпра, деградували настільки, що лише за тисячу років спромоглися створили жалюгідну подобу такого правового акту. Нам така картина видається сумнівною. Звісно, таке явне протиріччя можна пояснити бідним раціоном, поганою водою чи повітрям, або іншими подібними природничими теоріями, які досі не втрачають популярності. Проте нам такі теорії видаються безпідставними.

Свідчення високого рівня розвитку руського суспільства 2 000 років тому можемо знайти в буквальному сенсі під ногами. Одне з найбільш яскравих свідчень – Змійові вали. Завдяки поєднанню природничих і гуманітарних методів ще у 1970-ті роки встановлено, що вони будувалися на рубежі старої та нової ер. Радіовуглецевий аналіз, проведений, зокрема, у лабораторії точного часу Інституту геології АН СРСР показав: укріплення поблизу Києва датуються 150 роком до н. е. Протяжність оборонних споруд навколо Києва – близько 1000 кілометрів. Усі Змійові вали складають чітку систему водно-земляних перешкод. Вершини чотирьох трикутників збігаються на території Києва.

За розрахунками математика А. Бугая населення за валами мало становити не менше 2 млн людей, а працювало над їхнім спорудженням близько 100 000. Вибудувати таку систему надто складних інженерних споруд можна було лише і лише за наявності державних структур [12, с. 69].

Звісно, для нас ключове значення мають саме останні слова.

Таким чином, 2 000 років тому Київ уже був центром потужної держави. До речі, величезні фортифікаційні споруди будувалися приблизно у той самий час, коли в далекій Індії писали Закони Ману. Оборонні споруди Київської Русі XI століття (час написання Руської Правди) не можуть іти в жодне порівняння зі Змієвими валами. Логічно припустити, що рівень розвитку права Київських держав, які розділяє тисяча років, співвідноситься приблизно так само, як і рівень розвитку інженерної справи. Так само висловимо припущення, що держава із центром у Києві, яка створила Змієві вали, була заснована на ведичних правових засадах, а не на якихось інших. До такого висновку підштовхує маса лінгвістичних, археологічних, міфологічних та інших даних.

Повернемося до порівняння писаних джерел права. Однією з характерних рис варварських правд є система грошових штрафів за вбивство, що відрізняються залежно від соціального походження жертви. Саме ця особливість найбільше запам'ятовується студентам – майбутнім юристам, які в подальшому несуть це враження у життя. У той же час така система штрафів існувала ще у перших дхармасутрах.

Наведемо відповідний текст Апастамби (V–III ст. до н. е.):

"(Людина), що вбила кшатрія, щоб спокутувати ворожнечу, має дати тисячу корів, (за вбивство) вайш'ї – сто, (за вбивстово) шудри – десять… (За вбивство) жінки – (належить спокута) така сама, як і (у випадку) з ними…" [3, с. 21].

Руська Правда: "А за (вбитого) княжого тіуна (стягувати) 80 гривень… А за (вбивство) княжого старости, хто відав селами та нивами, (стягувати) 12 гривень… А за вбивство смерда чи холопа (стягувати) 5 гривень [10, с. 84].

Так само, як і у викладеному вище порівянні розвитку правової доктрини у ведичному і мусульманському праві, здоровий глузд підказує, що навряд чи освічені люди у добрій пам'яті вигадали те, що вже існувало понад тисячу років.

Ми вважаємо, що наведене вище свідчить про те, що руси до захоплення влади у Києві з боку варязької династії Рюриковичів уже не першу тисячу років знали ведичний правопорядок, на фундаменті якого і будувалися наступні правові системи. Не секрет і те, чому і як зникли писемні ведичні правові джерела: їх знищував Константинополь, що паралельно насаджував християнство (у власній редакції). Константинополь, у змові із чужими варязькими князями, які засіли у Києві, усіма силами викорінював ведичну культуру із середовища русів. "Велеосва книга" свідчить про те, що боротьба руських жерців із константинопольськими жерцями тривала століттями. Спочату візантійці захопли узбережжя Чорного моря, спалили і розграбували Сурож та інші міста, осквернили руські храми і викрали веди. Потім за підтримки Рюриковичів вони вдерлися і до Києва.

Це відповідає загальновизнаній схемі історії Русі, що заснована на літописних даних. Недарма через тринадцять століть після Херсонеської присяги представник чужоземної династії, яка захопила князівський стіл у Києві – Володимир, саме з Корсуня, колишнього Херсонесу, приніс до Києва християнство, привів християнських священників і привіз християнські регалії [2, с. 26].

Ця історія дуже цікава й актуальна для сьогодення, але вона вже виходить за межі нашого дослідження. Тут ми звернемо увагу на інше.

Джерела подальших досліджень ведичної правової думки Русі. Висловимо передбачення, що у найближчому майбутньому писемні правові джерела русів – веди, будуть опубліковані. Можливо, вони будуть знайдені, а можливо, навіть обнародувані. Коротко розкриємо підстави для таких сподівань. У "Велесовій книзі" вказано, що "у Сурожі були веди але вони викрали їх у нас". Отже, візантійці викрали веди. Не "знищили" чи "спалили". Ні – храми спалили, а веди – викрали. Тобто Константинополь зберіг руські веди для власного використання. Звісно, зовнішнього доступу візантійські жерці ані для іноземнців, ані для своїх підданих до таких книг не надавали. Принагідно згадаємо практику католицької Інквізиції: періодично Свята Інквізиція оголошувала кампанії зі знищення забороненої літератури. Це широко відомо. Та не так широко відомо те, що Інквізиція завжди залишала принаймні один примірник для себе. У настановах для пастви так і було вказано: заборонені книги знищити, один примірник залишити для Інквізиції. Якщо книга залишилася в одному екземплярі, її належало одразу передати інквізитору. Вважаємо, що православні візантійські священники (жерці) діяли так само.

Як відомо, у XV столітті Константинополь завоювали Османи. Та навряд чи Османи знищили цінні історичні книги. Як відомо, у Сулеймана Пишного, який правив лише на століття пізніше завоювання Константинополя, була, можливо, найбільша бібілотека в усьому тогочасному світі. Навряд чи він створив її на порожньому місці.

Звісно, держава, яку сучасні історики прозвали "Візантія", припинила своє існування. Але головний ворог руських жерців – Константинопольска церква, існує і процвітає досі. Навіть більше. 1204 р. до Константинополя "навідались" хрестоносці. Тому ще на початку XII століття веди із сурожських храмів могли опинитися у Ватикані.

На наше особисте переконання, руські веди, як і безліч інших документв із згорілих храмів, замків та бібліотек, зберігаються донині у належних для книжок умовах. І в найближчі роки такі документи будуть обнародувані. Для цього є вагомі підстави, але їхній розгляд уже виходить за межі нашого дослідження.

У цьому контексті цікаво навести міркування О. А. Гавриленка. Як представник школи Харківського національного університету внутрішніх справ, він приділяє значну увагу правоохоронній діяльності у сфері захисту пам'яток культурної спадщини, що слугували йому за джерела для дослідження історії Північного Причорномор'я. Він приділяє увагу діяльності українських приватних чорних археологів і протидії їм [9, с. 297–299], із чим ми не можемо не погодитись.

Водночас більшість писемних пам'яток цього географічного регіону, які стосуютсья саме тієї доби, яку досліджує О. А. Гавриленко, знайдених у другій половині XIX ст., уже давно вивезено за кордон. У XIX ст. силами Російської імперії проведено ґрунтовні археологічні роботи у Криму. Завдяки їм знайдено кам'яні стели з написами античної доби, які проливають світло на ведичні порядки русів. Частину цих об'єктів втрачено. Приблизно така сама частина перебуває у місцевих музеях (також втрачена внаслідок російської окупації Криму). Але більшість пам'яток перебуває за кордоном: приблизно половина у Ермітажі (Санкт-Перетрбург, Російська Федерація) і половина у Кембриджському музеї (Великобританія) [2]. Ворожа до України РФ і дружня Велика Британія однаково не поспішають повертати награбовані артефакти. Схоже, у Москві та Лондоні краще, ніж у Києві, розуміють значення для Світової історії кримських знахідок. Тому діяльність українських правоохоронних органів має бути спрямована не лише на боротьбу з місцевими контрабандистами, але і на допомогу українській дипломатії у стосунках з іноземними урядами, які роблять вигляд, буцімто не розуміють, що утримують награбовані в Україні цінності.

Оскільки ця публікація є такою, що відкриває новий напрямок наукових досліджень, наведено основні джерела, які мають використовуватись для цього. Перший вид джерел – писемні пам'ятки Давнього часу. Це історичні твори Давньої Індії, роботи античних авторів тощо. Другий – Веди, тобто безпосередні писемні джерела права. За відсутності руських вед, поки що змушені користуватися індійськими ведами. Третій – суспільні порядки сучасного Курдистану. Дивовижно, але багато племен Курдистану досі дотримуються ведичних порядків. Це "живе" джерело має особливу цінність. На щастя, курдів знищити не так просто, як книги. Четвертий – археологічні дані. П'ятий – лінгвістичні, особливо порівняльного мовознавства. І шостий – генетичні дані. Сучасні методи генетичних досліджень дають можливість визначити походження людей, що живуть на певній території, а також решток людей, які знаходять археологи, і порівняти їх. Цей новий метод дослідження вже дав вражаючі результати. Генетичні дослідження продемонстрували чимало невідповідностей загальноприйнятої схеми історії невблаганним даним точної науки [1, с. 412–414].

ВИСНОВКИ

Отже, ведичний правопорядок базується на складних і надзвичайно глибоких поняттях – дгарма та карма, що відображають високий ступінь узагальнення, який може бути досягнутий лише за високого рівня наукової думки. Цей правопорядок базується на глибокому уяв-

ленні про дійсне та належне. Виводить державу із права, як школи права, які виникли відносно недавно в історичній перспективі. Знає поділ функцій права на правотворчість і правореалізацію. Має складну ієрархію номративних актів і розвинуту школу їхнього тлумачення, що зумовлує високий авторитет правової доктрини. Коли виник цей правопорядок, нині невідомо. Але він набув високого розвитку вже декілька тисяч років тому. Про це свідчить, поміж іншого, надзвичайне багатство лексики державно-правової тематики, яке існує у санкриті – мові, яка вже давно стала "мертвою".

Саме ведичний правопорядок є основою еволюції правової системи України. Про це свідчить історія русів (українців); маса паралелей державно-правової лексики у санскриті, хінді й українській мові; писемні історичні пам'ятки й інші джерела. Ведична правова традиція набула високого розвитку ще за 1 000 років до укладення Руської Правди, яка демонструє значно нижчий рівень правової думки. Сучасна наука держави і права в Україні користується сумнівними історичними теоріями, які штучно відривають русів та інші народи Європи від ведичної культури, яку локалізують виключно в Індії. Розуміння сучасної правової системи України й історії її розвитку потребують глибокого дослідження витоків правової науки українців. Ці витоки приховані у ведах. Ведичні правові традиції – це фундамент формування українського права.

Перспективи майбутніх досліджень. Подальші дослідження ведичної правової культури в контексті розвитку правової думки України мають базуватися на писемних джерелах України, Індії та інших країн; лінгвістичних, етнографічних та інших даних. У першу чергу буде розглянуто варново-кастовий устрій як основа ведичного суспільного ладу. У світлі варнової системи та її модифікацій, а також порівняння Русі з давніми та сучасними суспільствами, буде розглянуто політичний устрій Русі.

Список використаних джерел:

1. Галлямов С.А. Древние арии и вечный Курдистан. М. Вече. 2007. 560 с.
2. Наливайко С.І. Індоарійські таємниці України. К. Видавець Сергій Наливайко. 2009. 448 с.
3. Самозванцев А.М. Правовой текст дхармашастры. М. Наука. Главная редакция восточной литературы. 1991. 295 с.
4. Крашенникова Н.А. Индусское право: история и современность. М. Изд-во Моск. ун-та. 1982. – 192 С.
5. Индубала Деви даси (Поздеева И.В.). Джйотиш, или ведическая астрология. 5-е издание. М. Мир Урании. 2018. 296 с.
6. С.Д. Эльманович Законы Ману. Перевод с санскритского. С.- Петербург. 1913 г.
7. Михаил Красуский Древность Малороссийского языка. Індоєвропа. 1991. С. 9–39
8. Велесова книга со словарём. Пер. и коммент. Валентина и Юлии Гнатюк. – 11-е изд. М.: Свет, 2018. – 608 с.
9. Гавриленко О.А. Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н.е. – VI ст. н.е.). Монографія. Харків. Парус. 2006. 352 с.
10. Київська Русь: пам'ятки права (X–XII ст.): тексти, переклади, коментарі: навч. посіб. Уклад. Г.Г. Демиденко, В.М. Ємролаєв. Харків. Право. 2020. – 224 с.
11. Історія держави і права зарубіжних країн. Хрестоматія: навч. посіб. Для студентів юрид. Спец. Вищих закладів освіти. За ред. В.Д. Гончаренка. – Кол. Упорядників: В.Д. Гончаренко, О.Д. Святоцький, М.М. Страхов, С.І. Пирогова. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре". – 2002. – 716 с.
12. Буча В. Нашій державі понад 2 000. Індоєвропа. 1991. С. 68-70.

References:

Нормативні акти

Pravda Ruska (korotka redaktsiia) [Rus Law] Kyivska Rus: pamiatky prava (X–XII st.): teksty, pereklady, komentari: navch. posib. Uklad. H.H. Demydenko, V.M. Yemroaliev. Kharkiv. Pravo. 2020. – 224 s. S. 79-82.

Zakony Manu [Manusmriti]. S.D. Эlmanovych Zakonы Manu. Perevod s sanskrytskoho. S.- Peterburh. 1913 h.

Статті в журналах

Mykhayl Krasuskyi Drevnost Malorossyiskoho yazыka [The ancient origings of Ukrainain language]. Indoievropa. 1991. S. 9–39.

Bucha V. Nashii derzhavi ponad 2 000. Indoievropa. 1991. S. 68-70.

Книги, монографії

Halliamov S.A. Drevnye aryy y vechnыi Kurdystan [Ancient aryan and the eternal Kurdistan]. M. Veche. 2007. 560 s.

Nalyvaiko S.I. Indoariiski taiemnytsi Ukrainy [The Indo-Aryan secrets of Ukraine]. K. Vydavets Serhii Nalyvaiko. 2009. 448 s.; Самозванцев А.М. Правовой текст дхармашастры. М. Наука. Главная редакция восточной литературы. 1991. 295 с.

Samozvantsev A.M. Pravovoi tekst dkharmashastrы [The law text of Dharma-Shastra]. M. Nauka. Hlavnaia redaktsyia vostochnoi lyteraturы. 1991. 295 s.

Krashennykova N.A. Yndusskoe pravo: ystoryia y sovremennost [The Indian law: history and nowaday]. M. Yzd-vo Mosk. un-ta. 1982. – 192 S.

Yndubala Devy dasy (Pozdeeva Y.V.). Dzhiotysh, yly vedycheskaia astrolohyia [Jyotish or vedic astrology]. 5-e yzdanye. M. Myr Uranyy. 2018. 296 s.

Velesova knyha so slovarëm. Per. y komment. Valentyna y Yulyy Hnatiuk [The Book of Veles with vocabulary]. – 11-e yzd. M.: Svet, 2018. – 608 s.

Havrylenko O.A. Antychni derzhavy Pivnichnoho Prychornomoria: bilia vytokiv vitchyznianoho prava (kinets VII st. do n.e. – VI st. n.e.) [Anciant states of Nothern Cost of Black Sea: the origins of domestoc law (VII c. B.C. – VI c. A.D.)]. Monohrafiia. Kharkiv. Parus. 2006. 352 s.

Istoriia derzhavy i prava zarubizhnykh krain. Khrestomatiia: navch. Posib [The history of Law and State of foreign countries]. Dlia studentiv yuryd. Spets. Vyshchykh zakladiv osvity. Za red. V.D. Honcharenka. – Kol. Uporiadnykiv: V.D. Honcharenko, O.D. Sviatotskyi, M.M. Strakhov, S.I. Pyrohova. – K.: Vydavnychyi Dim "In Yure". – 2002. – 716 s.

Received: 14/08/2021
1st Revision: 20/09/2021
Accepted: 15/10/2021

B. Danylenko, PhD (Law), Advocate
Kyiv, Ukraine

THE VEDIC CULTURE AS THE SOURCE OF UKRAINIAN LAW

The aim of this article is to determine the influence of vedic culture on the development of Ukrainian law.

The paper utilises the elements comparative study of law, linguistics, and deductive methods.

The vedic culture was rediscovered by Englishmen, when they conquered India. The colonialists discovered, that in this remote Asian country vedic culture was preserved and dominated local people.

On the basis of sacred books – Vedas – the complicated system of law was developed. It was fixed in written form in so called Dharma-shastras or Dharma-shustras. The colonial administration had to study Indian law to fulfill its duties. But for European people it was hard to understand its key concept – dharma. Dharma is a very complicated concept, that demonstrates high level of philosophic and legal thought. The indian vedic priests affirmed, that Vedas contain the whole vedic law and can not be changed. That is why the legal custom and law doctrine developed in India.

This peculiarity is common for Vedic law and Islamic law. Islam appeared thousands years after Vedas were written. One of the founders of Islamic Law descended from vedic culture. So the author makes the conclusion, that Islamic Law borrowed its concept of interpretation of sacred texts from vedic culture.

In XIX century linguistical studies of European scientists revealed the unexpected proximity of Indian and European languages and cultures. So scientists invented the term "indo-european". But historical science ignored the results of linguistical studies and localized vedical culture only in India.

Linguistical, archeological and written data show, that vedic culture, believes and law dominated on the territory of Ukraine for many thousands of years. Rus people (now called the Ukrainians) worshiped vedic gods and had their own Vedas. But Vedas were stolen by Ortodox Christian Church. This history is known thanks to "The Book of Veles", written by Rus (Ukrainian) vedic priests in IX century.

Modern Ukrainian linguists show the parallels between sanscrit, hindi and Ukrainian words about state and law. In XIX century many monuments with inscriptions were found in Crimea, that revealed the vedic origins of Europe. Most of them were taken by Russians and Englishmen and now are kept in Russian and British museums. One of them directly indicates on usage of Dharma-shastras in Crimea in III century A.D.

The Vedas is the most ancient source of Ukrainian law. It is the basis of its development.

Keywords: Vedas, dharma, India, Rus, Ukraine, state, Islamic law, Manusmriti, Rus Law.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 29-33
УДК 349.6 (477)
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/3.118-1

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

А. С. Євстігнєєв, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0001-6994-1069
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНЦЕПЦІЇ СТАЛОГО РОЗВИТКУ У КОНТЕКСТІ ПРОЄКТУ ЗАКОНУ ПРО ЗАПОБІГАННЯ, ЗМЕНШЕННЯ ТА КОНТРОЛЬ ЗАБРУДНЕННЯ, ЩО ВИНИКАЄ В РЕЗУЛЬТАТІ ПРОМИСЛОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Досліджено стан і перспективи правового регулювання модернізації та екологізації виробництва й економіки в цілому в Україні. Установлено, що для визначення найоптимальніших способів нормативно-правового стимулювання модернізації та екологізації виробництва в Україні слід враховувати національні особливості, що є в цій сфері. З-поміж таких особливостей визначено констатацію та підтвердження важливості вказаних змін, що систематично проголошується на рівні документів установчого і програмного характеру та норм-принципів, і водночас майже повне ігнорування цього на рівні норм, якими регламентовано конкретні правовідносини. Проаналізовано проєкт Закону України "Про запобігання, зменшення та контроль забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності", реєстраційний номер 4167, зроблено висновок, що на відміну від уже чинних законодавчих актів щодо стратегічної екологічної оцінки й оцінки впливу на довкілля, які також входять у "пакет" євроінтеграційних зобов'язань України та передбачають процедури, в межах яких здійснюється оцінка можливих наслідків діяльності без установлення конкретних вимог до її параметрів, зазначений проєкт спрямовано на визначення таких параметрів (зокрема і визначених найкращими доступними технологіями), що вказує на його безпосередню спрямованість на стимулювання зазначених у попередньому реченні модернізації та екологізації.

Дійшли висновку, що прийняття доопрацьованого законопроєкту дасть можливість пришвидшити реалізацію сталого розвитку не "на папері", а в реальному житті, та суттєво покращить забезпечення екологічної безпеки.

Тому, незважаючи на необхідність суттєвого вдосконалення вказаного вище проєкту, його доопрацювання має відбутись якнайшвидше для того, щоб цей акт міг стати чинним законом, адже фактично йдеться про перший системний крок до реалізації державного стимулювання модернізації та екологізації економіки, які нині лише проголошуються на рівні документів програмного характеру та норм-принципів.

Ключові слова: екологічна безпека, сталий розвиток, контроль забруднення, зменшення забруднення, забруднення в результаті промислової діяльності.

ВСТУП

Людина як природна істота не може існувати за відсутності хоча б мінімально безпечного стану довкілля для неї. Водночас, глобальні процеси забруднення довкілля, зміни клімату, невідворотного виснаження ресурсів і зникнення величезної кількості флори та фауни, що лише прискорюються й останнім часом стають помітними для всього населення планети, інколи викликають навіть у представників сучасної науки відчуття невідворотності зникнення людського роду на Землі. Однак переконані, що цьому ще можна запобігти, поєднуючи міжнародні та національні механізми. На це власне і спрямована концепція сталого розвитку, одним з основних постулатів якої є твердження щодо необхідності збалансування економічних та екологічних інтересів, реалізація чого останнім часом відбувається шляхом модернізації й осучаснення виробництва, застосування найкращих доступних технологій, що гарантує суттєве зменшення або навіть повну відсутність негативного впливу на населення.

З погляду доктрини Київської школи екологічного права, що функціонує на базі кафедри екологічного права в Інституті права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, забезпечення вказаного вище постулату правовими засобами слід із практичної точки зору реалізовувати на рівні екологічного законодавства, а з теоретичної точки зору слід розглядати й досліджувати в межах системоутворюючої складової (підгалузі) сучасного екологічного права – права екологічної безпеки.

Слід зазначити, що, незважаючи на увагу до проблем правового забезпечення екологічного права, яку останнім часом можна спостерігати не тільки з боку представників однойменної галузі права, але і з боку представників інших галузей, на сьогодні майже не здійснюють дослідження прогностичного характеру, в яких би детально і системно аналізувались можливі перспективи вдосконалення відповідного законодавства в контексті законопроєктів, що перебувають на розгляді Верховної Ради України, а також наводились конкретні пропозиції щодо цього, які можна було б використати у нормотворчому процесі загалом і законодавчому зокрема. Вважаємо, що зазначені дослідження прогностичного характеру є не тільки витребуваними з практичного погляду, але і збагачують науку, у межах якої певні правовідносини і правові явища можуть бути всебічно досліджені й оцінені в часовому вимірі "вчора-сьогодні-завтра" або "минуле-сучасність-майбутнє". За наявності більшої уваги вітчизняної юридичної науки до проведення таких досліджень швидкість та якість реальної, а не декларативної, модернізації та екологізації національної економіки суттєво б збільшились і покращились, що дозволило б реально захистити і зберегти конституційно визнані в Україні найвищі соціальні цінності – життя і здоров'я людини.

Зауважимо, що останнім часом державні інституції нарешті почали робити кроки у напрямку запровадження дієвих механізмів забезпечення модернізації та екологізації виробництва. Зокрема, в останні роки здійснено спроби адаптувати до законодавства ЄС національне законодавство з питань стратегічної екологічної оцінки й оцінки впливу на довкілля, прийнято низку актів щодо питань харчової безпеки, обмеження використання пластику тощо. Водночас, зазвичай новоприйняті норми не працюють ефективно, що обумовлюється недоліками їхньої підготовки (відсутність системного підходу, неврахування національних особливостей праворозуміння, правозастосування, правової культури і правосвідомості, доктринальних напрацювань тощо).

Враховуючи вказане, проведене у цій статті дослідження є актуальним і має теоретичне та практичне значення.

© Євстігнєєв А. С., 2021

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід звернути увагу на те, що різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки досліджуються вченими – представниками вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. В. Анісімова, Г. І. Балюк, О. В. Бевз, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Ю. А. Краснова, Н. Р. Малишева, Е. В. Позняк, А. А. Слепченко, О. В. Сушик, Т. А. Шараєвська, О. А. Шомпол, Т. П. Шоха, Ю. С. Шемшученко та ін.

Зазначимо, що спеціальні правові дослідження перспектив реалізації концепції сталого розвитку в контексті сучасних законодавчих ініціатив щодо запобігання, зменшення та контролю забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності, у науці екологічного права не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

Метою статті є проведення аналізу закріплення у чинному законодавстві норм щодо модернізації та екологізації виробництва, критична характеристика законопроєкту 4167, а також формулювання пропозицій щодо його вдосконалення та прийняття.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Модернізація і екологізація виробництва в окремих політико-правових документах. Для визначення найоптимальніших способів нормативно-правового стимулювання модернізації та екологізації виробництва в Україні слід враховувати національні особливості у цій сфері. Головною з них пропонували б вважати констатацію та підтвердження важливості вказаних змін, що систематично проголошується на рівні документів установчого і програмного характеру та норм-принципів, і водночас майже повне ігнорування цього на рівні норм, якими регламентовано конкретні правовідносини.

Зокрема, важливість і нагальність забезпечення екологічної безпеки та зменшення техногенного впливу на довкілля було чітко закріплено хоч і у прийнятому ще до проголошення незалежності, але важливому для суверенної держави Україна акті – Декларації про державний суверенітет від 16 липня 1990 року [1], яка містить окремий розділ "Екологічна безпека". У цьому розділі, зокрема, визначено, що Українська РСР дбає про екологічну безпеку громадян, про генофонд народу, його молодого покоління та має право заборонити будівництво та припинити функціонування будь-яких підприємств, установ, організацій та інших об'єктів, які спричиняють загрозу екологічній безпеці.

Менше ніж через рік у першій редакції Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" (на той момент – Закону УРСР) [2] були закріплені актуальні й нині, через 30 років, принципи, зокрема: екологізації матеріального виробництва на основі комплексності рішень у питаннях охорони навколишнього природного середовища, використання та відтворення відновлюваних природних ресурсів, широкого впровадження новітніх технологій; запобіжного характеру заходів щодо охорони навколишнього природного середовища; пріоритетності вимог екологічної безпеки; гарантування екологічно безпечного середовища для життя і здоров'я людей. Водночас, належного розвитку вказані положення так і не отримували, що підтверджується, зокрема, даними про катастрофічну екологічну ситуацію в Україні, що поширювались не тільки представниками громадянського суспільства, але й державою, причому останньою – на рівні офіційних політико-правових документів.

Наприклад, в Основних напрямах державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів і забезпечення екологічної безпеки, затверджених постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. [3], в якій екологічну ситуацію в Україні на той час було охарактеризовано як кризову, головними причинами якої були зокрема і названі – застаріла технологія виробництва й обладнання, несприятлива структура промислового виробництва з високою концентрацією екологічно небезпечних виробництв, енергомісткість і матеріаломісткість, що перевищують у два-три рази відповідні показники розвинутих країн, відсутність належних природоохоронних систем (очисних споруд, оборотних систем водозабезпечення тощо), відсутність належного правового й економічного механізмів, які стимулювали б розвиток екологічно безпечних технологій і природоохоронних систем, відсутність належного контролю за охороною довкілля.

У Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року, затвердженій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р. (сумнівний нормативний характер положень якої усвідомлюємо, але не аналізуємо в межах цієї статті) [4], зазначалося, що відсутність ефективної системи управління у сфері охорони навколишнього природного середовища та більш повільне, ніж очікувалося, проведення структурних реформ і модернізації технологічних процесів в умовах зростання національної економіки призводить до збільшення рівня забруднення та зумовлює підтримку старих, неефективних підходів до використання енергетичних і природних ресурсів.

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики на період до 2020 року, затверджених Законом України від 21 грудня 2010 р. [5], серед першопричин екологічних проблем України були названі успадкована структура економіки з переважаючою часткою ресурсо- й енергомістких галузей, негативний вплив якої був посилений переходом до ринкових умов; зношеність основних фондів промислової і транспортної інфраструктури; недостатнє розуміння в суспільстві пріоритетів збереження навколишнього природного середовища та переваг сталого розвитку тощо.

Через майже 10 років ситуація повторюється і вже у чинних на сьогодні Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року, затверджених Законом України від 28 лютого 2019 р. [6], знову (можливо, з використанням інших, більш сучасних формулювань) констатується, що першопричинами екологічних проблем України є: підпорядкованість екологічних пріоритетів економічній доцільності; переважання ресурсо- й енергомістких галузей у структурі економіки з переважно негативним впливом на довкілля, що значно посилюється через неврегульованість законодавства при переході до ринкових умов господарювання; фізичне та моральне зношення основних фондів у всіх галузях національної економіки; низький рівень розуміння в суспільстві пріоритетів збереження довкілля та переваг збалансованого (сталого) розвитку тощо.

Важливо зазначити, що у всіх названих вище документах програмного характеру у сфері екології визначались окремі заходи щодо вирішення екологічних проблем у частині модернізації та екологізації виробництва, однак рівень деталізації таких заходів та особливості відповідних документів очевидно не дозволяють їм бути ефективно реалізованими на рівні конкретних суспільних відносин, адже для цього необхідно запровадження на рівні актів законодавства (зокрема і шляхом прийняття нових) норм спеціального спрямування, які б детально і конкретно регламентували процедури та передбачали механізми реальних, а не формальних, змін.

Окремі законодавчі ініціативи щодо модернізації виробництва. Як зазначено вище, лише на рубежі третього десятиріччя незалежності України почали реалі-

зовуватись окремі законодавчі ініціативи, спрямовані на запровадження сталого розвитку шляхом спроб стимулювати модернізацію та екологізацію економіки. Найпоказовішим у цьому відношенні, на нашу думку, є законопроєкт "Про запобігання, зменшення та контроль забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності", реєстраційний номер 4167 (далі – Законопроєкт) [7]. На відміну від уже чинних законодавчих актів щодо стратегічної екологічної оцінки й оцінки впливу на довкілля, які також входять у "пакет" євроінтеграційних зобов'язань України та передбачають процедури, в межах яких здійснюється оцінка можливих наслідків діяльності без установлення конкретних вимог до її параметрів, Законопроєкт спрямовано на визначення таких параметрів (зокрема і визначених найкращими доступними технологіями), що вказує на його безпосередню спрямованість на стимулювання зазначених у попередньому реченні модернізації та екологізації.

Як зазначено у пояснювальній записці до Законопроєкту, зменшення, запобігання та контроль викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря, скидів забруднених стічних вод і контроль операцій у сфері управління відходами є основними завданнями Директиви 2010/75/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 24 листопада 2010 р. про промислові викиди (інтегроване запобігання та контроль забруднення) (далі – Директива 2010/75/ЄС), упровадження якої є зобов'язанням України в межах Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Існує ряд регуляторних та інституційних причин, що призводять до проблеми забруднення навколишнього природного середовища суб'єктами господарювання в Україні. Система дозволів у сфері охорони навколишнього природного середовища заснована на покомпонентному підході до регулювання впливу на навколишнє природне середовища: законодавством передбачена видача дозволів на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами, спеціальне водокористування, здійснення операцій у сфері поводження з відходами – документів дозвільного характеру у сфері охорони навколишнього природного середовища. Такий підхід не дає змоги враховувати кумулятивний вплив, що здійснює суб'єкт господарювання на навколишнє природне середовище, частково залишаючи поза увагою питання, пов'язані з охороною ґрунтів і забрудненням підземних вод, ефективним споживанням енергії та сировини, умовами виведення з експлуатації та відновленням території промислового майданчика до безпечного екологічного стану. У межах імплементації положень Директиви 2010/75/ЄС обов'язковим є застосування суб'єктами господарювання найкращих доступних технологій і методів управління і досягнення встановлених відповідно до них гранично допустимих обсягів забруднення. В Україні немає розроблених нормативно-правових актів, що встановлюють перелік найкращих доступних технологій і методів управління для регулювання окремих видів діяльності, а гранично допустимі концентрації та гранично допустимі скиди забруднюючих речовин не відповідають значенням Директиви 2010/75/ЄС. Недостатній рівень контролю з боку держави за виконанням умов документів дозвільного характеру у сфері охорони навколишнього природного середовища та недієвий механізм забезпечення дотримання виконання вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища не заохочують суб'єктів господарювання до збільшення інвестицій у природоохоронні заходи. Законопроєктом визначаються основні вимоги до інтегрованого дозволу, перелік видів діяльності, які вимагають отримання інтегрованого дозволу, процедура видачі інтегрованого дозволу, підстави відмови у видачі інтегрованого дозволу, підстави та порядок зупинення й анулювання інтегрованого дозволу, підстави та порядок внесення змін до інтегрованого дозволу, вимоги до реєстру інтегрованих дозволів, особливості моніторингу викидів і контролю суб'єктів господарювання, які отримали інтегрований дозвіл [7].

Зміст Законопроєкту дає підстави для висновку про його подібність до Директиви 2010/75/ЄС "Про промислові викиди (інтегрований підхід до запобігання забрудненню та його контролю)", адже запровадження у національне законодавство України передбачених цим актом ЄС процедур визначено як обов'язкове у Додатку XXX до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами [8], з іншої сторони.

Відповідно до преамбули, Законопроєкт встановлює правові й організаційні засади щодо запобігання, зменшення та контролю забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності, для забезпечення високого рівня захисту довкілля. Слід погодитись із позицією Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, викладеній у їхньому висновку від 02 липня 2021 р. [7], що текст цього документа, основну частину якого пропонується структурно викласти у 30-ти статтях, здебільшого пов'язаний із регулюванням порядку видачі та функціонування "інтегрованого довкільного дозволу" як документа "дозвільного характеру, який видається дозвільним органом із метою запобігання та зменшення забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності, та який надає право експлуатувати установки, а саме вчиняти дії з провадження на них видів діяльності, визначених цим Законом, на умовах, установлених у ньому, та який отримують оператори установок до початку їхньої експлуатації.

Цікавим видається наведена в Законопроєкті пропозиція доповнити Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" статтею 31-1 "Найкращі доступні технології та методи управління", яка, за задумом авторів, повинна визначати важливі використовувані у Законопроєкті категорії, зокрема, "найкращі доступні технології" та "висновки найкращих доступних технологій". Зокрема, під найкращими доступними технологіями пропонується розуміти найбільш ефективний і сучасний етап у розвитку видів господарської діяльності та методів її здійснення, який свідчить про практичну відповідність окремих технологій як основи для встановлення гранично допустимих викидів та інших умов документів дозвільного характеру, що спрямовані на запобігання та в разі недосяжності зменшення викидів і негативного впливу на довкілля в цілому, де: "технології" включають в себе як використовувані технології, так і спосіб, в який установку спроєктовано, побудовано, як здійснюється її технічне обслуговування, експлуатація та виведення з експлуатації; "доступні технології" включають технології, що були розроблені в масштабі, що дозволяє впровадження у відповідному секторі економіки за практично здійсненних економічних і технічних умов з урахуванням вартості й переваг незалежно від того, чи технології використовуються або виробляються в Україні, допоки вони є виправдано доступними для оператора установки; "найкращі" означають найефективніші з позиції забезпечення високого рівня охорони навколишнього природного середовища в цілому.

У цій же статті пропонується визначення категорії "висновки найкращих доступних технологій і методів управління" як документа, який визначає найкращі доступні технології та методи управління, їхній опис, нормативи гранично допустимих викидів, установлені згідно з найкращими доступними технологіями та метода-

ми управління, вимоги до моніторингу зазначених гранично допустимих викидів, ресурсо- й енергоспоживання у виробничому процесі, а також заходи з усунення забруднення, спричиненого господарською діяльністю. Пропонується передбачити, що висновки найкращих доступних технологій і методів управління мають розроблятись і затверджуватись на основі актів законодавства Європейського Союзу. Зміст, форма та структура висновків найкращих доступних технологій і методів управління мають максимально повно і точно відповідати змісту, формі та структурі відповідного акта законодавства Європейського Союзу. Цікавою є пропозиція щодо того, що одночасно із затвердженими висновками найкращих доступних технологій і методів управління оприлюднюються довідкові референтні документи з найкращих доступних технологій і методів управління (BREFs), на основі яких вони розроблялися (оновлювалися).

У цьому разі надається достатній строк для розроблення та запровадження вказаних висновків – пропонується, щоб вони набрали чинності не раніше ніж 1 січня 2024 року, та вводились у дію через чотири роки з дня набрання ними чинності (тобто з 1 січня 2028 року).

Законопроєкт № 4167 не було прийнято: подальші дії. Слід зазначити, що Законопроєкт тричі розглядався Верховною Радою України за процедурою першого читання і всі три рази не знайшов підтримки депутатів [10], нині перспективи його прийняття видаються непевними.

Незважаючи на висловлені суттєві зауваження змістовного характеру, про які йтиметься нижче, однією з причин його неприйняття вважають вплив лобістів великого промислового бізнесу, адже Законопроєктом вимагається здійснення значних інвестицій у модернізацію та екологізацію за рахунок такого бізнесу [9]. хоча й окремі екологічні організації критикували Законопроєкт через "суттєво завищені зобов'язання, які Україна не зможе виконати" [10].

Найбільш фахові та системні зауваження до Законопроєкту висловлено Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України, в яких, зокрема, було зазначено наступне.

По-перше, згідно з основними вимогами законодавчої техніки на початку законопроєкту розташовуються норми загального характеру, що встановлюють принципи правового регулювання і містять правила, які повинні враховуватися під час застосування наступних нормативних вказівок. Далі в законопроєкті розміщуються норми, згруповані з окремих питань, що стосуються того або іншого аспекту правового регулювання. Потім викладаються додаткові положення, які стосуються всіх або кількох питань, що належать до сфери регулювання цього закону. Разом із тим, у проєкті вказані вимоги не дотримуються, що ускладнює його розуміння. Зокрема, у ньому практично відсутні норми загального характеру (крім визначення термінів, які вживаються у законі (ст. 1) та сфери його дії (ст. 2)), наприклад, щодо принципів правового регулювання; складу законодавства, яке регулює відповідну сферу суспільних відносин; засад державного управління та компетенції центральних і місцевих органів виконавчої влади у цій сфері тощо.

По-друге, окремі питання, юридично коректніше визначати у підзаконних нормативно-правових актах, а не у законі, який за своєю природою є нормативно-правовим актом вищої юридичної сили, що регулює найбільш важливі суспільні відносини шляхом установлення загальнообов'язкових правил поведінки суб'єктів цих відносин (щодо деяких вимог щодо реєстру дозволів (ч. 2 ст. 28), порядку отримання дозволу (ст. 4, 5, 7), внесення до нього змін (ст. 21-23) тощо.

По-третє, незважаючи на те, що Законопроєкт розроблено з урахуванням основних вимог Директиви 2010/75/ЄС, у Законопроєкті не визначаються або лише поверхово згадуються питання, урегульовані у главі III та Додатку V Директиви, зокрема, щодо спеціальних положень для установок згоряння, показників граничних обсягів викидів із таких установок; регулювання підземного зберігання двоокису вуглецю, несправності або поломки очисного обладнання тощо; спеціальні положення для установок і видів діяльності, у межах яких використовуються органічні розчинники; спеціальні положення для установок, що виробляють двоокис титану, тощо.

По-четверте, у Законопроєкті досить часто відтворюється текст відповідних положень Директиви без їхньої адаптації до національного законодавства, що ускладнює розуміння відповідних положень проєкту (наприклад, поняття "найкращі доступні технології та методи управління").

По-п'яте, положення п. 1-42 ч. 1 ст. 2 проєкту, у яких перераховано види діяльності, на які поширюється дія цього Закону, перевантажують його текст. Звертаємо увагу, що у Директиві (ч. 1 ст. 2 "Сфера застосування") передбачено, що "цю Директиву застосовують до промислової діяльності, що спричиняє забруднення, зазначеної у главах II–VI", а сам перелік розміщується у Додатку I до Директиви.

По-шосте, у ст. 6 проєкту визначаються питання проведення "громадського обговорення" у процесі видачі дозволу. Разом із тим визначається, що порядок організації та проведення громадських слухань у процесі громадського обговорення встановлюється Кабінетом Міністрів України (ч. 10 ст. 6). З урахуванням цього, на нашу думку, було б доцільним визначити безпосередньо у проєкті і загальний порядок проведення громадських слухань, оскільки вони є важливим елементом громадського обговорення.

По-сьоме, деякі положення законопроєкту не відповідають принципу юридичної визначеності, який є невід'ємною складовою принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України, згідно з яким юридичні норми мають бути чіткими, зрозумілими і недвозначними, оскільки інше не може забезпечити їхнє однакове застосування. Наприклад, в Законопроєкті вжито термін "резюме нетехнічного характеру інформації", який не є усталеним і зміст якого не пояснюється [7].

Вважаємо, що наведені зауваження Головного науково-експертного управління є в переважно слушними та такими, що мають бути враховані у процесі доопрацювання Законопроєкту.

ВИСНОВКИ

Водночас, попри необхідність суттєвого вдосконалення Законопроєкту, переконані, що це має бути зроблено якнайшвидше для того, щоб цей акт міг стати чинним законом, адже фактично йдеться про перший системний крок до реалізації державного стимулювання модернізації та екологізації економіки, які на цей час лише проголошуються на рівні документів програмного характеру та норм-принципів.

Аби зазначений системний крок було зроблено, вважаємо за доцільне здійснити такі заходи:

1) системно вивчити та проаналізувати всі зауваження та пропозиції до Законопроєкту, які були висловлені, та врахувати їх під час доопрацювання Законопроєкту;

2) особливу увагу під час доопрацювання Законопроєкту слід приділити національним особливостям і специфіці праворозуміння та правозастосування, відійшовши від підходу, за яким документ є ледь не буквальним перекладом відповідного акта ЄС. Зокрема, серед указаних "особливостей" передусім слід врахувати необхідність суттєво детальнішого регулювання запроваджуваних процедур, особливо зважаючи на їхню но-

визну для нашої держави й об'єктивний спротив змінам, що може чинитись із боку впливових суб'єктів;

3) у разі доопрацювання Законопроєкту передусім узяти за основу критерій "реальності виконання норми", тим самим знайшовши та запровадивши баланс між ціллю забезпечення екологічної безпеки та реалістичністю вжиття передбачених для цього заходів для економіки. Ідеться передусім про строки модернізації та екологізації, фінансові можливості їхнього запровадження. У цій частині видається доцільним активно залучити можливості держави щодо надання податкових пільг, залучення кредитних ресурсів під державні гарантії тощо, детально регламентувавши це на рівні Законопроєкту (як у його основній частині, так і на рівні норм, якими вносяться зміни і доповнення до інших законодавчих актів).

Прийняття доопрацьованого Законопроєкту дасть можливість пришвидшити реалізацію сталого розвитку не "на папері", а в реальному житті, а також суттєво покращить забезпечення екологічної безпеки.

Список використаних джерел:

1. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12#Text.
2. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text.
3. Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки: постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80#Text.
4. Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р.: розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р. N 880-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text.
5. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики на період до 2020 року: Закон України від 21 грудня 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2818-17#Text.
6. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року: Закон України від 28 лютого 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19#Text.
7. Проект Закону про запобігання, зменшення та контроль забруднення, що виникає в результаті промислової діяльності. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70077.
8. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text.
9. Екологія на кону: як влада і олігархи ведуть війну за довкілля. URL: https://www.epravda.com.ua/publications/2021/06/10/674854/.
10. Рада провалила в первом чтении законопроект о промвыбросах. URL: https://m.censor.net/ru/news/3277386/rada_provalila_v_pervom_chtenii_zakonoproekt_o_promvybrosah.

References:

1. Deklaraziya pro derzhavniy suverenitet Ukrai'ny, postanova Verkhovnoy Rady Ukrai'ny [Declaration about the state sovereignty of Ukraine] № 55-XII (1990). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12#Text (in Ukrainian).
2. Pro ohorony navkolyshniogo pryrodnogo seredovysha, Zakon Urkai'ny [On environmental protection, Law of Ukraine] № 1264-XII (1991). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text (in Ukrainian).
3. Pro osnovni napriamky derzhavnoyi polityky Ukrai'ny u galuzi ohorony dovkillia, vykorystannia pryrodnykh resursiv ta zabezpechennia ekologichnoyi bezpeky, Postanova Verhovnoyi Rady Ukrai'ny [On the Main Directions of the State Policy of Ukraine in the Field of Environmental Protection, Use of Natural Resources and Ensuring Environmental Safety, Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine] № 198-98 VR (1998). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80#Text (in Ukrainian).
4. Pro shvalennia Konzepzii nazionalnoyi ecologichnoyi polityky Ukrain'ny na period do 2020 roku, Rozporiadzhennia Kabinety Ministriv Ukrai'ny [On approval of the Concept of the national ecological policy of Ukraine for the period till 2020, Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] № 880-r (2007). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text (in Ukrainian).
5. Pro osnovni zasady (strategiyu) derzhavnoyi ecologichnoyi polityky na period do 2020 roku, Zakon [About the Basic principles (strategy) of the state ecological policy for the period till 2020, Law of Ukraine] № 2818-VI (2010). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2818-17#Text (in Ukrainian).
6. Pro osnovni zasady (strategiyu) derzhavnoyi ecologichnoyi polityky na period do 2020 roku, Zakon [About the Basic principles (strategy) of the state ecological policy for the period till 2030, Law of Ukraine] № 2697-VIII (2019). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19#Text (in Ukrainian).
7. Proekt Zakony pro zapobigannia, zmenshennia, ta control' zabrudnennia, sho vynykaye v rezultati promyslovoyi diyalnosti. [on prevention, reduction and control of pollution arising from industrial activities, Draft of the Law of Ukraine] № 4167 (2020). http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70077 (in Ukrainian).
8. Ugoda pro asotsiatsiyu mizh Ukrainoyu, z odniyeyi stiriny, ta Yevropeys'kym Soyuzom, Yevropeys'kym Spivtovarystvom z atomnoyi energiyi i yihnimy derzhavamy-chlenamy. [Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States] (2014). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (in Ukrainian).
9. Ekologiya na konu: yak vlada i oligarkhy vedit' viynu za dovkillia [Ecology is at stake: how the government and the oligarchs are waging a war for the environment]. https://www.epravda.com.ua/publications/2021/06/10/674854/ (in Ukrainian).
10. Rada provalila v pervom chtenii zakonoproekt o promvybrosakh [Rada failed in the first reading the draft of the Law on industrialemissions].https://m.censor.net/ru/news/3277386/rada_provalila_v_pervom_chtenii_zakonoproekt_o_promvybrosah (in Ukrainian).

Received: 23/07/2021
Accepted: 20/09/2021

A. Yevstihnieiev, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PROSPECTS OF IMPLEMENTING SUSTAINABLE DEVELOPMENT WITHIN THE DRAFT LAW ON PREVENTION AND CONTROL OF POLLUTION ARISING FROM INDUSTRIAL ACTIVITY

Within the scope of the pepar the it is aimed to study the state and prospects of legal regulation of modernization and greening of production and the economy as a whole in Ukraine and to investigate the state of reflection of issues on modernization and greening of production in the legislation of Ukraine at the level of program documents , norms and-principles.

In the process of writing the article, general and special scientific methods, including: dialectical, formal-logical, and historical, analysis as well as comparative law were used.

The article examines the state and prospects of legal regulation of modernization and greening of production and the economy as a whole in Ukraine. It is established that to determine the best ways to regulate the legalization of modernization and greening of production in Ukraine should take into account national characteristics that occur in this area. Among such features are the statement and confirmation of the importance of these changes, which are systematically proclaimed at the level of documents and program on nature and norms-principles, and at the same time there is almost a complete disregard of this at the level of norms regulating specific legal relations.

It is concluded that the adoption of the revised bill will accelerate the implementation of sustainable development not "on paper" but in real life, and significantly improve environmental security.

Therefore, despite the need to significantly improve the draft law, its revision should take place as soon as possible so that this act could become a valid law, because in fact it is the first systematic step towards the implementation of state incentives for modernization and greening of the economy.

Therefore, in order for this systemic step to be taken, we consider it to be appropriate to take the following measures: systematically study and analyze all comments and suggestions to the draft law, which were expressed, and take them into account when finalizing such a draft; special attention should be paid to national peculiarities and specifics of legal understanding and law enforcement when finalizing the draft law, concerning the approach according to which the document is almost a literal translation of the relevant EU act. In particular, among these "features" should be taken into account that the need for significantly more detailed regulation of the implemented procedures, especially given their novelty for our state and objective resistance to changes introduced by influential actors is of extreme importance.

Keywords: environmental safety, sustainable development, pollution control, pollution reduction, industrial pollution.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 34-40
УДК 343.211.3:004.738.5: 681.3.06
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-7

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

О. А. Заярний, д-р юрид. наук, доц., проф.
ORCID ID: 0000-0003-4549-7201
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОЗАСУДОВІ ФОРМИ ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВ ПРИВАТНИХ ОСІБ ТА ОСНОВНІ НАПРЯМИ ЇХНЬОЇ АДАПТАЦІЇ ДО СТАНДАРТІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Це дослідження виконано у межах реалізації спільного україно-литовського проєкту "Посилення альтернативного вирішення спорів в Україні та Литві: пошук рішення для транскордонних спорів" 2020–2021 рр. Досліджено способи і процедури захисту інформаційних прав приватних осіб Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, органами виконавчої влади і місцевого самоврядування, визначено перспективи розширення альтернативних способів вирішення інформаційних спорів за участю громадян і юридичних осіб на основі імплементації стандартів Європейського Союзу у цій сфері правового регулювання.

Метою статті є дослідження особливостей реалізації позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, визначення перспектив запровадження в Україні незалежного наглядового органу у сфері доступу до публічної інформації та захисту персональних даних як основної інституції досудового вирішення інформаційних спорів з урахуванням стандартів Європейського Союзу.

У процесі підготовки статті застосовано загальнонаукові методи пізнання: діалектичний, системно-структурний, нормально-логічний, а також спеціальні методи: історичний, порівняльно-правовий, соціологічний та ін.

Доведено, що нині в Україні основною формою позасудового захисту інформаційних прав приватних осіб є звернення зі скаргою про порушення відповідної категорії прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Обґрунтовано причини низької ефективності реалізації такої форми захисту інформаційних прав, як направлення скарги до керівника суб'єкта владних повноважень чи суб'єкта господарювання, у діяльності якого було допущене порушення, або до вищого органу чи посадової особи. Доведено необхідність утворення в Україні незалежного наглядового органу у сфері забезпечення доступу до публічної інформації та захисту персональних даних з урахуванням напрацьованого досвіду держав-членів Європейського Союзу, як основної інституції досудового врегулювання інформаційних спорів. Охарактеризовано основні світові моделі цих органів, проаналізовано їхні переваги й недоліки з огляду на перспективи вдосконалення механізму альтернативного вирішення інформаційних спорів, пов'язаних із захистом інформаційних прав приватних осіб.

У висновках викладено основні положення проведеного дослідження, сформульовано подальші напрями наукових досліджень проблематики реалізації позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, окреслено вектори імплементації досвіду Європейського Союзу щодо утворення національних наглядових органів у цій сфері, на які можуть покладатися завдання щодо сприяння досудовому врегулюванню інформаційних спорів.

Ключові слова: Європейський Союз, інформаційні права, механізм альтернативного вирішення інформаційних спорів, наглядовий орган у сфері доступу до публічної інформації та захисту персональних даних, позасудовий захист інформаційних прав, приватна особа, скарга про порушення інформаційних прав.

ВСТУП

Актуальність проблематики. Для України як демократичної і правової держави одним із пріоритетних завдань у внутрішній і зовнішній політиці є утвердження і забезпечення високих стандартів прав людини, визнаних у діяльності Ради Європи та Європейського Союзу [1] (далі – ЄС).

Після ратифікації Верховною Радою України 17 липня 1997 р. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [2], проголошені в ній фундаментальні права людини набули значення орієнтирів у розбудові України як демократичної і правової держави. Це зумовило покладення на Україну міжнародних зобов'язань щодо подальшої імплементації європейських стандартів прав людини у національне законодавство. Їхня сутність і вектор виконання набув особливої конкретики разом із ратифікацією 27.06.2014 р. Верховною Радою України Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [3] (далі – Угода про Асоціацію з ЄС). Указані зобов'язання України, серед іншого, охоплюють своїм змістом проголошені у ст. 8 та 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод права людини на повагу до особистого сімейного життя, таємницю листування, а також права на вільне вираження власних переконань, вільно збирати та поширювати інформацію. Закріплення згаданих прав людини в положеннях ст. 32 та 34 Конституції України з урахуванням національних особливостей формулювання їхнього змісту засвідчило виконання Україною міжнародних позитивних і негативних зобов'язань щодо забезпечення їхньої належної реалізації та захисту. У структурі цих зобов'язань важливого значення набуло формування ефективного, неупередженого механізму позасудового захисту інформаційних прав приватних осіб, здатного забезпечити у більшості справ досудове вирішення інформаційних спорів.

Постановка проблеми. Системний аналіз передбачених у нормах законодавства України форм позасудового захисту інформаційних прав приватних осіб показав наявність концептуальних проблем, що виникають у процесі їхньої реалізації. Ідеться, зокрема, про відсутність необхідних гарантій незалежності для суб'єктів владних повноважень, які розглядають скарги про порушення права на доступ до публічної інформації, істотна обмеженість способів захисту інформаційних прав, які можуть застосовуватися Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, невизначеність органу державної влади, на який покладають завдання щодо сприяння альтернативному вирішенню інформаційних спорів, тощо. Усе це вимагає проведення комплексу заходів, спрямованих на адаптацію закріплених у нормах національного законодавства України позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, до стандартів Європейського Союзу з відповідних питань.

Метою статті є дослідження особливостей реалізації позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, визначення перспектив запровадження в Україні незалежного наглядового органу у сфері доступу до публічної інформації та захисту персональних даних як основної інституції досудового вирішення ін-

© Заярний О. А., 2021

формаційних спорів з урахуванням стандартів ЄС у цій сфері правового регулювання Європейського Союзу.

Стан дослідження. Порушена у цій статті проблематика була предметом досліджень багатьох учених і практиків, зокрема: І. Берназюк [5], І. Кольцової [6], І. Кушнір [7], Т. Менделя [8], А. Митки [6], Д. Міятович [9], О. Нестеренко [10], Н. Пірч Мусар, Д. Шинканіне [11] та ін.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що складаються у процесі реалізації позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, формування незалежного наглядового органу у сферах доступу до публічної інформації та захисту персональних даних.

У підготовці статті застосовано загальнонаукові методи пізнання: діалектичний, системно-структурний, формально-логічний, а також спеціальні методи: історичний, порівняльно-правовий, соціологічний та ін.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Нині поняття "захист інформаційних прав" у юридичній літературі не одержало однозначного визначення. Так само, як і відсутній одностайний підхід щодо співвідношення цього поняття з охороною інформаційних прав.

Як справедливо зазначено у підручниках із теорії права та держави, у юридичному значенні поняття "охорона" та "захист" – це не одне й те саме, оскільки охороняються соціальні цінності постійно, а захищаються лише у разі порушення [12, с. 44].

Тим самим, механізм захисту інформаційних прав приводиться в дію лише за наявності факту порушення цих прав, установленого у передбаченому законодавством України порядку.

Відповідно, сутність захисту інформаційних прав полягає у забезпеченні їхнього належного поновлення, усунення причин і умов, які сприяли їхньому порушенню, а також відновленні майнового становища суб'єктів інформаційних правовідносин, яким було заподіяно шкоду чи збитки.

На цій основі поняття "захист інформаційних прав приватної особи" можна визначити, як засновану на нормах законодавства України діяльність уповноважених державних органів, міжнародних судових установ чи самих носіїв інформаційних прав, спрямовану на поновлення порушених інформаційних прав фізичних або юридичних осіб, шляхом застосування передбачених законом чи договором способів захисту, забезпечених державним примусом, яка здійснюється у конкретній процедурно-процесуальній формі.

Захист інформаційних прав може також розглядатися як система ініційованих суб'єктом інформаційних правовідносин послідовних матеріально-правових і процесуальних дій, спрямованих на поновлення, порушених інформаційних прав та/або його майнового становища, шляхом пред'явлення до уповноваженого державного органу вимоги про застосування передбачених законодавством України способів захисту інформаційних прав, усунення наслідків порушення цих прав.

Окрім традиційного механізму судового захисту інформаційних прав, законодавство України визначає позасудові форми і процедури захисту цієї категорії прав фізичних і юридичних осіб приватного права. Їх реалізація відбувається шляхом направлення скарг на рішення, дії або бездіяльність суб'єктів інформаційних правовідносин, якими було порушено інформаційні права та законні інтереси до уповноважених державних органів.

Законодавство України залежно від повноважень, якими наділені державні органи у сфері захисту інформаційних прав, розділяє їх на дві основні категорії: вищі органи щодо суб'єкта владних повноважень, суб'єкта господарювання державної або комунальної форм власності – порушника інформаційних прав, та державні органи, спеціально уповноважені на забезпечення захисту окремих категорій інформаційних прав.

Підставою для реалізації механізму позасудового захисту інформаційних прав є обґрунтована скарга на рішення, дії чи бездіяльність осіб, якими було допущено відповідні порушення.

Така скарга повинна містити інформацію щодо історії виникнення питання, фактів, які свідчать про порушення інформаційних прав, сутність учиненого порушення, а також інформацію щодо заходів, вжитих із метою виправлення порушення, зокрема скарг, направлених до інших органів. Уся викладена у скарзі інформація, особливо в частині, що стосується сутності порушення, має бути підкріплена відповідними доказами, якими можуть бути копії будь-яких офіційних документів, роздруківки електронних документів, посилання на електронні джерела, публікації в засобах масової інформації тощо [13].

Якщо суб'єктом оскарження виступає фізична особа (громадянин України, іноземець чи особа без громадянства), до відносин, пов'язаних з оформленням, розглядом таких скарг, застосовують вимоги Закону України "Про звернення громадян" від 02.10.1996 р. № 393/96-вр [14].

Скарги на порушення інформаційних прав адресують органам державної влади й органам місцевого самоврядування, підприємствам, установам, організаціям незалежно від форми власності, об'єднанням громадян або посадовим особам, до повноважень яких належить вирішення порушених у скаргах питань.

Скарга про порушення інформаційних прав може бути як індивідуальною, так і коллективною, зважаючи на кількість потерпілих суб'єктів, які її подали.

За результатами розгляду скарг про порушення інформаційного законодавства, уповноважений державний орган може прийняти одне з таких рішень:

- залишити скаргу без задоволення у разі відсутності порушень інформаційних прав;
- винести на ім'я особи, яка вчинила порушення інформаційних прав, письмовий припис про усунення виявлених порушень;
- скласти протокол про адміністративне правопорушення, зокрема за ст. 188-39, 188-40, 212-3 КУпАП, і спрямувати відповідні матеріали до суду з метою притягнення винних осіб до адміністративної або кримінальної відповідальності;
- винести постанову про притягнення винної особи до адміністративної відповідальності за вчинене порушення інформаційних прав.

Слід звернути увагу на те, що захист інформаційних прав у позасудових формах і процедурах не передбачає використання способів захисту прав, застосування яких є прерогативою суду. Ідеться, зокрема про способи захисту інформаційних прав, передбачені у ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України [15] та ч. 2 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України [16].

Одним із найбільш широких і послідовних механізмів позасудового захисту інформаційних прав є звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Саме цей суб'єкт владних повноважень згідно із ч. 1 ст. 17 Закону України "Про доступ до публічної інформації" та п. 1 ч. 1 ст. 22 Закону України "Про захист персональних даних" здійснює контроль за додержанням права особи на доступ до інформації [17] та за додержанням норм законодавства про захист персональних даних [18].

Аналогічно до діяльності органів виконавчої влади у сфері захисту інформаційних прав, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини під час розгляду

скарг про порушення прав суб'єктів інформаційних правовідносин діє на підставі Закону України "Про звернення громадян" [14].

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини проводить на підставі звернень або за власною ініціативою виїзні та безвиїзні, планові, позапланові перевірки володільців або розпорядників персональних даних у порядку, визначеному Уповноваженим, а також розпорядників публічної інформації.

З наведеної норми Закону України "Про захист персональних даних" випливає, що Уповноважений проводить перевірки діяльності володільців та/або розпорядників персональних даних відповідно до затвердженого ним порядку на підставі власної ініціативи або звернень громадян чи юридичних осіб.

Щодо захисту прав суб'єктів правовідносин у сфері персональних даних, таким нормативно-правовим актом є "Порядок здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних", затверджений наказом Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини 08.01.2014 р.

Предметом перевірки є додержання суб'єктом перевірки під час оброблення персональних даних вимог Конституції України, Закону України "Про захист персональних даних", Типового порядку обробки персональних даних, а також чинних міжнародних договорів України у сфері захисту персональних даних, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Планові перевірки проводять відповідно до річних або квартальних планів, які затверджуються Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини до 1 грудня року, що передує плановому, або до 25 числа останнього місяця кварталу, що передує плановому. Планові перевірки суб'єкта перевірки щодо дотримання вимог законодавства у сфері захисту персональних даних здійснюють із періодичністю не частіше одного разу на рік. Датою, з якої починається відлік строку для визначення початку наступної планової перевірки, є дата закінчення попередньої планової перевірки.

Позапланові перевірки суб'єктів перевірки можуть проводитись за наявності однієї або декількох підстав/приводів, зокрема:

- За власною ініціативою Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.
- У разі безпосереднього виявлення порушень вимог законодавства про захист персональних даних Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, зокрема і в результаті дослідження системних проблем щодо забезпечення права на приватність, повагу до приватного та сімейного життя.
- За наявності інформації про порушення вимог законодавства про захист персональних даних у повідомленнях, опублікованих у ЗМІ, оприлюднених в інтернеті.
- Обґрунтовані звернення фізичних та юридичних осіб з повідомленням про порушення фізичною особою, фізичною особою-підприємцем, підприємством, установою і організацією усіх форм власності, органом державної влади чи місцевого самоврядування, що є володільцями та/або розпорядниками персональних даних, вимог законодавства про захист персональних даних.
- Виявлення недостовірності у відомостях (даних), наданих суб'єктом перевірки на письмовий запит Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо здійснення безвиїзної перевірки, та/або якщо такі відомості (дані) не дають змоги оцінити виконання суб'єктом перевірки вимог законодавства про захист персональних даних.
- Контроль за виконанням суб'єктом перевірки приписів щодо усунення порушень вимог законодавства про захист персональних даних, виданих за результатами перевірок.

За результатами здійснення планової або позапланової перевірки Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та/або уповноважена ним посадова особа складає у двох примірниках акт перевірки додержання вимог законодавства про захист персональних даних за формою, затвердженою Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини.

При складанні Акта перевірки мають бути додержані об'єктивність і вичерпність опису виявлених фактів і даних.

Прийнятий за результатами перевірки акт повинен містити один із таких висновків:

- про відсутність у діяльності суб'єкта перевірки порушень вимог законодавства про захист персональних даних;
- про виявлені у діяльності суб'єкта перевірки порушення вимог законодавства про захист персональних даних, їхній детальний опис із посиланням на норми чинного законодавства, які порушено.

Забороняється вносити до акта перевірки відомості про порушення, які не підтверджено документально.

В Акті перевірки викладають усі виявлені під час перевірки факти невиконання (неналежного виконання) суб'єктом перевірки вимог законодавства про захист персональних даних.

На підставі Акта перевірки, під час якої виявлено порушення вимог законодавства про захист персональних даних, складається припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері захисту персональних даних, виявлених під час перевірки, за формою, затвердженою Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини.

Припис складають у двох примірниках: перший примірник не пізніше 5 робочих днів із дня складання Акта перевірки надсилається суб'єкту перевірки чи уповноваженій ним особі рекомендованим листом із повідомленням про вручення, а другий залишається в Секретаріаті Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. На копії припису, який залишається у Секретаріаті Уповноваженого, проставляють відповідний вихідний номер і дата відправлення.

Суб'єкт перевірки має протягом визначеного у приписі строку (не менше ніж 30 календарних днів) вжити заходів щодо усунення порушень, зазначених у приписі та письмово поінформувати Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про усунення порушень разом із наданням копій документів, що це підтверджують.

У разі невиконання припису протягом указаного у ньому строку Уповноважений Верховної Ради України з прав людини або уповноважена ним посадова особа складає протокол про адміністративне правопорушення, передбачене ст. 188-40 КУпАП, у порядку, передбаченому законодавством і Порядком оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення.

У разі виявлення під час перевірки передбаченого ст. 188-39 або 188-40 КУпАП адміністративного правопорушення, вчиненого суб'єктом перевірки, Уповноважений Верховної Ради України або уповноважена ним посадова особа відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 255 КУпАП складає протокол про адміністративне правопорушення за формою та в порядку, передбаченому законодавством та Порядком оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення з подальшим спрямуванням відповідних матеріалів до суду.

У разі виявлення під час перевірки суб'єкта перевірки ознак кримінального правопорушення Уповноваже-

ний Верховної Ради України з прав людини направляє необхідні матеріали до правоохоронних органів.

Таким чином, основними перевагами механізму позасудового захисту інформаційних прав є:

- Нормативна регламентованість вимог до скарги на порушення інформаційних прав, підстав і процедур її розгляду.
- Безоплатність розгляду і подання скарг на порушення інформаційних прав.
- Оперативність розгляду і реагування на порушення, викладені у скарзі.
- Безпосередній вплив на порушника інформаційних прав, шляхом застосування приписів про усунення виявлених порушень або притягнення до юридичної відповідальності.
- Можливість подальшого звернення до суду за захистом тих самих інформаційних прав.
- Можливість особистої присутності або уповноваженого представника під час розгляду скарги на порушення інформаційних прав.
- Можливість оскарження рішення суб'єкта розгляду скарги до суду у випадку його невідповідності вимогам законодавства України або відмови від задоволення вимоги про поновлення порушених інформаційних прав.

Основними недоліками позасудового захисту інформаційних прав є:

- Обмеженість способів захисту інформаційних прав, які можуть застосовуватися Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, або компетентним органом виконавчої влади на розгляд скарг про порушення інформаційних прав.
- Ризик оскарження рішення, прийнятого за результатами розгляду скарги порушником норм інформаційного законодавства або його уповноваженим представником.
- Відсутність чіткого порядку виконання рішень, прийнятих за результатами розгляду скарг на порушення норм інформаційного законодавства.

У науковій і практичній літературі існуючий в Україні механізм позасудового захисту інформаційних прав приватних осіб піддається критиці з огляду на обмеженість способів такого захисту, недостатність конституційно-правових гарантій поновлення відповідної категорії прав державними органами, які не належать до судової влади.

Як зазначено у дослідженнях світових моделей наглядових органів у сфері реалізації права на інформацію, відсутність жорстких гарантій незалежності наглядових органів у цій сфері, доступності, повноважень видавати накази як щодо позивачів, так і органів державної влади з вимогою про запровадження структурних заходів, спрямованих на приведення їх у відповідність із законодавством, обумовлює зниження ефективності діяльності державних органів, до яких може бути оскаржене порушення права на інформацію без звернення до суду [19].

Необхідність розв'язання окресленої проблеми шляхом формування ефективної моделі позасудового захисту інформаційних прав приватних осіб, досудового врегулювання інформаційних спорів кореспондується з міжнародними зобов'язаннями України у сфері прав людини.

Будучи єдиним міжнародним зобов'язальним документом у сфері захисту персональних даних, Конвенція "Про захист фізичних осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних" від 28.01.1984 р. № 108 (далі – Конвенція № 108) [20] та додаткові протоколи до неї визначили вимоги до наглядових органів держав-учасниць Конвенції. Їхній зміст було істотно переглянуто і розширено Протоколом № 223 до Конвенції № 108 (далі – Конвенція № 108+) [21], відкритим до підписання державами-учасницями Конвенції № 108 з 10.10.2018 р.

Умовно їх можна звести до таких:

- Контролюючі органи мають діяти з абсолютною незалежністю, що має гарантуватися законом і відображатись у спеціальній організаційній структурі контролюючого органу.
- Контролюючі органи мають конкретні повноваження та завдання. Вони, серед іншого, повинні моніторити та сприяти захисту персональних даних на національному рівні; консультувати суб'єкта даних і контролерів, а також державні органи та громадськість; розглядати скарги та допомагати суб'єктам даних у питаннях щодо стверджуваних порушень прав на захист даних; наглядати за контролерами й операторами.
- Здійснювати втручання, якщо необхідно, шляхом: попередження, винесення догани або навіть накладення штрафів на контролерів та операторів; унесення припису про зміну, блокування або вилучення даних; накладення заборони на оброблення або адміністративний штраф; передання спорів до суду.
- Здійснювати взаємодію один з одним щодо транскордонних питань для забезпечення ефективності захисту осіб у Європі [22, с. 204–205].

Через легалізацію в положеннях Модернізованої Конвенції № 108 вказаних вимог до наглядових органів у сфері захисту персональних даних, Рада Європи у такий спосіб уніфікувала правове регулювання із цих питань із приписами Регламенту Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 р. про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (далі – GDPR) [23] з відповідних питань. Тим самим, для держав-членів Ради Європи, які не є членами Європейського Союзу зобов'язання щодо інституалізації позасудового захисту прав учасників відносин у сфері оброблення персональних даних набули уніфікованого оформлення.

Оскільки щодо вимог до наглядових органів у сфері забезпечення права на інформацію Рада Європи та Європейський парламент обмежилися окремими рекомендаціями, викладеними в актах м'якого права [24; 25], закладені положеннями Конвенції № 108 [20], вимоги до наглядових органів були сприйняті більшістю держав-членів Ради Європи та Європейського Союзу як загальні під час запровадження інституту інформаційного омбудсмена [26, с. 379].

В основі механізму врахування вказаних вимог перебуває проблема вибору оптимальної моделі інформаційного омбудсмана, яка повинна відповідати не лише стандартам Ради Європи у сфері інформаційних прав людини, але тим завданням, для виконання яких здійснюється легалізація відповідної інституції.

Постановка акценту конкретною державою на ту або іншу модель інформаційного омбудсмана дозволяє розв'язати ряд правотворчих і правозастосовних проблем, зокрема: 1) на підставі якого законодавчого акта буде запроваджено інститут інформаційного омбудсмана на національний правовий простір – окремого закону, або шляхом внесення змін і доповнень до вже чинних Законів України, передусім, "Про доступ до публічної інформації" та "Про захист персональних даних"; 2) чи буде поєднувати в межах своєї компетенції інформаційний омбудсман повноваження з парламентського та державного контролю, або виключно одну форму цього контролю; 3) як будуть співвідноситися контрольно-наглядові та регуляторні функції в діяльності інфор-

маційного омбудсмана; 4) в якій формі буде здійснювати свою діяльність інформаційний омбудсман в Україні – як одноособовий або колегіальний орган державної влади; 5) до якої гілки влади повинен відноситися інформаційний омбудсман або наділятися окремим статусом поза конституційно визначеними гілками державної влади; 6) які гарантії незалежності, безсторонності та неупередженості інформаційного омбудсмана встановлюються в нормах національного законодавства; 7) за якими процедурами буде обиратися (призначатися) інформаційний омбудсман, його регіональні представники [27, с. 216]; які завдання будуть покладатися на інформаційного омбудсмана у питаннях досудового вирішення інформаційних спорів; які процедури примирення зможе застосовувати інформаційний омбудсман.

Щодо вирішення окреслених запитань, в Україні найбільшу підтримку серед суб'єктів права законодавчої ініціативи, учених-правників і практиків одержав підхід, згідно з яким пропонується утворення Національної комісії з питань захисту персональних даних і доступу до публічної інформації [28].

Проєктом Закону України від 11.10.2021 р. за реєстраційним номером 6177 передбачено, що вказана комісія має бути утворена як колегіальний центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом, компетенція якого має поєднати регуляторні та контрольно-наглядові повноваження у відповідних сферах правового регулювання [28].

У структурі компетенції вказаного органу державної влади значний обсяг повноважень пов'язується безпосередньо з діяльністю щодо позасудового захисту прав запитувачів публічної інформації та суб'єктів персональних даних, досудовому врегулюванні інформаційних спорів, які можуть виникати за участі вказаних суб'єктів, наданню необхідної методичної допомоги медіаторам із питань, пов'язаних з альтернативним вирішенням юридичних конфліктів у сферах доступу до публічної інформації та захисту персональних даних.

ВИСНОВКИ

Проведене дослідження дає підстави констатувати, що нині позасудові форми захисту інформаційних прав приватних осіб реалізуються передусім у сферах доступу до публічної інформації та захисту персональних даних на підставі скарги, поданої до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, керівника органу, яким допущено порушення інформаційних прав або до вищого органу. Водночас, реалізація такого механізму захисту інформаційних прав досі не забезпечена достатніми гарантіями незалежності суб'єктів позасудового захисту відповідної категорії прав приватних осіб. Одним із шляхів розв'язання окреслених проблем, який відповідає міжнародним зобов'язанням України перед ЄС, є утворення окремого незалежного наглядового органу у сферах доступу до публічної інформації та захисту персональних даних. Саме до компетенції цього органу державної влади має бути віднесено досудове врегулювання інформаційних спорів, реалізація позасудових форм захисту інформаційних прав приватних осіб, надання необхідної консультативної допомоги медіаторам із відповідних питань. Важливою умовою посилення операційної спроможності такого суб'єкта владних повноважень може бути розширення інструментів позасудового захисту інформаційних прав, урегулювання питань, пов'язаних із можливістю покладення на нього завдань органу з примирення у відносинах приватних осіб із державою щодо поновлення інформаційних прав фізичних і юридичних осіб.

Список використаних джерел:

1. Венгер В., Заярний О. Правовий аналіз основних моделей інституалізації державного контролю у сфері персональних даних та доступу до публічної інформації в Україні. Київ. 2020 р., 30 с. URL: https://rm.coe.int/legal-analysis-data-ua/16809ee077 (дата звернення: 21.10.2021).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004. (дата звернення: 21.10.2021).
3. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 21.10.2021).
4. Конституція України від 28.06.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр. (дата звернення: 21.10.2021).
5. Берназюк, І. М. (2020). Інституалізація державного контролю за додержанням законодавства України про захист персональних даних. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, 3(91), 15-27. https://doi.org/10.33766/2524-0323.91.15-27.
6. Митко А., Кольцова І. Інформаційна безпека в контексті введення інституту інформаційного комісара (омбудсмена) в Україні. Медіафорум: аналітика, прогнози, Mediarorum: Analytics, Forecasts, інформаційний менеджмент: Information Management: зб. наук. праць. Чернівці: Collection of Research Articles. Chernivtsi: Чернівецький нац. ун-т, 2018. Chernivtsi National University, 2018. Том 6. С. 112-122.
7. Кушнір І. В. Конституційне право особи на доступ до публічної інформації та його забезпечення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини : дис. канд. юрид наук. 12.00.02. Нац. Акад. внутр. Справ. Київ, 2018. 246 с.
8. Мендель Т. Аналітичний огляд моделей наглядових органів у сфері доступу до інформації. URL: http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=115100&cat_id=108852 (дата звернення: 21.10.2021).
9. Міятович Д. Доповідь Комісара Ради Європи з прав людини: "Захист прав людини в епоху штучного інтелекту". Страсбург (Франція) 03 липня 2018 р. URL: https://www.coe.int/ru/web/commissioner/-/safeguarding-human-rights-in-the-era-of-artificial-intelligence#main-content. (дата звернення: 10.04.2021).
10. Нестеренко О. Інформаційний омбудсмен в механізмі забезпечення прав людини і основоположних свобод. URL: http://uapp.org/pub_analitics/5111.html (дата звернення – 01.04.2021).
11. Пірч Мусар Н., Шинкунєне Д. Правовий висновок до проекту Закону України "Про захист персональних даних", який містить рекомендації щодо узгодження цього документа зі стандартами Ради Європи та ЄС. 2020. 64 с.
12. Матузов Н. И. Правовая система и личность. – Саратов: Изд-во Саратов. ун–та, 1987. 216 с.
13. Рекомендації до Порядку здійснення Уповноваженим контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних: Наказ Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 08.01.2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002715-14/print (дата звернення: 21.10.2021 року).
14. Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 року № 393/96-вр. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80/print (дата звернення: 21.10.2021 року).
15. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15. (дата звернення: 26.08.2020).
16/ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/conv#n9560 (дата звернення: 21.10.2021 року).
17. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17. (дата звернення: 21.10.2021).
18. Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17. (дата звернення: 01.09.2021).
19. Мендель Т. Аналітичний огляд моделей наглядових органів у сфері доступу до інформації. URL: http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=115100&cat_id=108852 (дата звернення: 21.10.2021).
20. Конвенція про захист фізичних осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28.01.1981 р. № 108. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_326. (дата звернення: 21.10.2021).
21. Convention 108: Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Decision of the Committee of Ministers – 128th session of the Committee of Ministers, Elsinore, 18 May 2018. Council of Europe, June 2018. URL: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf (дата звернення – 01.04.2021).
22. Посібник з Європейського права у сфері захисту персональних даних. К.: К.І.С., 2020. 436 с. URL: https://rm.coe.int/data-protection-handbook-ukr-2020-block-web/1680a1f65e (дата звернення – 21.10.2021).
23. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32016R0679. (дата звернення: 21.10.2021).
24. Про доступ до інформації, що перебуває у володінні державних органів: Рекомендації Ради Європи від 25.11.1981 року № R (81) 19. URL: https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiya-r-81-19-pro-dostup-do-

informatsiyi-shho-znahodytsya-u-rozporyadzhenni-derzhavnyh-organiv/. (дата звернення: 21.10.2021).

25. Про доступ до офіційних документів: рекомендації Ради Європи: від 21.02.2002 р. № R (2002)2. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a33. (дата звернення: 21.10.2021).

26. Заярний О. А. Правове забезпечення розвитку інформаційної сфери України: адміністративно-деліктний аспект : монографія. Херсон: Видавничий дім "Гельветика", 2017. 700 с. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/zayarnii_monografiya_tv_pereplet_0.pdf (дата звернення 21.10.2021).

27. Заярний О.А. До питання щодо виконання Україною міжнародних зобов'язань щодо запровадження інституту інформаційного омбудсмана: деякі концептуально-прикладні аспекти. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія: Право. Випуск 64. 2021. С. 213 – 219. URL: http://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/download/238497/237113 (дата звернення: 21.10.2021 року).

28. Про Національну комісію з питань захисту персональних даних та доступу до публічної інформації: проєкт Закону України від 11.10.2021 року № реєстр 6177. URL: Офіційний портал Верховної Ради України (дата звернення: 21.10.2021 року).

References:

1. Venger V., Zaiarnyi O. Pravovyj analiz osnovnyh modelej instytualizaciyi derzhavnogo kontrolyu u sferi personalnyh danyh ta dostupu do publichnoyi informaciyi v Ukrainy. Kyiv. 2020 r., 30 s. [Legal analysis of the main models of institutionalization of state control in the field of personal data and access to public information in Ukraine]. URL: https://rm.coe.int/legal-analysis-data-ua/16809ee077 (data zvernennya: 21.10.2021).

2. Konvenciya pro zahyst prav lyudyny i osnovopolozhnyh svobod vid 04.11.1950 r. [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004. (data zvernennya: 21.10.2021).

3. Ugoda pro asociaciyu mizh Ukrayinoyu, z odniyeyi storony, ta Yevropejskym Soyuzom, Yevropejskym spivtovarystvom z atomnoyi energiyi i yihnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoyi storony vid 27.06.2014 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (data zvernennya: 21.10.2021).

4. Konstytuciya Ukrayiny vid 28.06.1996 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr. (data zvernennya: 21.10.2021).

5. Bernazyuk, I. M. (2020). Instytualizaciya derzhavnogo kontrolyu za doderzhannyam zakonodavstva Ukrayiny pro zahyst personalnyh danyh. Visnyk Luganskogo derzhavnogo universytetu vnutrishnih sprav imeni E.O. Didorenka, 3(91), 15-27 [Institutionalization of state control over compliance with the legislation of Ukraine on personal data protection]. https://doi.org/10.33766/2524-0323.91.15-27.

6. Mytko A., Kolcova I. Informatsiina bezpeka v konteksti vvedennya instytutu informacijnogo komisara (ombudsmena) v Ukrainy. Mediaforum: analityka, prognozy, Mediarorum: Analytics, Forecasts, informacijnyj menedzhment: Information Management: zb. nauk. prac. Chernivci: Collection of Research Articles. Chernivtsi: Cherniveckyj nac. un-t, 2018. Chernivtsi National University, 2018. Tom 6. C. 112-122 [6. Information security in the context of the introduction of the institution of information commissioner (ombudsman) in Ukraine].

7. Kushnir I. V. Konstytucijne pravo osoby na dostup do publichnoyi informaciyi ta jogo zabezpechennya Upovnovazhenym Verhovnoi Rady Ukrayiny z prav lyudyny : dys. kand. yuryd nauk. 12.00.02. Nac. Akad. vnutr. Sprav. Kyyiv, 2018. 246 s [Constitutional right of a person to access to public information and its provision by the Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine for Human Rights].

8. Mendel T. Analitychnyj oglyad modelej naglyadovyh organiv u sferi dostupu do informatsii [Analytical review of models of supervisory bodies in the field of access to information]. URL:http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=115100&cat_id=108852 (data zvernennya: 21.10.2021).

9. Miyatovych D. Dopovid Komisara Rady Yevropy z prav lyudyny: "Zahyst prav lyudyny v epohu shtuchnogo intelektu". Strasburg (Franciya) 03 lypnya 2018 r. [Report of the Council of Europe Commissioner for Human Rights: "Protection of human rights in the era of artificial intelligence"] URL: https://www.coe.int/ru/web/commissioner/-/safeguarding-human-rights-in-the-era-of-artificial-intelligence#main-content. (data zvernennya: 10.04.2021).

10. Nesterenko O. Informacijnyj ombudsmen v mehanizmi zabezpechennya prav lyudyny i osnovopolozhnyh svobod. [Information Ombudsman in the mechanism of human rights and fundamental freedoms] URL: http://uapp.org/pub_analitics/5111.html (data zvernennya – 01.04.2021).

11. Pirch Musar N., Shynkunyene D. Pravovyj vysnovok do proektu Zakonu Ukrayiny "Pro zahyst personalnyh danyh", yakyj mistyt rekomendaciyi shodo uzgodzhennya cogo dokumenta zi standartamy Rady Yevropy ta YeS. [Legal opinion on the draft Law of Ukraine "Pro zahyst personalnyh danyh", which contains recommendations for harmonization of this document with the standards of the Council of Europe and the EU] 2020. 64 s.

12. Matuzov N. Y. Pravovaya systema y lychnost [Legal system and personality]. – Saratov: Yzd-vo Saratov. un–ta, 1987. 216 s.

13. Rekomendaciyi do Poryadku zdijsnennya Upovnovazhenym kontrolyu za doderzhannyam zakonodavstva pro zahyst personalnyh danyh: Nakaz Upovnovazhenogo Verhovnoyi Rady Ukrayiny z prav lyudyny vid 08.01.2014 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002715-14/print (data zvernennya: 21.10.2021 roku).

14. Pro zvernennya gromadyan: Zakon Ukrayiny vid 02.10.1996 roku № 393/96-vr. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80/print (data zvernennya: 21.10.2021 roku).

15. Tsyvilniy kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15. (data zvernennia: 26.08.2020).

16. Kodeks administratyvnogo sudochynstva Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.07.2005 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/conv#n9560 (data zvernennia: 21.10.2021 roku).

17. Pro dostup do publichnoi informacii: Zakon Ukrainy vid 13.01.2011 r. № 2939-VI URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17. (data zvernennia: 21.10.2021).

18. Pro zahyst personalnyh danyh: Zakon Ukrainy vid 01.06.2010 r. № 2297-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17. (data zvernennia: 01.09.2021).

19. Mendel T. Analitychniy oglyad modeley naglyadovyh organiv u sferi dostupu do informatsii. URL: http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=115100&cat_id=108852 (data zvernennia: 21.10.2021).

20. Konventsiya pro zahyst fizychnyh osib u zv'yazku z avtomatyzovanoyu obrobkoyu personalnyh danyh vid 28.01.1981 r. № 108. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_326. (data zvernennia: 21.10.2021).

21. Convention 108: Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Decision of the Committee of Ministers – 128th session of the Committee of Ministers, Elsinore, 18 May 2018. Council of Europe, June 2018. URL: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf (дата звернення – 01.04.2021).

22. Posibnyk z Yevropejskogo prava u sferi zahystu personalnyh danyh. K.: K.I.S., 2020. 436 s. URL: https://rm.coe.int/data-protection-handbook-ukr-2020-block-web/1680a1f65e (data zvernennia – 21.10.2021).

23. Reglament Yevropejskogo Parlamentu i Rady (YeS) 2016/679 vid 27 kvitnya 2016 roku pro zahyst fizychnyh osib u zv'yazku z opratsyuvannyam personalnyh danyh i pro vilniy ruh takyh danyh, ta pro skasuvannia Dyrektyvy 95/46/ЄS (Zagalniy reglament pro zahyst danyh). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32016R0679. (data zvernennia: 21.10.2021).

24. Pro dostup do informatsii, shcho perebuvae u volodinni derzhavnyh organiv: Rekomendatsii Rady Yevropy vid 25.11.1981 roku № R (81) 19. URL: https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiya-r-81-19-pro-dostup-do-informatsiyi-shho-znahodytsya-u-rozporyadzhenni-derzhavnyh-organiv/. (data zvernennia: 21.10.2021).

25. Pro dostup do ofitsiynyh dokumentiv: rekomendatsii Rady Yevropy: vid 21.02.2002 r. № R (2002)2. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a33. (data zvernennia: 21.10.2021).

26. Zaiarnyi O. A. Pravove zabezpechennya rozvytku informatsiynoi sfery Ukrainy: administratyvno-deliktniy aspekt : monohrafiia. Herson: Vydavnychiy dim "Gelvetyka", 2017. 700 s. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/zayarnii_monografiya_tv_pereplet_0.pdf (data zvernennia 21.10.2021).

27. Zaiarnyi O.A. Do pytannya shchodo vykonannya Ukrayinoyu mizhnarodnyh zobov'yazan shchodo zaprovadzhennia institutu informaciinogo ombudsmana: deyaki konceptualno-prykladni aspekty. Naukovyj visnyk Uzhgorodskogo Natsionalnogo Universytetu. Seriya: Pravo. Vypusk 64. 2021. S. 213 – 219. URL: http://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/download/238497/237113 (data zvernennia: 21.10.2021 roku).

28. Pro Natsionalnu komisiyu z pytan zahystu personalnyh danyh ta dostupu do publichnoi informatsii: proekt Zakonu Ukrainy vid 11.10.2021 roku № reyestr 6177. URL: Ofitsiyniy portal Verhhovnoi Rady Ukrainy (data zvernennia: 21.10.2021 roku).

Received: 29/09/2021
Accepted: 20/10/2021

O. Zaiarnyi, Dr. Sc. (Law), Associate Prof., Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

NON-JUDICIAL FORMS OF PROTECTION OF INFORMATION RIGHTS OF INDIVIDUALS AND THE MAIN DIRECTIONS OF THEIR ADAPTATION TO THE STANDARDS OF THE EUROPEAN UNION

The article examines the methods and procedures for the protection of the information rights of individuals by the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights, and by the executive and local authorities; identifies prospects for expanding alternative information disputes resolution involving citizens and legal entities based on the implementation of the European Union standards in the scope of legal regulation.

The aim of this article is to conduct research about the features of non-judicial forms of protection of information rights of individuals, to identify the prospects of introducing an independent supervisory authority in Ukraine in the field of access to public information and personal data protection as the main institutions of pre-trial settlement of information disputes.

During the preparation of the article, general scientific methods of cognition were used: dialectical, system-structural, formal-logical, as well as special methods, inter alia, historical, comparative-legal, sociological.

At the present time, in Ukraine, this is proven that the main form of non-judicial protection of information rights of individuals is to lodge a complaint about the violation of the relevant category of rights to the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights. At the same time, the reasons for the low efficiency of the implementation of such form of protection of information rights as filing a complaint to the head of the entity or the entity in the activities of which the violation was committed or to a higher authority or an official. The necessity of establishing an independent supervisory authority in Ukraine in the field of ensuring access to public information and protection of personal data is substantiated, taking into account the experience of the European Union member states as the main institution of pre-trial settlement of information disputes. The main world models of these bodies are described, their advantages and disadvantages are analyzed in view of the prospects of improving the mechanism of alternative resolution of information disputes related to the protection of information rights of individuals.

The conclusions set out the main provisions of the research, formulate further directions of research on the implementation of non-judicial forms of protection of information rights of individuals, outline vectors of implementation of the European Union's experience in establishing national supervisory authorities in this scope.

Keywords: European Union, information rights, alternative dispute resolution mechanism, the supervisory authority in the field of access to public information and protection of personal data, non-judicial protection of information rights, private person, complaint on violation of information rights.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 40-50
УДК 347.1
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-8

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Р. А. Майданик, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0003-1661-0535
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

Н. І. Майданик, канд. юрид. наук, доц., проф.
ORCID ID: 0000-0002-8277-7256
Юридичний інститут Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Київ, Україна

Н. Р. Попова, канд. юрид. наук, докторант
ORCID ID: 0000-0001-9187-4157
Науково-дослідний інститут приватного права та підприємництва імені Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України, Київ, Україна

ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ ТА РЕКОДИФІКАЦІЯ. УЗУФРУКТ

Висвітлено особливості узуфрукта в європейських країнах романо-германського права, визначено умови імплементації у право України кращої практики узуфрукта в умовах європеїзації та рекодифікації цивільного законодавства.

Досліджено особливості узуфрукта в окремих країнах романо-германського права, зокрема в Німеччині, Франції, Польщі, Нідерландах, Швейцарії, Грузії, Молдові та Росії.

Узуфрукт, який є гнучким і загальновизнаним у праві країн Західної Європи речовим правом особистого володіння для користування, що вважається самостійним речовим правом на чуже майно у країнах романської правової сім'ї або різновидом сервітуту у країнах німецької правової сім'ї, залишається невідомим у більшості республік колишнього Радянського Союзу.

Право України також не передбачає інституту узуфрукта і регулює відносини тривалого користування чужою нерухомістю за допомогою обмежених речових прав (емфітевзис, суперфіцій, право господарського відання, право оперативного управління) і зобов'язальних правових конструкцій (зазвичай оренда й управління нерухомістю).

Автори дійшли висновку про необхідність упровадження у вітчизняне право інституту узуфрукта шляхом доповнення ЦК України новою главою "Узуфрукт", межові положення якої запропоновано в цьому дослідженні.

У праві України узуфрукт доцільно визнати самостійним, відмінним від сервітуту, речовим правом особистого володіння для користування, що виконує роль загальних положень про емфітевзис (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб). У зв'язку із цим до відносин за емфітевзисом мають застосовуватися положення гл. 32-1 ЦК України про узуфрукт, якщо інше не встановлено положеннями ЦК про емфітевзис і не випливає з його суті.

За своєю цільовою спрямованістю правова конструкція узуфрукта може виконувати будь-які функції особистого володіння для користування чужим майном, що дає можливість використання цієї правової конструкції в будь-яких сферах користування майном, незалежно від того, чи метою є отримання доходу, чи іншого соціально корисного результату (благодійництво тощо).

Відсутність узуфрукта в національному праві перешкоджає ефективній трансформації правових титулів шляхом відмови від права господарського відання та права оперативного управління в умовах рекодифікації цивільного законодавства, не сприяє формуванню повноцінного ринку землі та його усталеному розвитку в умовах скасування в Україні мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення та перебування в оренді більшості земель сільськогосподарського користування, які використовуються для ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

Поряд із довгостроковою орендою та управлінням майном, узуфрукт виконує схожі функції з правом господарського відання та правом оперативного управління. Причому, на відміну від управління майном та оренди, перевага узуфрукта полягає в можливості оплатного або безоплатного користування нерухомим майном у власному інтересі користувача (узуфруктуарія) відповідно до положень ЦК України про речові права. У цьому контексті узуфрукт має потенціал найбільш прийнятної заміни права господарського відання та права оперативного управління.

Ключові слова: європеїзація; рекодифікація; узуфрукт; квазіузуфрукт; суперфіцій; емфітевзис.

ВСТУП

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. В Україні на доктринальному та нормотворчому рівнях обговорюється питання щодо впровадження невідомого національному праву інституту узуфрукта. Європеїзація [1, с. 39–54] та проведення рекодифікації цивільного законодавства України [2, с. 128] зумовлює додаткову актуальність вивчення кращої європейської практики з метою визначення оптимальних умов імплементації правової конструкції узуфрукта.

© Майданик Р. А., Майданик Н. І., Попова Н. Р., 2021

Історичне коріння узуфрукта бере свій початок у речовому праві римського права класичного періоду. Узуфрукт і схожі з ним правові конструкції (у Дигестах Юстиніана всі вони класифіковані як особисті сервітути) відрізняє серед спеціальних речових прав їхній суворо персональний характер [3, с. 416].

Правова конструкція узуфрукта була рецепійована з римського права в середньовічне континентальне право і на сьогодні вважається традиційним видом обмежених речових прав багатьох правопорядків континентальної Європи (Німеччина, Франція, Угорщина, Італія, Швейцарія), поряд із сервітутним правом і правом на забудову (емфітевзисом).

Право України речовими правами на чуже майно визнає право володіння, право користування чужим майном (сервітут), право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право забудови земельної ділянки (суперфіцій) (ч. 1 ст. 395 Цивільного кодексу України), а також право господарського відання і право оперативного управління (ст. 136, 137 Господарського кодексу України). Узуфрукт правом України не передбачений, незважаючи на існування схожих на узуфрукт правових конструкцій.

Під час прийняття чинної редакції ЦК України в інституті узуфрукта не було гострої необхідності у зв'язку з відсутністю розвиненого ринку землі. Сучасному цивільному законодавству України в умовах розширення сфери дії права приватної власності виникла необхідність у розробленні і впровадженні в ЦК України загальноприйнятого у світовій практиці інституту узуфрукта.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із цієї теми, виокремлення невирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячена стаття. У сучасній вітчизняній цивілістичній доктрині обговорюється ідея провадження у право України інституту узуфрукта, що знайшло відображення в окремих наукових працях [4, с. 20–32; 5, с. 74–79; 6, с. 82–87] і в положеннях Концепції оновлення Цивільного кодексу України (Концепція рекодифікації), розробленої відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України "Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України" від 17 липня 2019 р. № 650 [7, с. 74–79].

Право України не передбачає інституту узуфрукта і регулює відносини тривалого користування чужою нерухомістю за допомогою кількох обмежених речових прав (емфітевзис, суперфіцій, право господарського відання, право оперативного управління) і зобов'язальних правових конструкцій (оренда землі тощо). Узуфрукт є гнучким і загальновизнаним у праві країн Західної Європи правовим інструментом, покликаним забезпечити за допомогою обмеженого речового права тривалого користування чужою нерухомістю, відсутність якого в національному праві стримує усталений розвиток ринку нерухомості, невиправдано обмежує перелік адекватних замін права господарського відання та права оперативного управління в умовах рекодифікації цивільного законодавства.

Цим зумовлена актуальність виявлення кращої практики й умов імплементації узуфрукта у право України. У цьому дослідженні висвітлено особливості узуфрукта у країнах романо-германського права та умови імплементації узуфрукта у право України з урахуванням кращої європейської практики.

Формування цілей статті (постановка завдання). Мета цього дослідження полягає у висвітленні особливостей узуфрукта у країнах романо-германського права й умов його імплементації у право України з урахуванням кращого європейського досвіду.

Матеріали і методи. Стаття заснована на положеннях цивільного законодавства, судової практики і правової доктрини країн романо-германського права. Дослідження ґрунтується на діалектичному, формально-логічному методах, методах синтезу й аналізу, порівняльно-правовому методу і методу моделювання.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ ДОСЛІДЖЕННЯ З ПОВНИМ ОБҐРУНТУВАННЯМ ОТРИМАНИХ НАУКОВИХ РЕЗУЛЬТАТІВ

1. Узуфрукт у приватному праві Стародавнього Риму

Поняття узуфрукта

Найважливіший особистий сервітут – узуфрукт ("usus" – користування, "fructus" – плод, приріст, дохід) визначається в Дигестах Юстиніана таким чином: "Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rei substantia" (D.7.1.1); у перекладі з латини узуфрукт є правом користуватися чужою річчю і вилучати від неї плоди зі збереженням у цілісності субстанції (сутності речі)" [8, с. 107].

Елементи узуфрукта

У приватному праві Стародавнього Риму узуфрукт був правом на тілесну річ, і його об'єктом виступали неспоживні у їхньому господарському використанні речі, які повинні приносити плоди (прибуток, дохід) їхньому володільцеві. Об'єктами узуфрукта ставали також маєтки, частина (кімната) житлового будинку. Визначення об'єкта узуфрукта мало істотне значення у разі вирішення питання про суб'єкта права, уповноваженого вилучати плоди з використовуваної речі, а також про їхній розподіл.

За загальним правилом усі плоди речі належали узуфруктуарію. Якщо на підставі легату надавався узуфрукт на нерухоме майно, як, наприклад, на будівлі, то узуфруктуарію належали всі доходи, орендна плата за будівлі, подвір'я тощо, які відносяться до будівлі. Плоди від користування річчю переходили у власність узуфруктуарія з моменту одностороннього заволодіння плодами. Він мав можливість розпорядитися ними, оскільки вони ставали його власністю.

Право користування житловими приміщеннями полягало у проживанні у житловому приміщенні. Зміст прав користувача визначався характером і призначенням житлових приміщень. Залежно від підстави виникнення права на проживання в певному житловому приміщенні в користуванні суб'єкта могло бути як все житлове приміщення, так і його обмежена та відокремлена частина. Управомоченій особі належало також право користування не лише житловою площею, але й місцями спільного користування у квартирі і багатоквартирному будинку, користування підсобними приміщеннями, частиною спільної земельної ділянки.

2. Особливості узуфрукта у країнах романо-германського права

Поняття узуфрукта

Узуфрукт (фр. – l'usufruit; нім. – Niessbrauch; рос. – право пользовладения) є речовим правом особистого володіння для користування. У цивільних кодексах багатьох європейських країн континентального права визнається самостійним речовим правом на чуже майно (Франція, Італія, Іспанія, Грузія, Молдова) або різновидом сервітуту (Німеччина, Австрія). На відміну від країн Західної Європи, у більшості країн колишнього Радянського Союзу узуфрукт відсутній (зокрема, Вірменія, Білорусь, Казахстан, Киргизія, Росія, Узбекистан, Україна).

Узуфрукт є речовим правом на чуже майно особистого характеру, згідно з яким особа володіє і користу-

ється річчю відповідно до її призначення. Узуфрукт надається власником нерухомої або рухомої речі іншій особі – фізичній або юридичній особі (узуфруктуарію, володільцю для користування).

Згідно з § 1030 Німецького цивільного уложення (НЦУ) річ може бути обтяжена таким чином, щоб особа, на користь якої встановлено обтяження, мала право вилучати вигоду від користування річчю (узуфрукт) [9, с. 339].

Цивільний кодекс Франції (ФЦК) розглядає узуфрукт як право користування речами, що належать на праві власності іншій особі, таким самим чином, як і сам власник, але лише з обов'язком зберігати їхню сутність (ст. 578 ФЦК) [10, с. 203].

Цивільний кодекс Молдови (ЦК Молдови) узуфруктом визнає право володіння і користування однією особою (узуфруктуарієм) протягом визначеного або такого, який можна визначити, періоду часу річчю іншої особи (номінального власника), отримання її плодів на тих самих умовах, що й власник, але з обов'язком збереження сутності речі. Узуфруктуарій має право володіння річчю, але не може провести її відчуження (ч. 1 ст. 604 ЦК Молдови) [11].

Принциповою відмінністю узуфрукта від права забудови (суперфіцію) є збереження економічної сутності речі й неможливість, за загальним правилом, її зміни узуфруктуарієм [12].

Отже, сутність узуфрукта як речового права полягає в тому, що його суб'єкт (узуфруктуарій) набуває можливість користуватися обтяженою річчю і вилучати з неї плоди і доходи за умови забезпечення її цілісності і схоронності.

Об'єкт узуфрукта

Об'єктом (предметом) узуфрукта можуть бути будь-яке неспоживне майно, з якого можливо вилучати корисні властивості (плоди і доходи): речі – рухомі й нерухомі, майнові права, майнові комплекси, які перебувають у цивільному обороті.

Річ, яка надана в узуфрукт, може використовуватися як у підприємницькій, так і в непідприємницькій діяльності. Узуфрукт поширюється на всі приналежності речі, наданої в узуфрукт, а також на все, що приєднується до неї або включається до її складу.

Звужувати коло можливих об'єктів узуфрукта лише нерухомими речами, як і не допускати використання речі, наданої в узуфрукт, у підприємницькій діяльності, недоцільно. В іншому випадку це означатиме, що з переліку речей, здатних слугувати об'єктом узуфрукта, буде виключено рухоме майно і майно, яке призначене для здійснення підприємницької діяльності, наприклад, єдині майнові комплекси підприємств, інвестиційні фонди.

Поряд із перерахованими видами майна об'єктом узуфрукта може бути також частка у праві спільної власності, що означає можливість установлення узуфрукта на речове право (конструкція "право на право") [13; 9].

Як відомо, у римському праві, у межах якого узуфрукт уперше виник, вважалося, що його об'єктом може слугувати будь-яке майно, яке здатне приносити плоди, продукцію і доходи. Саме цей принцип покладено в основу німецького і французького законодавства, де, поряд із конструкцією "узуфрукт щодо речей", передбачено конструкцію "узуфрукт на права".

Зауважимо, що у французькому законодавстві конструкція "право на право" має ширшу сферу застосування, оскільки в ньому об'єктом передачі та відчуження можуть слугувати також речові права. Це підтверджується тим, що французький законодавець визнає нерухомим майном окремі речові права, зокрема, узуфрукт і сервітут, які встановлені на нерухому річ (ст. 526 ФЦК). Відповідно до ст. 581 ФЦК узуфрукт може бути встановлено на будь-які види рухомого або нерухомого майна.

Це означає, що з погляду логіки французького законодавця, узуфрукт може встановлюватися на узуфрукт. Наприклад, узуфрукт, який входить до складу спадкового майна дітей, може бути обтяжений унаслідок закону іншим узуфруктом на користь батьків (ст. 382 і 387 ФЦК).

Німецький підхід щодо цього питання інший: об'єктом узуфрукта можуть слугувати лише права вимоги за зобов'язаннями. Причому в Німеччині встановлення узуфрукта на узуфрукт прямо заборонено (§ 1059b НЦУ).

Види узуфрукта

Поряд із класичним римським узуфруктом, об'єктом якого виступали лише індивідуально визначені, неспоживні речі, європейські правопорядки сприйняли з римського права конструкцію так званого квазіузуфрукта ("quasi usufructus"), згідно з яким споживні речі переходили не у володіння і користування (як у разі узуфрукта), а у власність уповноваженої особи. У сучасній європейській правозастосовній практиці квазіузуфрукт реалізується у випадках установлення узуфрукта на: 1) майнові комплекси, до складу яких входять споживні речі; 2) права вимоги із зобов'язань, об'єктом яких є споживні речі [13; 9].

Так, ФЦК і НЦУ передбачають, поряд із класичним узуфруктом, об'єктом якого виступають лише індивідуально-визначені, неспоживні речі, конструкцію квазіузуфрукта (quasi ususfructus), який установлюється щодо споживних речей. Так, згідно зі ст. 587 ФЦК у випадку узуфрукта на споживні речі останні переходять у власність узуфруктуарія з обов'язком після закінчення узуфрукта повернути первинному власнику речі того самого роду і якості або відшкодувати їхню вартість за ціною, яка визначається на день повернення.

Основна відмінність між німецьким квазіузуфруктом і його французьким аналогом полягає в тому, що за німецьким правом узуфруктуарій взамін отриманих у власність споживаних речей зобов'язаний після закінчення узуфрукта відшкодувати особі, яка встановила узуфрукт, їхню вартість. Згідно з французьким правом, узуфруктуарій наділений правом вибору між двома варіантами дій: він може або повернути власнику рівну кількість отриманих ним речей того самого роду і якості, або відшкодувати їхню вартість. Причому, якщо за французьким законодавством, з метою відшкодування вартості споживаних речей використовується ціна, яка за порівнюваних обставин зазвичай стягується за аналогічні речі на момент закінчення узуфрукта, то за німецьким законодавством застосовується ціна, яка існувала на момент установлення узуфрукта [14, с. 197].

Особливий порядок діє у випадках, коли узуфрукт установлюється на майновий комплекс, зокрема на підприємство.

У цивільному праві Німеччини вважається, що речове право не може мати об'єктом будь-яку сукупність (множинність) речей, наприклад, майно підприємства, яке включає речі, права й інші майнові цінності (клієнтуру, товарні знаки тощо), оскільки в цьому випадку власність у розумінні § 903 НЦУ може стосуватися лише окремих речей, які належать до зазначених сукупностей [15, с. 221].

Відповідно до зазначеного підходу узуфрукт на майно встановлюється таким чином, що узуфруктуарій набуває узуфрукт на кожен предмет, який входить до складу цього майна (§ 1085 НЦУ).

Французький законодавець, навпаки, оголошує підприємство єдиним об'єктом узуфрукта, однак з одним лише застереженням: якщо до його складу входять споживні речі, то на них поширюється квазіузуфрукт.

В окремих правопорядках різновидом узуфрукта визнається соціальний узуфрукт. Так, згідно із Законопроєктом РФ № 47538-6 від 27.04.2012 р. про внесення змін до Цивільного кодексу Російської Федерації соціальним узуфруктом є узуфрукт, що виникає на підставі закону або судового рішення (п. 1, 3 ст. 302.6 Законопроєкту РФ) [16; 17, с. 58–65].

Суб'єкти узуфрукта

У відносинах щодо встановлення узуфрукта беруть участь два суб'єкти: уповноважена особа, яка називається узуфруктуарієм, і зобов'язана особа, якою зазвичай є власник обтяженого майна. Заслуговує на увагу те, що в Німеччині особою, яка встановлює узуфрукт, поряд із власником може виступати і законний володілець речі.

Однак в інтересах узуфруктуарія презюмується, що особа, яка встановлює узуфрукт, є власником речі, за винятком випадків, коли узуфруктуарій знав, що ця особа не є власником.

У французькому та німецькому праві узуфрукт може встановлюватися як на користь фізичних осіб, так і на користь будь-яких юридичних осіб незалежно від цілей їх діяльності [17 с. 61].

Згідно з російським правом узуфруктуарієм може виступати лише громадянин і некомерційні організації (п. 11 Законопроєкту РФ). Із цього приводу в Концепції розвитку цивільного законодавства Російської Федерації зазначалося, що узуфрукт установлюється виключно в некомерційних цілях і надається й організаціям, і громадянам [18].

У зв'язку із цим не до кінця зрозуміла позиція розробників Законопроєкту Російської Федерації щодо вирішення питання про надання узуфрукта некомерційним організаціям. Очевидно, що єдиною метою встановлення узуфрукта на користь некомерційних організацій можна вважати надання житлових приміщень цим особам під використання як офіси. Причому слід мати на увазі, що строк дії узуфрукта некомерційних організацій не може перевищувати 21 рік [19; 17; 61].

Строк узуфрукта

Унаслідок особистого характеру узуфрукт може встановлюватися на строк, не більший ніж до смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, на користь якої встановлено узуфрукт, якщо менший строк не встановлено законом або договором (ч. 1 ст. 606 ЦК Молдови).

Єдиним обмеженням, яке застосовується щодо кола суб'єктів узуфрукта, стосується максимального строку надання узуфрукта юридичним особам. Так, ФЦК і ЦК Молдови передбачається можливість надання узуфрукта юридичній особі на строк, який не перевищує 30 років (ст. 619 ФЦК, ч. 2 ст. 606 ЦК Молдови).

Строк дії узуфрукта у французькому праві сторонами може бути поставлено в залежність від досягнення третьою особою певного віку (ст. 620 ФЦК). У Німеччині таке обмеження не передбачене, тому узуфрукт, який установлено на користь юридичної особи, діє аж до її ліквідації або до моменту відчуження узуфрукта іншій особі [17, с. 61].

Відповідно до ч. 3 ст. 606 ЦК Молдови будь-який договір, який установлює безстроковий і такий, що підлягає передачі у випадку смерті або ліквідації узуфруктуарія узуфрукт, є нікчемним.

Підстави виникнення узуфрукта. Каузальна і речова моделі встановлення

Законодавство європейських країн, які передбачають інститут узуфрукта, допускають різні підстави виникнення права особистого права користування: на підставі договору про встановлення узуфрукта, унаслідок легату (заповідального відказу), унаслідок закону або рішення суду тощо [20, с. 551; 21, с. 372; 22, с. 1101; 23, с. 201–236].

У ч. 1 ст. 302.2 Законопроєкту РФ передбачено дві підстави виникнення права особистого користування, а саме: за договором (купівля-продаж, міна, дарування тощо), у порядку спадкування на підставі заповіту власника нерухомої речі. У першому випадку встановлюється письмова форма договору шляхом складення єдиного документа, підписаного сторонами, як обов'язкова вимога дійсності встановлення права особистого права користування. Оскільки право особистого користування може бути оплатним і безоплатним, договір про встановлення цього права повинен містити розмір плати за право користування або зазначення на безоплатність. Якщо встановлюється право користування на оплатній основі, то проєкт передбачає зміну за угодою сторін розміру плати за право користування не частіше, ніж раз у сім років, а при недосягненні угоди – за рішенням суду. Згідно із ч. 3 ст. 302.2 Законопроєкту РФ передбачено правило, що в єдиний державний реєстр підприємств вносяться відомості про об'єкт права особистого користування, строк, плату за користування і про обов'язки власника речі за утриманням цієї речі.

Законопроєктом РФ передбачено встановлення соціального узуфрукта, який виникає на підставі закону або рішення суду. За набором кваліфікуючих ознак соціальний узуфрукт визнається окремим видом узуфрукта (п. 302.6 Законопроєкту РФ).

Право України дотримується властивої для країн романського права каузальної моделі (традиційної моделі) передачі правового титулу (Франція, Іспанія тощо), згідно з якою підставою переходу речового права на майно за договором є зобов'язальний договір, який породжує зобов'язання і речове право у набувача. Речове право переходить до набувача з моменту його фактичної передачі, якщо інше не передбачено договором. ЦК України не передбачена конструкція речового договору. Договір про встановлення узуфрукта за своєю правовою природою має зобов'язальний характер, що породжує речове право і зобов'язання. Для встановлення узуфрукта відсутня потреба в укладенні речового договору, який не породжує зобов'язань.

У зв'язку із цим у літературі зазначено, що такий підхід спонукає до роздумів над пов'язаною із цим проблемою конкуренції позовів, оскільки договір про встановлення узуфрукта породжує не лише речове право, але й зобов'язання. Зазначене питання вирішується залежно від того, якої моделі переходу правового титулу дотримується право відповідної країни.

У країнах, які дотримуються абстрактної моделі передачі правового титулу, підставою передачі речового титулу є речовий договір, що не породжує зобов'язання. Тому передача речового права відбувається на підставі речового договору, Так, у німецькому праві встановлення узуфрукта передбачає необхідність укладення речового договору, що не породжує зобов'язання [24, с. 360], яким є договір про встановлення узуфрукта.

Так, якщо об'єктом узуфрукта є земельна ділянка, то відповідно до § 873 НЦУ власник та узуфруктуарій спочатку повинні укласти речовий договір про встановлення узуфрукта, потім зареєструвати його в поземельній книзі. Отже, узуфрукт щодо земельної ділянки виникає на підставі конкретного юридичного складу, що включає в себе два елементи – речовий договір і реєстрацію в поземельній книзі [24, с. 360].

У випадках, коли йдеться про встановлення узуфрукта на рухому річ, необхідно, щоб власник і майбутній узуфруктуарій уклали речовий договір і здійснили передачу речі (§ 929 НЦУ).

Однак закон передбачає певні винятки із цього правила. По-перше, якщо узуфруктуарій уже володіє об'єктом узуфрукта, то для встановлення останнього достатньо укладення одного речового договору (§ 929 НЦУ). По-друге, якщо річчю володіє власник, то її фактична передача може бути замінена угодою сторін (власника й особи, яка набуває узуфрукт) про встановлення так званого володільницького конституту (Besitzkonstitut). Згідно з володільницьким конститутом особа, на користь якої встановлюється узуфрукт, стає опосередкованим володільцем речі (§ 930 НЦУ).

У цьому випадку речовий договір включає умову про вступ у володіння річчю через безпосереднього володільця-власника і до моменту передачі речі майбутньому узуфруктуарію має особливе юридичне значення: по суті означає встановлення узуфрукта [24, с. 362]. Нарешті, по-третє, якщо річчю володіє третя особа, то її передача може бути замінена речовим договором, згідно з яким власник здійснює відступлення на користь особи, яка набуває узуфрукт, права вимоги на видачу речі (§ 931 НЦУ) [17, с. 62].

Установлення узуфрукта на права здійснюється відповідно до положень закону про відступлення права (§ 1069 НЦУ). Причому законодавець звертає увагу на те, що не допускається встановлення узуфрукта на право, яке не підлягає передачі (п. 2 § 1069 НЦУ).

Згідно зі ст. 579 ФЦК узуфрукт може бути встановлено на підставі закону або правочину (зобов'язального договору або заповіту).

Характерно, що ФЦК, подібно до римського права, передбачає дві можливі конструкції узуфрукта, який виникає внаслідок закону. У першому випадку йдеться про constitution directe par d'alienation, згідно з якою власник речі надає узуфрукт іншій особі, зберігаючи при цьому свій титул, а в другому випадку – про constitution par voie de retention, відповідно до якої первинний власник передає річ у власність іншій особі, вчиняючи застереження про встановлення узуфрукта на свою користь або в інтересах іншої особи (ст. 580 ФЦК) [25, с. 57].

Constitution directe par d'alienation використовується у випадку, коли узуфрукт установлюється на підставі самостійного договору про узуфрукт, який ґрунтується на оплатних засадах, а constitution par voie de retention зазвичай застосовується в межах договору купівлі-продажу або дарування. У ст. 949 ФЦК прямо зазначено, що дарувальник управі залишити за собою або передати іншій особі право користування або узуфрукт на подароване рухоме або нерухоме майно.

Підстави припинення узуфрукта

У цивільно-правовій доктрині підстави припинення речових прав на чуже майно традиційно ділять на дві групи: загальні та спеціальні. У свою чергу, німецька доктрина права і законодавство передбачають поділ підстав припинення речових прав на дві групи залежно від об'єкта узуфрукта: припинення узуфрукта, який установлено щодо речей, та узуфрукта на право (§ 1061–1074 НЦУ).

У французькому праві до загальних підстав припинення узуфрукта належать: 1) смерть узуфруктуарія; 2) відмова узуфруктуарія від свого права; 3) загибель обтяженого майна; 4) закінчення строку, на який він був встановлений; 5) злиття в одній особі якостей узуфруктуарія і власника; 6) невикористання узуфрукта протягом 30 років. Як спеціальні підстави припинення узуфрукта французький законодавець виокремлює зловживання узуфруктуарієм своїм правом, а також погіршення стану обтяженого майна, унаслідок чого воно стає непридатним для використання за призначенням (ст. 618 ЦК Франції).

У німецькому праві узуфрукт, який встановлено щодо речей, припиняється у разі смерті узуфруктуарія, ліквідації юридичної особи або правоздатного товариства[2] (§ 1061 НЦУ), співпадіння в одній особі власника та узуфруктуарія (§ 1063 НЦУ), відмови узуфруктуарія від свого права (скасування узуфрукта) (§ 1064 НЦУ). Узуфрукт на право, поряд із підставами, передбаченими § 1963, 1074 НЦУ, припиняється, коли право, обтяжене узуфруктом, не є правом на рухому річ (§ 1072 НЦУ).

У Законопроєкті РФ до загальних підстав припинення узуфрукта необхідно віднести: загибель (знищення) обтяженої узуфруктом речі, смерть узуфруктуарія, ліквідацію або реорганізацію некомерційної організації-узуфруктуарія, закінчення обумовленого сторонами строку, односторонню відмову узуфруктуарія від свого права (п. 1, 3 ст. 302.5 Законопроєкту РФ). Причому Законопроєкт РФ допускає можливість односторонньої відмови від узуфрукта лише в тому випадку, якщо він має безоплатний характер (абз. 2 п. 3 ст. 302.5 Законопроєкту РФ).

Крім того, у Законопроєкті РФ передбачено, що узуфрукт можна припинити на підставі угоди між власником нерухомої речі й узуфруктуарієм або в судовому порядку за обставин, передбачених ст. 451 ЦК РФ (п. 2, 3 ст. 302.5 Законопроєкту РФ). Із цього приводу в літературі звертаємо увагу на те, що зазначені обставини швидше є підставами для зміни або розірвання договору про встановлення узуфрукта, ніж підставами припинення узуфрукта як речового права [17, с. 63].

До спеціальних підстав припинення узуфрукта можна віднести такі: систематичне невнесення узуфруктуарієм плати за узуфрукт, неналежне використання узуфруктуарієм обтяженої речі або систематичне невиконання ним обов'язків з утримання речі, а також неодноразове або грубе порушення встановлених відповідно до закону правил користування річчю (п. 2 ст. 302.5 Законопроєкту РФ).

Заслуговує на увагу положення Законопроєкту РФ щодо підстав припинення соціального узуфрукта. Відповідно до п. 1 ст. 302.8 Законопроєкту РФ соціальний узуфрукт, який встановлено на користь осіб, що проживають спільно з власником житлового приміщення і мають відповідно до сімейного законодавства право вимагати від цього власника сплати аліментів, діє на строк існування обов'язку власника нерухомої речі надати утримання таким особам. Так, припинення відповідного обов'язку автоматично тягне за собою припинення соціального узуфрукта. Соціальний узуфрукт, який встановлено на користь осіб, що проживають спільно з власником житлового приміщення і перебувають на утриманні останнього, діє довічно, якщо інший строк не встановлено рішенням суду (п. 2 ст. 302.8 Законопроєкту РФ).

Отже, підставами припинення такого соціального узуфрукта є смерть уповноваженої особи і закінчення строку його дії [17, с. 62–63].

Відповідно до ч. 1 ст. 302.5 Законопроєкту РФ, право особистого користування припиняється зі смертю користувача. Звідси можна дійти висновку про те, що користувач не може розпорядитися належним йому правом, зокрема і передати його в порядку спадкування. Аналіз цивільного законодавства інших держав свідчить про неоднозначний підхід до цього питання. Зокрема, у таких країнах, як Німеччина (§ 1059 НЦУ), Польща (ст. 254 ЦК Польщі), Нідерланди (ст. 203 книги 3 ЦК Нідерландів), Швейцарія (ст. 758 Швейцарського цивільного уложення) й інші, право особистого користування не передається в порядку спадкування. Заборона

[2] Відповідно до п. 2 § 1059а НЦУ правоздатне товариство прирівнюється до юридичної особи.

на передачу права особистого користування в порядку спадкування є характерною особливістю в законодавстві країн континентальної системи права. Однак у ст. 595 ЦК Франції, навпаки, допускається вільна передача цього права в порядку спадкування [26, с. 41–45].

Припинення узуфрукта тягне за собою певні правові наслідки. Відповідно до ст. 634 ЦК Молдови, після припинення узуфрукта узуфруктуарій зобов'язаний повернути власнику майно, яким він володіє внаслідок свого права узуфрукта, у тому стані, в якому воно перебуває. У випадку загибелі або пошкодження майна з вини узуфруктуарія останній зобов'язаний відшкодувати власнику завдані у зв'язку із цим збитки. У випадку, якщо узуфрукт зареєстровано у публічному реєстрі, припинений узуфрукт має бути виключений із нього.

Здійснення і захист узуфрукта

Ще із часів римського права здійснення узуфрукта (exercitium juris) розглядається як особливе, відокремлене від нього право, яке може бути передане третім особам на підставі оплатних або безоплатних правочинів. Специфіка самого узуфрукта полягає в тому, що він унаслідок свого суто особистого характеру є непередаваним і невідчужуваним суб'єктивним цивільним правом. Це відображено в законодавстві різних країн.

Так, відповідно до законодавства РФ узуфрукт можна передати іншій особі, зокрема і в порядку універсального правонаступництва або на підставі правочину. Водночас, автори Законопроєкту РФ залишають не вирішеним питання про те, чи вправі узуфруктуарій передати третім особам право здійснення узуфрукта.

Згідно з НЦУ і ФЦК об'єктом передачі й відчуження може бути як сам узуфрукт, так і право його здійснення. Водночас у літературі зазначається непослідовність німецького законодавства у розв'язанні питання щодо можливості передачі узуфрукта третім особам. З огляду на логіку німецького законодавця випливає, що узуфрукт може бути переданий іншим особам лише у випадках, коли він установлений на користь юридичних осіб. На підставі прямої вказівки закону узуфрукт, який наданий фізичним особам, визнається непередаваним. Такі особи вправі передати іншим особам лише право здійснення узуфрукта (1059 НЦУ).

У французькому праві, за загальним правилом, передача або відчуження здійснюється за згодою власника обтяженого майна. Винятком із цього правила є випадки, коли об'єктом узуфрукта виступає земельна ділянка, призначена для ведення сільського господарства, або нерухоме майно комерційного, виробничого або ремісничого призначення. За відсутності відповідної згоди узуфруктуарій управі укласти такий договір на підставі судового рішення, якщо доведе в суді, що цим він не завдає шкоду інтересам власника (ст. 595 ФЦК). Реальну проблему на практиці становить питання про те, як має визначатися ціна узуфрукта. За загальним правилом, передбаченим ст. 621 ФЦК, у випадку одночасної купівлі-продажу узуфрукта і права власності без права користування[3], ціна розподіляється між узуфруктом і цим правом пропорційно відповідній вартості кожного із цих прав, якщо лише сторони не погодяться включити узуфрукт у ціну.

Разом із тим Касаційний суд Франції у своєму рішенні зазначив, що сторони можуть використати отриману від продажу узуфрукта і права власності суму на придбання нового майна і таким чином "відновити" свої права на це майно [17, с. 64]. По суті, у таких ситуаціях відбувається заміна предмета узуфрукта. Поряд із цим варто зазначити, що, оскільки узуфруктуарій і "голий" власник володіють повністю самостійними одне від одного речовими правами, вони можуть відчужувати своє право тому самому набувачеві, у такому випадку право власності в особі останнього знову стає повним, нічим не обмеженим, а узуфрукт, навпаки, припиняється [17, с. 64].

Узуфрукт захищається за допомогою загальних і спеціальних способів захисту цього виду речових прав.

Заслуговує на увагу правозастосовна практика встановлення для узуфрукта єдиного універсального способу речово-правового захисту, яким, зокрема, є конфесорний позов, що широко застосовується в країнах романського права. Предметом конфесорного позову є такі вимоги: 1) визнання права узуфрукта і відновлення володіння відповідним обмеженим речовим правом через витребування обтяженої речі у третьої особи, у тому числі у власника, який заперечує факт існування права узуфрукта; 2) усунення перешкод (дій фактичного характеру у здійсненні права узуфрукта), не пов'язаних із позбавленням узуфруктуарія володіння правом узуфрукта [17, с. 12].

3. Імплементація узуфрукта у право України

Схожі з узуфруктом юридичні конструкції у праві України

Право України не передбачає інститут узуфрукта і закріплює ряд речових прав, які за своїм характером і змістом є досить схожими з узуфруктом.

До таких прав, перш за все, належать права членів сім'ї власника житлового приміщення (ст. 405 ЦК України), право відказоотримувача (легатарія) користуватися житловим приміщенням спадкодавця (ст. 1238 ЦК України) та право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб, або емфітевзис (ст. 407–412 ЦК України).

Речовим правом, схожим до узуфрукта, є емфітевзис, який передбачено в ЦК України (ст. 407–412) – право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб. Зміст узуфрукта й емфітевзиса становлять право володіння і користування чужою земельною ділянкою, зазначені речові права можуть відчужуватися, якщо інше не передбачено законом. На відміну від емфітевзиса, який виникає на підставі договору, узуфрукт установлюється на підставі договору, заповіту та рішення суду. Узуфрукт є особистим правом, яке не може передаватися в порядку спадкування. Емфітевзис може передаватися в порядку спадкування, крім випадків, передбачених законом. Емфітевзис та узуфрукт відрізняються також за своїм предметом. Емфітевзис установлюється щодо земельних ділянок сільськогосподарського призначення. Предмет узуфрукта може бути ширшим – зазвичай будь-яке нерухоме і рухоме майно, якщо інше не передбачено законом.

Схожим речовим правом, яке передбачено в Земельному кодексі України, є право постійного користування земельними ділянками, що передбачає право володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без установлення строку (ст. 92 Земельного кодексу України). Зазначене право виникає з моменту видачі та реєстрації відповідного державного акта (ст. 125, 126 Земельного кодексу України). Суб'єктами права постійного користування можуть бути лише юридичні особи, засновані на державній або комунальній власності та громадські організації інвалідів України, їхні підприємства (об'єднання), установи й організації (ст. 92 Земельного кодексу України) [27, с. 155]. На думку окремих авторів, існування права постійного користування з обмеженим суб'єктним

[3] Ідеться про "голу власність" (nue propriete), тобто, коли внаслідок обтяження майна узуфруктом за власником зберігаються лише його титул і повноваження розпорядження.

складом суперечить зобов'язанням України щодо адаптації українського законодавства до законодавства ЄС. Зокрема, з погляду законодавства ЄС про конкуренцію (ст. 86.1 Угоди про заснування ЄС) надання права постійного користування може розглядатися як державна допомога. Така допомога допускається, але в обмежених випадках і для певної виправданої мети [28, с. 69].

Законодавство України протягом нетривалого часу (у 1990–1992 рр.) передбачало існування специфічного речового права на земельну ділянку – "права довічного успадковуваного володіння". Так, відповідно до ч. 1 ст. 6 Земельного кодексу Української РСР від 18.12.1990 р. (у первісній редакції) "[у] довічне успадковуване володіння земля надається громадянам Української РСР для", зокрема, "ведення селянського (фермерського) господарства". Це положення продубльовано у ч. 1 ст. 50 кодексу.

Надалі у викладенні кодексу в новій редакції Законом України від 13.03.1992 р. № 2196-XII згадка про право довічного успадковуваного володіння з кодексу була виключена. Утім, виключення з кодексу правил про право довічного успадковування володіння не означало припинення цього права. Як суб'єктивне право, право довічного успадковуваного володіння земельною ділянкою, що виникло свого часу відповідно до закону, могло бути припинене лише з підстав, передбачених законом, а в законі таких підстав наведено не було.

Навпаки, п. 8 Постанови Верховної Ради України № 2200-XII від 13.03.1992 р. "Про прискорення земельної реформи та приватизацію земель" передбачено, що "громадяни, …, яким було надано у встановленому порядку земельні ділянки у довічне успадковуване володіння …, зберігають свої права на використання цих земельних ділянок до оформлення права власності або землекористування відповідно до Земельного кодексу України".

В юридичній літературі зазначено, що і без цієї вказівки відповідні права зберігалися б. Причому наголошено, що правила про припинення певних різновидів права користування землею у разі його "непереоформлення" у певні строки, передбачені п. 6 Постанови Верховної Ради України від 18.12.1990 р. "Про земельну реформу", а також п. 6 розд. X Земельного кодексу України від 25.10.2001 р., не поширювалися на право довічного успадковуваного володіння земельними ділянками – вони стосувалися у першому випадку прав, що виникли до набрання чинності Земельним кодексом Української РСР, а у другому випадку – права постійного користування. До того ж, обидва названі положення були згодом визнані неконституційними (рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 р. № 5-рп/2005 у так званій справі про постійне користування земельними ділянками) [29].

Загалом, та обставина, що суб'єкт, який набув право довічного успадковуваного володіння, з утратою чинності правилами, на підставі яких це право виникло, продовжував мати це право, під сумнів не ставиться ні у правовій доктрині, ні у правозастосовній практиці. У свою чергу, з висновку про "збереження" права довічного успадковуваного володіння з необхідністю випливає, що обсяг цього права за відсутності будь-якої вказівки на це в законі також не був звужений.

Відповідний титул ("право довічного успадковуваного володіння земельними ділянками") відрізнявся від іншого титулу – права постійного користування. Ці титули були згадані у Земельному кодексі Української РСР від 18.12.1990 р. (у первісній редакції) як різні явища одного порядку (окремі титули) – порівняйте ст. 6 "Володіння землею" та ст. 7 "Користування землею". Постійне користування не було поняттям загальним щодо права довічного успадковуваного володіння, ішлося про різні правові конструкції, різні речові права. Тому вважається, що застосовувати правила про постійне користування до відносин щодо права довічного успадковуваного володіння землею жодних підстав немає.

З огляду на те, що втрата чинності законодавством про право довічного успадковуваного володіння землею не призвела ні до втрати, ні до звуження обсягу цього права, його зміст та обсяг мають визначатися законодавством, що діяло на момент його виникнення.

Із самої назви відповідного титулу ("право довічного успадковуваного володіння") випливало те, що це право могло бути успадковане. Можливість спадкування також була передбачена ст. 55 кодексу, відповідно до ч. 1 якої "[у] разі смерті громадянина, який вів селянське (фермерське) господарство, право володіння земельною ділянкою передається одному зі спадкоємців". Вилучення відповідних положень із законодавства не вплинуло на природу, зміст та обсяг прав, що вже виникли [30].

За своїм змістом довічне успадковуване володіння і постійне користування багато в чому збігаються. Суб'єкти цих речових прав на чуже майно здійснюють щодо обтяженої земельної ділянки як володіння, так і користування. Право постійного користування земельною ділянкою не передбачає права на його успадкування земельною ділянкою, на відміну від довічного успадковуваного володіння останньою. Вони відрізняються, перш за все, за суб'єктним складом, і, крім того, за підставами виникнення [31, с. 229]. У зв'язку із цим постійне користування і довічне успадковуване володіння за своїм змістом органічно вписуються в конструкцію особистого володіння для користування (узуфрукт) і можуть розглядатися як окремі його різновиди, що встановлюються виключно щодо земельних ділянок, які перебувають у державній і комунальній власності [17, с. 58–65].

Схожими з узуфруктом є передбачені Господарським кодексом України (ст. 136, 137) право господарського відання і право оперативного управління, які є обмеженими речовими правами суб'єкта підприємництва або іншого суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених Господарським кодексом та іншими законами.

На праві господарського відання чи праві оперативного управління закріплюється майно державного унітарного підприємства, яке перебуває у державній власності. Державне унітарне підприємство є юридичною особою, що утворюється компетентним органом державної влади в розпорядчому порядку на базі відокремленої частини державної власності і входить до сфери його управління. Державні унітарні підприємства діють як державні комерційні підприємства або казенні підприємства. Майно державного комерційного підприємства закріплюється за ним на праві господарського відання. Майно казенного підприємства закріплюється за ним на праві оперативного управління в обсязі, зазначеному у статуті підприємства. Орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, здійснює контроль за використанням і збереженням належного підприємству майна, і має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпоряджатися ним у межах своїх повноважень (ст. 77 Господарського кодексу України).

Право господарського відання і право оперативного управління є невідомими європейським країнам "опублічненими" речовими правами.

Від передбачених законодавством України прав господарського відання й оперативного управління доцільно відмовитися, оскільки вони не відповідають поняттю речових прав і по суті ґрунтуються на ідеї здійснення адміністративної влади власника [держави, територіальної громади] над майном, яке закріплене за суб'єктом господарювання на "опублічнених" речових правах, які сформовані в системі соціалістичного права і залишаються невідомими західній традиції права.

Замість цих квазіречових прав відповідні відносини доцільно регулювати схожими за функціональним призначенням, але загальновизнаними розвиненими правопорядками речовими правами – правом узуфрукту, довгострокової оренди, довірчого управління та довірчої власності.

Саме цей підхід знайшов відображення в сучасних актах цивільної кодифікації (зокрема, в ЦК Грузії, Литви тощо), які відмовилися як від конструкції унітарного державного/комунального підприємства, так і від права господарського відання та права оперативного управління [32, с. 31].

Місце узуфрукта в системі речового права

Право України не передбачає інституту узуфрукта і регулює відносини тривалого користування чужою нерухомістю за допомогою низки обмежених речових прав (емфітевзис, суперфіцій, право господарського відання, право оперативного управління) і зобов'язальних правових конструкцій (зазвичай оренда й управління нерухомістю). Узуфрукт є гнучким і загальновизнаним у праві країн Західної Європи правовим інструментом, покликаним забезпечити тривале користування чужою нерухомістю за допомогою обмеженого речового права. Відсутність узуфрукта в національному праві перешкоджає усталеному розвитку ринку нерухомості в умовах скасування в Україні мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення, формування повноцінного ринку землі та перебування в оренді більшості земель сільськогосподарського користування, які використовуються для ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

Незважаючи на передбачені Законом України "Про ринок землі" значні обмеження в обороті земельних ділянок сільськогосподарського призначення (неможливість їх відчуження на користь неспоріднених із приватним власником осіб тощо), більшість користувачів яких не є власниками цих ділянок, існують юридичні ризики порушення права користування земельними ділянками (оренда, постійне користування, довічне успадковуване користування землею), що зумовлено, зокрема можливістю переходу до комерційних банків права власності внаслідок звернення стягнення на земельні ділянки, передані в заставу. Упровадження узуфрукта як універсального обмеженого речового права з тривалого користування чужою нерухомістю забезпечить пропорційне посилення прав користувачів, поєднане збалансованими обмеженнями прав власників земельних ділянок, установленими законом. Передбачений законом зміст та обмеження прав за узуфруктом переважно мають імперативний характер і не можуть змінюватися за домовленістю сторін узуфрукта, що сприятиме правовій визначеності, стабільності правовідносин і практики їхнього застосування, зменшить ризики, пов'язані з обмеженнями прав власника та користувача, установленими за домовленістю сторін оренди.

Додаткова актуальність упровадження узуфрукта у вітчизняне право зумовлена необхідністю адекватної заміни права господарського відання і права оперативного управління, які створені для обслуговування адміністративно-планової економіки обмеженими речовими правами на майно державних і комунальних підприємств.

Рекодифікація цивільного законодавства зумовлює необхідність відмови від права господарського відання та права оперативного управління, які є реліктами радянської адміністративно-планової економіки, мають публічно-правову природу, за своєю сутністю не є справжніми речовими правами і залишаються невідомими речовому праву розвинених європейських правопорядків.

В умовах рекодифікації та скасування Господарського кодексу, узуфрукт є найприйнятнішою заміною права господарського відання та права оперативного управління. Поряд із довгостроковою орендою та управлінням майном, узуфрукт функціонально схожий із правом господарського відання та правом оперативного управління. На відміну від управління майном та оренди, узуфрукт передбачає оплатне або безоплатне користування майном у власному інтересі користувача (узуфруктуарія), імперативно визначений законом зміст прав учасників і перелік підстав їхнього припинення за правилами про речові права.

За своєю правовою природою узуфрукт у праві України доцільно визнавати самостійним, відмінним від сервітуту, речовим правом особистого володіння для користування. У зв'язку із цим на узуфрукт необхідно поширювати загальні положення ЦК України про речові права, якщо інше не випливає з положень цієї глави та сутності узуфрукта. Узуфрукт виконує роль загальних положень про емфітевзис (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб). Тому до відносин за емфітевзисом мають застосовуватися положення гл. 32-1 ЦК України про узуфрукт, якщо інше не встановлено положеннями ЦК про емфітевзис і не випливає з його суті.

За своєю цільовою спрямованістю правова конструкція узуфрукта може виконувати будь-які функції особистого володіння для користування чужим майном, що дає можливість використання цієї правової конструкції в будь-яких сферах користування майном, незалежно від того, чи метою є отримання доходу, чи іншого соціально корисного результату (благодійництво тощо).

Модельні норми гл. 32-1 "Узуфрукт" ЦК України

Упровадження узуфрукта у право України доцільно провести шляхом доповнення Цивільного кодексу України гл. 32-1 "Узуфрукт" (ст. 406-1–406-9), яка міститиме положення про поняття узуфрукта, його об'єкти, суб'єкти і строк дії, квазіузуфрукт, узуфрукт підприємства й іншого майна, здійснення узуфрукта, підстави виникнення та припинення, правові наслідки припинення узуфрукта у запропонованій нижче редакції.

Стаття 406-1 "Поняття узуфрукта"

1. Власник речі має право надати іншій особі – фізичній або юридичній особі (узуфруктуарію) – право володіння і користування такою річчю, отримання її плодів на тих самих умовах, що і власник, але з обов'язком збереження сутності речі (узуфрукт). Узуфруктуарій має право володіння річчю, але не вправі провести її відчуження.

2. Узуфрукт може встановлюватися одночасно або послідовно на користь однієї або кількох осіб фізичних осіб і юридичних осіб незалежно від цілей їхньої діяльності, які існують на момент відкриття узуфрукта.

3. Узуфрукт є безоплатним, якщо його оплатний характер прямо не визначено угодою сторін або законом.

4. На узуфрукт поширюються загальні положення ЦК України про речові права, якщо інше не випливає з положень цієї глави й сутності сервітуту.

До відносин за емфітевзисом застосовуються положення гл. 32-1 "Узуфрукт", якщо інше не встановлено положеннями ЦК України про емфітевзис і не випливає з його суті.

Стаття 406-2 "Об'єкт узуфрукта"

1. Узуфрукт може бути встановлено на будь-які види неспоживних речей, рухомих або нерухомих, які перебувають у цивільному обороті і здатні приносити плоди, продукцію і доходи.

2. Узуфрукт поширюється на всі приналежності речі, наданої в узуфрукт, а також на все, що приєднується до неї або включається до її складу.

Ст. 406-3 "Квазіузуфрукт"

1. У разі встановлення узуфрукта на споживні речі (квазіузуфрукт) останні переходять у власність узуфруктуарія з обов'язком після закінчення узуфрукта повернути первинному власнику речі того самого роду і якості або відшкодувати їхню вартість за ціною, яка визначається на день повернення.

2. Узуфруктуарій замість отриманих у власність споживаних речей зобов'язаний після закінчення узуфрукта повернути власнику рівну кількість отриманих ним речей того самого роду і якості, або відшкодувати особі, яка встановила узуфрукт, їхню вартість. З метою відшкодування вартості споживаних речей використовується ціна, яка за порівнюваних обставин зазвичай стягується за аналогічні речі на момент закінчення узуфрукта.

Стаття 406-4 "Узуфрукт підприємства, іншого майна"

1. На узуфрукт єдиного майнового комплексу підприємства, іншого майна поширюються загальні положення цієї глави Цивільного кодексу про узуфрукт. Якщо до складу майна входять споживні речі, на них поширюється квазіузуфрукт.

Стаття 406-5 "Установлення узуфрукта"

1. Узуфрукт може бути встановлений на підставі закону або правочину (договору або заповіту).

Стаття 406-6 "Строк узуфрукта"

1. Узуфрукт може встановлюватися на строк, не більший ніж до смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, на користь якої встановлено узуфрукт, якщо менший строк не встановлено законом або договором.

2. Строк узуфрукта, установленого на користь юридичної особи, не може перевищувати 30 років.

3. Строк узуфрукта може бути поставлено сторонами в залежність від досягнення третьою особою певного віку.

4. Будь-який договір, яким установлюється узуфрукт безстроковий і такий, що підлягає передачі у випадку смерті або ліквідації узуфруктуарія, є нікчемним.

Стаття 406-7 "Здійснення узуфрукта"

1. Об'єктом передачі і відчуження може бути як сам узуфрукт, так і право його здійснення.

2. Право здійснення узуфрукта є відокремленим від узуфрукта і може бути передане третім особам на підставі оплатних або безоплатних правочинів.

3. Узуфрукт може бути переданий іншій особі, зокрема і в порядку універсального правонаступництва або на підставі правочину.

4. Передавання або відчуження узуфрукта здійснюється без згоди власника обтяженого майна. Передавання або відчуження узуфрукта, об'єктом якого є земельна ділянка, призначена для ведення сільського господарства, або нерухоме майно підприємницького або іншого господарського призначення, здійснюється за згодою власника обтяженого майна. За відсутності відповідної згоди узуфруктуарій управі укласти такий договір на підставі судового рішення, якщо доведе в суді, що цим він не заподіє шкоди інтересам власника.

5. У випадку одночасного купівлі-продажу узуфрукта і права власності без права користування, ціна розподіляється між узуфруктом і цим правом пропорційно відповідній вартості кожного з цих, якщо лише сторони не погодяться включити узуфрукт у ціну. За взаємною домовленістю сторони договорів купівлі-продажу узуфрукта і права власності обтяженого ним майна вправі використати отриману від продажу узуфрукта і права власності суму на придбання нового майна і набути раніше припинені речові права на це майно шляхом заміни предмета узуфрукта. У випадку, коли узуфруктуарій і власник обтяженого узуфруктом майна відчужують своє право особі, яка набуває якостей узуфруктуарія і власника, обтяження права власності та узуфрукт припиняються.

Стаття 406-8 "Припинення узуфрукта"

1. Узуфрукт припиняється у разі: 1) смерті узуфруктуарія; 2) односторонньої відмови узуфруктуарія від свого права лише в тому випадку, якщо він має безоплатний характер; 3) загибелі обтяженого майна; 4) закінчення строку, на який він був встановлений; 5) поєднання в одній особі власника й узуфруктуарія (злиття в одній особі якостей узуфруктуарія і власника); 6) відчуження узуфрукта іншій особі; 7) невикористання узуфрукта протягом 30 років; 8) зловживання узуфруктуарієм своїм правом; 9) погіршення стану обтяженого майна, унаслідок чого воно стає непридатним для використання за призначенням; 10) соціальний узуфрукт, який встановлено на користь осіб, що проживають спільно з власником житлового приміщення і мають відповідно до сімейного законодавства право вимагати від цього власника сплати аліментів, діє на строк існування обов'язку власника нерухомої речі надати утримання таким особам. Відповідно, припинення відповідного обов'язку автоматично тягне за собою припинення соціального узуфрукта. Соціальний узуфрукт, який встановлено на користь осіб, що проживають спільно з власником житлового приміщення і перебувають на утриманні останнього, діє довічно, якщо інший строк не встановлено рішенням суду.

Стаття 406-9 "Правові наслідки припинення узуфрукта"

1. Після припинення узуфрукта узуфруктуарій зобов'язаний повернути власнику майно, яким він володіє в силу свого права узуфрукта, у тому стані, в якому воно перебуває.

2. У випадку загибелі або пошкодження майна з вини узуфруктуарія останній зобов'язаний відшкодувати власнику завдані у зв'язку із цим збитки.

3. У разі, якщо узуфрукт зареєстровано у публічному реєстрі, припинений узуфрукт має бути виключений і з нього.

ВИСНОВКИ

Незважаючи на те, що правова конструкція узуфрукта у країнах сучасного романського та германського права загалом побудована за зразком римського узуфрукта, правопорядки європейських країн містять окремі відмінності, що стосуються конститутивних ознак, видів і строків, установлення і припинення, а також можливості передачі або відчуження цього права іншим особам.

Узуфрукт, який є гнучким і загальновизнаним у праві країн Західної Європи речовим правом особистого володіння для користування і вважається самостійним речовим правом на чуже майно у країнах романської правової сім'ї або різновидом сервітуту у країнах німецької правової сім'ї, залишається невідомим більшості країн – республік колишнього Радянського Союзу.

Право України не передбачає інституту узуфрукта і регулює відносини тривалого користування чужою нерухомістю за допомогою низки обмежених речових прав (емфітевзис, суперфіцій, право господарського відання, право оперативного управління) і зобов'язальних правових конструкцій (зазвичай оренда й управління нерухомістю).

У праві України узуфрукт доцільно визнати самостійним, відмінним від сервітуту, речовим правом особистого володіння для користування, що виконує роль загальних положень про емфітевзис (право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб).

У зв'язку з цим до відносин за емфітевзисом мають застосовуватися положення глави 32-1 ЦК України про узуфрукт, якщо інше не встановлено положеннями ЦК про емфітевзис і не випливає із його суті.

За своєю цільовою спрямованістю правова конструкція узуфрукта може виконувати будь-які функції особистого володіння для користування чужим майном, що дає можливість використання цієї правової конструкції в будь-яких сферах користування майном, незалежно від того, чи метою є отримання доходу чи іншого соціально корисного результату (благодійництво тощо).

Передбачені правом України схожі з узуфруктом право постійного користування і право довічного успадковуваного володіння охоплюються поняттям узуфрукта і мають розглядатися як окремі його різновиди, що встановлюються виключно щодо земельних ділянок, які перебувають у державній і комунальній власності.

Від передбачених законодавством України прав господарського відання й оперативного управління доцільно відмовитися, оскільки вони мають публічно-правову природу і не відповідають поняттю речових прав. Замість цих квазіречових прав відповідні відносини мають переважно регулюватися загальновизнаним у романо-германському праві речовим правом – правом узуфрукта.

Відсутність узуфрукта в національному праві перешкоджає трансформації правових титулів на майно державної та комунальної власності шляхом відмови від права господарсьокго відання та права оперативного управління в умовах рекодифікації цивільного законодавства, не сприяє усталеному розвитку ринку нерухомості в умовах скасування в Україні мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення, формування повноцінного ринку землі та перебування в оренді більшості земель сільськогосподарського користування, які використовуються для ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

В умовах рекодифікації та скасування Господарського кодексу, узуфрукт є найбільш прийнятною заміною права господарського відання та права оперативного управління. Поряд із довгостроковою орендою та управлінням майном, узуфрукт функціонально схожий із правом господарського відання та правом оперативного управління. На відміну від управління майном та оренди, узуфрукт передбачає оплатне або безоплатне користування майном у власному інтересі користувача (узуфруктуарія), імперативно визначений законом зміст прав учасників і перелік підстав їхнього припинення за правилами про речові права.

Список використаних джерел:

1. Майданик Р., Майданик Н., Попова Н. Переосмислення загальної частини речового права в умовах європеїзації та кодифікації // Підприємництво, господарство і право. 2021. № 6. С. 39–54.
2. Анатолій Довгерт. "Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту" // Право України. 2019. № 1. С. 27-41.
3. Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов. М.: ИНФРА-М; НОРМА, 1996. 704 с.
4. Майданик Р. А. Узуфрукт: європейське та українське право // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.). – Харків : Право, 2019. – 396 с. С. 20–32.
5. Смітюх А. В. Щодо узуфрукту корпоративних паїв (часток, акцій) // ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО № 3 / 2020. – С. 74–79. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2020/3_2020/13.pdf
6. Павленко О. О., Красицька Л. В. Узуфрукт як обмежене речове право // Вісник студентського наукового товариства ДонНУ імені Василя Стуса. Том 1 № 5 (2013). С. 82–87. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/view/1213
7. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім "АртЕк", 2020. 128 с.
8. Новицкий И. Б. Римское право: Учебник для вузов. М.: ИКД "ЗЕРЦАЛО-М", 2007. 256 с.
9. Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению : пер. с нем. / сост. В. Бергман. М. : Инфотропик Медиа, 2015. 888 с. (Серия "Германские и европейские законы").
10. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) – Code civil des Français (Code Napoléon) / пер. с фр. В.Н. Захватаева. М. : Инфотропик Медиа, 2012. 624 с.
11. Гражданский кодекс Молдовы. Закон Республики Молдова, в редакции Закона Республики Молдова №133 от 15.11.2018 г. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.legis.md/cautare/rezultate/112573
12. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11 // СПС "КонсультантПлюс. Пресса и книги".
13. Мацакян Г. С. Право личного пользовладения: проблемы теории и практики: дисс. …канд. юрид. наук. – М., 2018. 225 с.
14. Громов С. А. Узуфрукт: юридическая конструкция и вещное право // Вещные права: постановка проблемы и ее решение. Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2011. С. 188–231.
15. Суханов Е. А. Гражданское право России – частное право. М. : Статут, 2008. 588 с.
16. Проект Федерального закона № 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (принятая ГД ФС РФ в первом чтении 27.04.2012) // СПС "КонсультантПлюс".
17. Мацакян Г. С. Особенности правовой конструкции узуфрукта в российском, германском и французском гражданском праве // Юридическая наука. 2016. № 2. С. 58–65.
18. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11 // СПС "КонсультантПлюс. Пресса и книги".
19. Проект Федерального закона № 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (принятая ГД ФС РФ в первом чтении 27.04.2012) // СПС "КонсультантПлюс".
20. Германское гражданское уложения 1896 г. (Bürgerlichen Gasetzbuch 1896) // Германское право. Ч. I. Гражданское уложение. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 551 с.
21. Гражданский Кодекс Нидерландов. Книги 2, 3, 5, 6 и 7 / перевод М. Ферштман; отв. ред. Ф. Й. М. Фельдбрюгге. 2-е изд. – Лейден : Институт восточно-европейского права и россиеведения; Лейденский университет, юридический факультет, 2000. – 372 с.
22. Французский гражданский кодекс. СПб.: Юридический центр "Пресс", 2004. 1101 с.
23. *Швейцарское гражданское уложение. Часть четвертая. Вещное* право // *Журнал министерства юстиции.–1908.–¹8.*–С. 201–236.
24. Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М. : Статут, 2004. 538 с.
25. Антонов Б. А. Формирование института узуфрукта в германском праве : дис. …канд. юрид. наук. М., 2006. 246 с.
26. Гребенников А. Д. Право личного пользовладения в свете положений, устанавливаемых проектом изменений Гражданского кодекса Российской Федерации // Нотариус. 2012. № 5. С. 41–45.
27. Мірошниченко А. М. Земельне право України: Навчальний посібник. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2007. – 432 с.
28. Шляхи підвищення ефективності управління земельними ресурсами міст України. – К.: ІРЦ "Реформування земельних відносин в Україні", 2000. – 336 с.
29. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. у справі за конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X "Перехідні положення" Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками), справа № 1-17/2005 // Електронний ресурс. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v005p710-05
30. Мірошниченко А. М. Щодо застосування норм права, які регулюють відносини щодо права довічного успадковуваного володіння земельною ділянкою // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/naukoviy_visnovok_shchodo_zastosuvannya_norm_prava_yaki_regulyuyut_vidnosini_shchodo_prava_dovichnogo_uspadkovuvanogo_volodinnya_zemelnoyu_dilyankoyu/
31. Суханов Е. А. Гражданское право России – частное право. М.: Статут, 2008. 588 с.
32. Майданик Р. А. Переосмислення речового права в сучасних умовах // Речове право: пріоритети та перспективи. Матеріали Київських правових читань. Київ, 22 березня 2019 року / Р. А. Майданик, Я. М. Романюк та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К.: Алерта, 2019. 266 с. С. 8–32.

Received: 22/09/2021
Accepted: 12/10/2021

R. Maydanyk, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
N. Maydanyk, PhD (Law), Associate Prof., Prof.
Vadym Hetman National Economic University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
N. Popova, PhD (Law), Doctoral Student
F. G. Burchak Scientific and Research Institute of Private law and Enterpreneurship
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Kyiv, Ukraine

EUROPEANIZATION AND RECODIFICATION: USUFRUCT

The article examines the features of usufruct in the European countries of Romano-Germanic law, determines the terms for the implementation in the Law of Ukraine of the best practice of usufruct in terms of Europeanization and Recodification.

The peculiarities of usufruct in some countries of Romano-Germanic law, particularly in Germany, France, Poland, the Netherlands, Switzerland, Georgia, Moldova and Russia are studied.

Usufruct, which is a flexible and universally recognized in the legal systems of Western Europe property right of personal possession for use, which is treated as an independent property right to another's property in the countries of Roman legal family or a kind of easement in the countries of German legal family, remains unknown to most countries – republics of the former Soviet Union.

The law of Ukraine also does not provide for the institution of usufruct and regulates the relationship of long-term use of someone else's real estate through a number of limited property rights (emphyteusis, superficies, the right to economic management, the right to operational management) and obligational legal structures (usually land lease and property management).

The authors came to the conclusion that it is necessary to introduce the institute of usufruct into the Ukrainian law by supplementing the Civil Code of Ukraine with a new chapter "Uzufruct", the framework provisions of which are proposed in this paper.

In the law of Ukraine it is expedient to recognize usufruct as an independent, different from easement, real right of personal possession for use, which serves as a general provision on emphyteusis (the right to use someone else's land for agricultural purposes). In this regard, the provisions of Chapter 32 of the Civil Code of Ukraine on usufruct should be applied to relations under emphyteusis, unless otherwise provided by the provisions of the Central Committee on emphyteusis and does not follow from its essence.

According to its purpose, the legal structure of the usufruct can perform any functions of personal possession for the use of another's property, which allows the use of this legal structure in any area of property use, regardless of whether the purpose is income or other socially useful result (charity, etc.).

The absence of usufruct in the national law hinders the effective transformation of legal titles on a state and municipal property by waiving the right of economic management and the right of operative management in terms of recodification of the civil legislation, and does not promote formation of the full-fledged land market and its steady development in the terms of cancellation of the moratorium on sale of the agricultural lands, conducting commodity of agricultural production in Ukraine. Regarding the recodification and cancellation of the Commercial Code, usufruct is the most acceptable replacement of the right of economic management and the right of operative management. Along with long-term lease and property management, the usufruct is functionally similar to the right to economic management and the right to operational management. Unlike property management and lease, usufruct provides for paid or gratuitous use of property in the user's own interest (usufructuary), imperatively defined by law, the content of the rights of participants and a list of grounds for their termination under the rules of property rights.

Keywords: europeanization; recodification; usufruct; quasi-usufruct; superficies; emphyteusis.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 50-53
УДК 340.1; 342.55
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-9

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Н. А. Мяловицька, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0003-2861-9879
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

Н. Е. Златіна, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-7674-9793
Київський національний лінгвістичний університет, Київ, Україна

РОЛЬ І ЗНАЧЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ПРАВА

Досліджено поняття джерел права та їхні основні види. Під джерелом права розуміють спосіб зовнішнього впливу правових норм, який засвідчує їхню загальнообов'язковість. Визначено поняття та місце судового прецеденту в системі джерел права. Зазначено, що під судовим прецедентом необхідно розуміти рішення суду, що винесене по конкретній справі і вступило у законну силу, та яке є основою для вирішення аналогічних справ іншими органами. У межах інтеграційного процесу в Європі сформувалися два важливі судові органи – Європейський Суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) та Суд ЄС. Кожна із цих судових інстанцій відіграє в межах своєї компетенції важливу роль у нормотворчому процесі. Функція ЄСПЛ полягає не тільки у розгляді конкретних скарг. У його рішеннях також дано всебічне тлумачення основних положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У результаті вони набувають особливого значення, що носить прецедентний характер. Тому застосування практики ЄСПЛ розглядається як джерело права. Також зазначено, що у розвитку нормотворчого процесу в межах Європейського Союзу також займають і суди ЄС. Вони тлумачать основні положення установчих договорів та інших нормативно-правових актів і формулюють автономні поняття і концепції, які доповнюють та уточнюють положення нормативно-правових актів і вводять в дію нові принципово важливі для розвитку інтеграційного права положення. Визнання судового прецеденту джерелом права означає, що судові органи здійснюють не тільки юрисдикційну функцію (вирішення конфліктів на основі права), але й правотворчу. Ця функція підвищує роль і значення судової влади у механізмі стримувань і противаг зловживанню державною владою.

***Ключові слова**: джерело права, судовий прецедент, конституція, конвенція, Європейський Союз.*

ВСТУП

Проблема фактичної та ефективної дії права в державі і суспільстві завжди була предметом уваги науковців. Це викликало формування різних підходів до розуміння поняття "джерело права". Дискусія щодо змісту цього поняття триває і нині. Автори, які надають перевагу позитивістському підходу, під джерелами права розуміють спосіб зовнішнього вираження змісту правових норм, за допомогою якого вони набувають загальнообов'язкового значення. Зокрема, у більшості англомовних країн, акцент під час визначення джерел права базується на юридичній обов'язковості [1, с. 38]. У цьо-

© Мяловицька Н. А., Златіна Н. Е., 2021

му контексті джерела права ототожнюються з нормативними приписами, що приймаються або санкціонуються державою. Для представників природно-правової доктрини джерелами права є природні, невідчужувані права людини, а прихильники соціологічної юриспруденції джерелом права визнають типізовані взаємовідносини між суспільними союзами, які передують появі правової норми [2, с. 152]. Узагальнюючи різні погляди щодо визначення поняття "джерела права", найбільш конструктивною і аргументованою є позиція вчених-правознавців, що розуміють під цим поняттям – спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їхню загальнообов'язковість [3, с. 17]. До основних видів джерел права відносять нормативно-правові акти, судові прецеденти, правові звичаї, нормативні договори та ін. Одним із нагальних питань судової реформи є аналіз віднесених до писаних актів судових рішень прецедентного значення – судових прецедентів у системі джерел права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у наукове розроблення поняття та класифікації джерел права зробили такі українські і зарубіжні вчені, як П. Ентін, М. Кельман, М. Козюбра, Б. Малишев, М. Марченко, О. Мурашин, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, П. Рабінович, Ю.Тихомиров, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та ін. Однак сучасні реалії суспільного розвитку, зокрема і поступової євроінтеграції України, потребують нових підходів до їхнього аналізу й узагальнень.

Метою статті є аналіз судових прецедентів, їхня роль і значення в системі джерел права. Для виконання поставленої мети були розв'язані такі завдання:

- здійснити аналіз підходів до визначення поняття джерел права;
- визначити поняття і значення судового прецеденту в системі джерел права;
- проаналізувати роль і значення ЄСПЛ і Суду ЄС у нормотворчому процесі.

Об'єкт дослідження – судовий прецедент як джерело права. Методологія дослідження – теоретичне обґрунтування методів і способів пізнання сучасних правових реалій із використанням загальнонаукових і спеціальних методів у їхній єдності та взаємному доповненні. Серед них найдоцільнішим є використання діалектичного, системно-структурного, історичного, порівняльно-правового методів дослідження та ін.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

У науковій літературі є різні погляди щодо визначення поняття "судовий прецедент". Деякі вчені визначають судовий прецедент як юридично обов'язкове правило, яке міститься в рішеннях у конкретних справах судів загальної юрисдикції вищої інстанції або інстанцій [1, с. 52]. Інші автори вважають, що судовий прецедент – це рішення суду по конкретній справі, обов'язкове для інших судів тієї самої або іншої інстанції при розгляді аналогічних справ [4, с. 60]. Узагальнюючи різні точки зору науковців щодо цього поняття можна дати визначення: судовий прецедент – це рішення суду, що винесене по конкретній справі і вступило у законну силу, та яке є основою для вирішення аналогічних справ іншими органами.

Особливо широко судовий прецедент застосовується у Великій Британії, США, Індії та інших країнах, які належать до англосаксонської системи права. Так, наприклад, судові прецеденти як складова частина Британської конституції є сукупністю судових рішень із конституційних питань, які надалі є обов'язковими під час розгляду аналогічних справ. Водночас прецедентне право формується лише рішеннями вищих судових інстанцій – Палати лордів і Верховного суду, який складається з трьох судових установ – Апеляційного суду, Високого суду та Суду Корони. Нині сфера дії прецедентного права досить обмежена. Як правило, це право регулює питання, що стосуються привілеїв Корони. Утім на сьогодні дедалі більше судових рішень отримують статутне оформлення. Так, скажімо, до 2000 року прецедентне право регулювало значну частину інституту прав людини. Однак 1998 року Королевою промульговано Акт про права людини (що набрав чинності 2000 року), який імплементував Європейську конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод до національного права та гарантував судовий захист прав і свобод, установлених зазначеною конвенцією [5, с. 340–341].

Зазначимо, що судовий прецедент займає досить важливе місце в системі джерел американського права. Це пояснюється рядом факторів. По-перше, Верховний суд США, який наділений здійснювати конституційний нагляд, є одним з інтерпретаторів тексту Конституції США. По-друге, у Конституції містяться положення загального та невизначеного характеру, які потребують конкретизації і здійснення у формі судового тлумачення їхніх положень у зв'язку з виникненням конкретних казусів. По-третє, оскільки Конституція була прийнята 1787 року, тому законодавець не може повною мірою регулювати відносини сучасного суспільства. У зв'язку із чим, у збірниках рішень Верховного суду США містяться тлумачення та визначення будь-яких аспектів діяльності федеральної законодавчої влади. У США здійснюється порядок вільної дії правила прецеденту. Верховний суд США та верховні суди штатів не вважають себе повністю зв'язаними минулими рішеннями. Обмеженням концепції прецеденту слугує те, що наступна справа повинна бути такою, як попередня або схожа з нею. Якщо був утворений прецедент, суд, виносячи аналогічне рішення, може вказати на різницю у цих справах.

Визнання прецеденту джерелом права надає можливість суду використовувати законотворчі функції не тільки у випадку відсутності відповідного закону, але і за його наявності. Наприклад, відмова Верховного суду США від використання антитрестового законодавства до великих монополій. У цьому контексті можна також розглянути судовий прецедент, який утворюється в рішеннях Верховного суду Індії і обов'язковий для нижчих судів у кожному штаті. Однак рішення Високого суду одного штату не обов'язкове для рішень Високого суду іншого штату Якщо Верховний суд не зв'язаний власними рішеннями, то Високий суд кожного штату зобов'язаний їх враховувати. Про надання правилу прецеденту офіційного характеру свідчить той факт, що рішення судів публікуються у спеціальних збірниках з 1845 р.

У правових системах континентального типу існує досить велика кількість норм прецедентного права, які виникли внаслідок судового тлумачення нормативно-правових актів і вирішення питань, що відсутні в чинному законодавстві. Зокрема, у законодавстві ФРН передбачено ряд норм права, які свідчать про наявність своєрідного прецедентного права: 1) обов'язковість рішень Федерального Конституційного суду для всіх органів і судів, законодавчої та виконавчої влади мають силу закону. Судові рішення у випадку перегляду справ або при інтерпретації чи верифікації правових норм мають властивості норм права; 2) обов'язковість рішень Федерального Верховного суду: а) для кримінальної та цивільної палат і нижчих судів із питань, які стали предметом спору цих палат, після того, як Великий Сенат санкціонує запропоновані Федеральним судом зміни у загальних принципах права; б) для апеляційних судів у випадку відмінності їхніх рішень від попередніх рішень інших апеляційних судів.

У Португалії рішення Пленуму Верховного суду визначаються як прецедент. В Іспанії визнається правотворча роль судової практики. Відповідно до сформульованої доктрини "legal" оскарженню до Верховного суду підлягають рішення нижчих судів, що прийняті з порушенням рішень Верховного суду. У деяких країнах роль судового прецеденту як додаткового юридичного джерела права підтверджується постійним виданням

судових збірників і довідників. Так, в Іспанії, Італії, Франції, ФРН, Швейцарії публікуються судові рішення, які мають найбільше значення для судової практики.

Узагалі, в Європі рецепція прецедентного права визначається безпосередньо на основі Конституції незалежно від відповідного конкретного законодавства європейських країн про права людини. У процесі обґрунтування своїх рішень судді у захисті прав людини керуються як конституційними нормами, так і принципами справедливості, розумності, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності тощо, а також застосовують у своїх рішеннях прецеденти ЄСПЛ.

Необхідно зазначити, що в межах інтеграційного процесу в Європі сформувалися два важливі судові органи – ЄСПЛ та Суд ЄС. Кожна із цих судових інстанцій відіграє в межах своєї компетенції важливу роль у нормотворчому процесі.

ЄСПЛ утворено на основі Європейської Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Його головне призначення – забезпечити додержання всіма державами – учасниками Конвенції – прийнятих ними на себе зобов'язань. На практиці важлива функція ЄСПЛ складається не тільки у розгляді конкретних скарг. У його рішеннях також дається всебічне тлумачення основних положень Конвенції. У результаті судові рішення, які мають особливе значення, набувають прецедентного характеру. Формально воно обов'язкове лише для сторін, які сперечаються, і таке рішення стає насправді самостійним джерелом права [6, с. 113]. Ратифікувавши 1997 року Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року перший і ряд інших протоколів до неї, Україна визнала щодо себе юрисдикцію ЄСПЛ.

До того ж законодавець урегулював порядок застосування практики ЄСПЛ у Законі України від 23 лютого 2006 року "Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини", зазначивши, що суди застосовують у розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [7]. Беручи до уваги, що рішення ЄСПЛ впливають на розвиток української правової системи, слід врахувати і наявність дефінітивних положень у його рішеннях. Відповідно, те, що тлумачення дефінітивних норм, здійснене Європейським Судом, Україна не може ігнорувати [8, с. 114]. І як зазначає український учений-правознавець В. Федоренко, деякі рішення ЄСПЛ усебічно враховуються у вітчизняній правотворчій, правозастосовній і судовій практиці. Наприклад, рішення ЄСПЛ від 3 квітня 2008 року у справі "Корецький та інші проти України" сприяло приведенню чинного конституційного законодавства у відповідність до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року і прийняття Закону України "Про громадські об'єднання" від 22 березня 2012 року [9, с. 79-80]. Таким чином, ЄСПЛ надає тлумачення загальному стандарту захисту прав людини, що закріплений у Європейській конвенції, долаючи національну обмеженість. Він будує наднаціональний понятійний апарат і під впливом сформованого ним прецедентного права виникає ситуація, за якої загальний стандарт захисту прав людини діє повсюдно й однаково, незалежно від національних кордонів.

Важливу роль у розвитку нормотворчого процесу у межах ЄС відіграють суди ЄС. Суд ЄС складається з Європейського Суду, Суду першої інстанції та спеціалізованих судів. Вони забезпечують однозначне тлумачення та застосування права ЄС. Також у нормотворчій діяльності важливу роль відіграє Суд ЄС, який виконує функцію верховного, конституційного та касаційного суду ЄС. Суд ЄС тлумачить основні положення установчих договорів та інших нормативно-правових актів і формулює автономні поняття і концепції, які доповнюють та уточнюють положення нормативно-правових актів та вводять у дію нові принципово важливі для розвитку інтеграційного права положення. Такими є, наприклад, концепція прямої дії, верховенства і інтегрованості права ЄС; концепція паралельного зовнішньополітичного супроводу, визначення поняття та захисту загальних принципів права ЄС та ін. Відмітимо, що положення, які розроблені і введені у практику Судом, отримують закріплення в нормативно-правових актах. У межах преюдиціальної (непрямої) юрисдикції Суд ЄС також має повноваження з розгляду справ за запитами судових органів держав-членів, що подаються з метою отримати тлумачення норм установчих договорів і правових актів інститутів ЄС [6, с. 216].

Запити національних судових органів направляють Суду ЄС до винесення остаточного рішення по справі. Завдання Суду ЄС – надати тлумачення правової норми цього міждержавного об'єднання конфедеративного типу або розв'язати правову колізію, яка виникла у процесі застосування права ЄС. Рішення Суду ЄС є обов'язковим не тільки для національного суду, який направив такий запит, а також є прецедентом для всіх інших судів держав-членів, що вирішують аналогічні проблеми.

ВИСНОВКИ

Аналіз різних підходів до розуміння поняття "джерела права" показав, що не існує єдиного визначення цього поняття. Узагальнюючи різні погляди щодо визначення поняття "джерела права", найбільш конструктивною і аргументованою є позиція вчених-правознавців, що розуміють під цим поняттям – спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їхню загальнообов'язковість До основних видів джерел права належать нормативно-правові акти, судові прецеденти, правові звичаї, нормативні договори та ін. Як зазначалося, до системи джерел права відноситься й судовий прецедент, під яким розуміється рішення суду, що винесене по конкретній справі і вступило у законну силу, та яке є основою для вирішення аналогічних справ іншими органами. У межах інтеграційного процесу в Європі сформувалися два важливі судові органі ЄСПЛ і Суд ЄС. Кожна із цих судових інстанцій відіграє в межах своєї компетенції важливу роль у нормотворчому процесі. Визнання судового прецеденту джерелом права означає, що судові органи здійснюють не тільки юрисдикційну функцію (вирішення конфліктів на основі права), але й правотворчу. Ця функція підвищує роль і значення судової влади у механізмі стримувань і противаг зловживанню державною владою.

Список використаних джерел:

1. Шаповал В.М. Феномен конституційного права: монографія / Володимир Шаповал. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. – 423 с.
2. Загальна теорія права: підруч. За заг. Ред. М. І. Козюбри. – К. : Ваіте, 2016. – 392с.
3. Юридична енциклопедія : в 6 т. – К. : "Укр. енцикл.", 1999. – Т. 2. – 744 с.
4. Конституційне право зарубіжних країн. Том 1:.Загальна частина /під.ред. д.ю.н., проф.Н.В. Мішиної та доц. В.О. Міхальова. Дніпропетровськ: Середняк Т.К., 2014. – 340 с.
5. Конституційне право зарубіжних країн: навчальний. посіб. / За заг. ред. В. О. Ріяки. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с.
6. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: Учебник для вузов / Рук. авт.колл. и отв.ред. д.ю.н., проф. Л.М.Энтин. М.:Норма, 2005. – 960 с.
7. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №30. – Ст. 260.
8. Орлюк О.П. Фінансове право. Академічний курс: підруч. / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер. 2010. – 808 с.
9. Федоренко В.Л. Конституційне право України: підручник / В.Л. Федоренко. – К..: Вид-во Ліра – К., 2016. – 616 с.

References:

1. Shapoval, V. M. (2017) Fenomen konstytutsiinoho prava [The phenomenon of constitutional law]. K: Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy (in Ukrainian).
2. Koziubra, M. I. (2016) Zahalna teoriia prava [General theory of law]. K: Vaite (in Ukrainian).

3. Iurydychna entsyklopediia (1999) [Legal encyclopedia]: v 6 t. K : Ukr. Entsykl.– T. 2.(in Ukrainian).
4. Mishyna, N. V., & Mikhalov, V. O. (2014) Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain [Constitutional law of foreign countries]. Dnipropetrovsk: Seredniak T. K. (in Ukrainian).
5. Riiaka, V. O. (2006) Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain [Constitutional law of foreign countries]. K: Iurinkom Inter. (in Ukrainian).
6. Entin, L. M. (2005) Evropeiskoe pravo. Pravo Evropeiskoho Soiuza y pravovoe obespechenye zashchytы prav cheloveka [European law. European Union law and legal protection of human rights]. Moskva: Norma (in Russian).
7. Pro vikonannya rishen ta zastosuvannya praktiki Evropeyskogo sudu z prav lyudini, Zakon Ukrai'ny [On the implementation of decisions and application of the case law of the European Court of Human Rights, Law of Ukraine] № 3477-IV-VR (2006) Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrai'ny [Information of the Verkhovna Rada of Ukraine], (30), 260 (in Ukrainian).
8. Orliuk, O. P. (2010) Finansove pravo [Finance law]. K: Yurinkom Inter (in Ukrainian).
9. Fedorenko, V. L. (2016) Konstytutsiine pravo Ukrainy [Constitutional law of Ukraine]. K: Lira (in Ukrainian).

Received: 07/08/2021
1st Revision: 29/08/2021
Accepted: 18/09/2021

N. Mialovytska, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
N. Zlatina, PhD (Law), Associate Prof.
Kyiv National Linguistic University, Kyiv, Ukraine

THE ROLE AND SIGNIFICANCE OF JUDICIAL PRECEDENT IN THE SYSTEM OF SOURCES OF LAW

The article explores the concepts of sources of law and their main types. The source of law means the way of external influence of legal norms, which certifies their binding nature. The concepts and place of judicial precedent in the system of sources of law are defined. It is noted that judicial precedent should be understood as a court decision rendered in a particular case and entered into force, and which is the basis for resolving similar cases by other bodies. As part of the integration process in Europe, two important judicial bodies have been formed – the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECtHR) and the Court of Justice. Each of these courts plays an important role in the rule-making process within its competence. The ECtHR's function is not limited to dealing with specific complaints. Its decisions also provide a comprehensive interpretation of the main provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. As a result, they acquire a special significance that is precedent-setting. Therefore, the application of the case law of the ECtHR is considered as a source of law. It is also noted that EU courts play a role in the development of the rule-making process within the EU. They interpret the main provisions of the founding treaties and other regulations and formulate autonomous concepts and concepts that complement and clarify the provisions of regulations and implement new fundamentally important for the development of integration law provisions. Recognition of judicial precedent as a source of law means that judicial bodies perform not only a jurisdictional function (resolving conflicts on the basis of law), but also law-making. This function increases the role and importance of the judiciary in the mechanism of checks and balances of abuse of state power.

Keywords: source of law, judicial precedent, constitution, convention, European Union.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 53-59
УДК 342.7
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-10

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

В. Р. Некрутенко, асп.
ORCID ID: 0000-0002-1333-5032
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ РИЗИКІВ, СПРИЧИНЕНИХ ОБРОБЛЕННЯМ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНОЛОГІЙ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ

Метою дослідження є систематизація ризиків, які можуть бути викликані обробленням персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту, за критерієм стадій оброблення персональних даних і норм законодавства, які можуть бути порушені внаслідок настання ризику.

На основі систематизації ризиків за мету було також поставлено проаналізувати засоби запобігання та мінімізації ризиків, викликаних використанням технологій штучного інтелекту.

Для досягнення мети цієї роботи використано загальнонаукові структурно-функціональний, системний, порівняльно-правовий методи, а також метод аналізу.

Серед спеціальнонаукових методів можна виокремити методи системного та динамічного тлумачення норм законодавства у сфері захисту персональних даних.

У ході дослідження отримано такі результати:

- ***надано, проаналізовано за нормами законодавства України та систематизовано правові ризики, викликані обробленням персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту;***
- ***установлено фактори й інтереси, з якими необхідно балансувати мінімізацію правових ризиків;***
- ***запропоновано складові комплексної регуляторної системи, спрямованої на мінімізацію ризиків і забезпечення балансу між інтересами фізичних осіб та організаціями, які здійснюють збір та оброблення персональних даних.***

Отримані результати дозволили дійти таких висновків:

1. Використання алгоритмів штучного інтелекту у разі взаємодії з людиною дає беззаперечні переваги та соціальну вигоду.

2. Нерегульоване використання технології спричиняє значні ризики порушення права людини на повагу до приватного життя та право на захист персональних даних. Основними аспектами таких ризиків є незаконне використання зібраних персональних даних для машинного навчання, непрозорість і втрата контролю над логікою прийняття рішень і використанням алгоритмів, а також ризики порушення безпеки персональних даних.

3. Для мінімізації ризиків і забезпечення балансу між приватним і публічним інтересом необхідно знайти комплексний підхід, який передбачає залучення всіх зацікавлених сторін. Наявність комплексного підходу передбачає використання обов'язкових правил поведінки та норм так званого м'якого права.

Ключові слова: захист персональних даних; персональні дані; штучний інтелект; інноваційні технології; приватність; машинне навчання; дискримінація.

ВСТУП

За даними дослідницького центру "Gartner" [1], станом на 2019 р. приблизно 37 % організацій по всьому світу використовують технологію штучного інтелекту для виконання певних завдань, що є втричі більшим показником порівняно з 2015 р. Технології машинного навчання та штучного інтелекту починають застосовувати у практично будь-якій сфері життя: починаючи від

© Некрутенко В. Р., 2021

автоматичної генерації та редагування текстів до допомоги суддям у винесенні рішень і до вирішення питань щодо схвалення або відмови у розгляді кредитних заявок у фінансових установах.

Штучний інтелект допомагає автоматизувати й оптимізувати процеси, мінімізуючи людський фактор і надаючи вигоду його користувачам. У той же час, зі збільшенням ролі алгоритмів у прийнятті рішень, які раніше покладалися на людину, зокрема і рішень, які мають юридичні наслідки, ціна помилки та міра відповідальності за надійну та правомірну роботу алгоритмів стає все вищою.

Ця стаття дає огляд викликів і ризиків, пов'язаних з обробленням персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у зв'язку з використанням технологій штучного інтелекту для оброблення персональних даних. **Предметом дослідження** є правове регулювання захисту персональних даних в умовах використання технологій штучного інтелекту.

Мета статті – актуалізувати проблемні питання використання штучного інтелекту для оброблення персональних даних і надати огляд шляхів їхнього можливого вирішення.

Теоретичною основою цієї статті є роботи таких науковців, як О. А. Заярний, Сандра Вахтер, Брент Міттельштадт, Майкл Вель, Мішель Фінк та ін. Окрім цього, вплив технологій штучного інтелекту проаналізовано у розрізі законодавства України та міжнародних стандартів із захисту персональних даних, стратегії Європейського Союзу щодо штучного інтелекту, а також роз'яснень європейських наглядових органів із захисту персональних даних.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ

І. Ризики використання технологій штучного інтелекту. Оскільки важливою складовою цього дослідження є технологія штучного інтелекту, варто розпочати з визначення цій технології. Для цілей статті термін "штучний інтелект" застосовується у найбільш широкому значенні. А саме, для визначення штучного інтелекту взято визначення, надане в Енциклопедії Британіка [2]: здатність цифрового комп'ютера або керованого комп'ютером робота виконувати завдання, які зазвичай виконуються розумними істотами.

Особливий інтерес для вказаного дослідження складають алгоритми штучного інтелекту на основі машинного навчання, що означає створення алгоритмів шляхом пошуку закономірностей серед широкого обсягу даних на певну тему. Такі алгоритми, зазвичай, успадковують логіку поведінки та прийняття рішень людей, які є суб'єктами прийняття рішень у наборах тренувальних даних для машинного навчання.

Актуальність використання технологій штучного інтелекту для оброблення персональних даних спостерігається у приватному і публічному секторах. Унікальність цього явища полягає у тому, що штучний інтелект, за умови наявності необхідних технічних можливостей, може у перспективі застосовуватися у будь-якій сфері діяльності людини. Такі технології, як машинне навчання, дають можливість адаптувати логіку прийняття рішень алгоритму на основі попередніх рішень, виконаних людиною у тій чи іншій площині. Більше того, використання алгоритмів дозволяє мінімізувати вірогідність помилки, яка є високою у разі залучення у процес людини.

Для приватного сектора головним інтересом у використанні штучного інтелекту є збільшення економічної вигоди шляхом створення та подальшого використання наборів великих даних, що дозволять робити точніші й ефективніші економічні прогнози. Це, як приклад, дозволяє надавати більш якісні послуги, рекламувати та продавати товари або послуги ефективніше.

Використання технологій штучного інтелекту в публічному секторі допомагає забезпечити публічний порядок і підвищити якість публічних послуг. Окрім цього, це дозволяє мінімізувати людський фактор, який може призвести до дискримінації людини або корупційних правопорушень.

Ефективна робота алгоритмів, особливо тих, створення яких засновується на технологіях машинного навчання, передбачає постійне збільшення об'єму інформації про людину. Неконтрольоване прагнення збільшити обсяг даних, що збирають, спокушає до практик, за яких за життям людини встановлюється постійне спостереження.

Сучасна система взаємодії людини з мережею інтернет дозволяє збирати дані відвідувань вебсайтів користувачем, а технології так званого інтернету речей (IoT) дають можливість аналізувати інформацію про людину у місцях, які раніше залишалася поза зоною доступу до мережі інтернет. Наприклад, дані користування побутовими пристроями, як дані користування холодильником, кавовою машиною, або навіть дзеркалом.

Подібну практику можна спостерігати і в публічному секторі. Системи, які сьогодні забезпечують порядок і запобігають вчиненню правопорушень у публічних місцях, передбачають розміщення великої кількості засобів спостереження, зокрема і через камери відеоспостереження або відслідковування місцеперебування особи.

Усе більшої популярності набувають технології автоматизованого передбачення вчинення правопорушень людиною та розпізнавання через камеру відеоспостереження обличчя підозрюваного, який перебуває у публічному місці.

Збирання й оброблення персональних даних для створення, роботи або оптимізації алгоритмів штучного інтелекту, з одного боку, та подальше використання таких алгоритмів для прийняття рішення щодо людини, з іншого боку, спричиняє ризики. Відсутність контролю за алгоритмами може призвести до порушення прав, свобод та інтересів людини і, як наслідок, вимог відповідного законодавства України.

Для цілей цієї статті, під терміном "ризик" розуміють гіпотетичний сценарій настання події, що призведе до порушення права людини на приватність та/або на захист персональних даних. Ризики, у свою чергу, спричиняються певними внутрішніми або зовнішніми факторами (загрозами), які дозволять небажаній події статися.

Особливо ризиковим для людини вбачається використання автоматизованого прийняття рішень, яке має юридичні або подібні наслідки для людини. Як зазначено у керівних принципах Європейського наглядового органу WP29 відносно профілювання від 2017 р., до цієї сфери належать як юридично значимі рішення – винесення судового рішення, передбачення вірогідності вчинення людиною проступку тощо – так і рішення, які мають значний соціальний або економічний ефект [3, с. 21].

Прикладами останнього можуть слугувати автоматизоване прийняття рішень щодо працевлаштування кандидата на посаду, видачі кредиту або навіть персоналізована реклама товарів і послуг, яка впливає на визначення ціни запропонованих товарів або послуг.

За характером операцій з оброблення персональних даних можна виокремити два види ризиків:

1. *Ризики, пов'язані з використанням персональних даних для розроблення (тренування) алгоритмів штучного інтелекту.* Цей вид ризиків найчастіше характеризується вторинним характером оброблення персональних даних. Організація спочатку зібрала персональні дані для задоволення таких цілей, як надання

послуг або проведення аналізу поведінки певної групи людей, після чого використовує зібрану інформацію для процесу генерування комп'ютерних алгоритмів через пошук закономірностей і спільних ознак у наборі даних (технологія так званого машинного навчання). Для цього етапу характерні такі ризики:

- **непоінформованість людини** про намір використання її персональних даних для машинного навчання. Позбавлення людини інформації про використання її даних призводить до неможливості здійснювати контроль над обробленням;
- **позбавлення вибору (згоди)** людини щодо того, чи можна використовувати її персональні дані для машинного навчання. Як наслідок, людина втрачає можливість вибору та контролю над власними персональними даними;
- **ризик порушення захисту даних** та їхнього подальшого витоку у зв'язку з незабезпеченням безпеки процесу машинного навчання [4, с. 5]. У цьому розрізі на особливу увагу заслуговує невжиття додаткових організаційно-технічних заходів, як попереднє знеособлення даних, що може призвести до порушення конфіденційності та викриття особистості людини;
- **упереджені (biased), статистично неправильні та помилкові висновки алгоритмів**. Остання проблематика є особливо актуальною, оскільки відомості, на основі яких тренується алгоритм штучного інтелекту (наприклад, судові рішення), можуть носити дискримінаційний або нерепрезентативний характер. Як наслідок порушення методології проведення машинного навчання, штучний інтелект сприймає такі відомості за модель правильної поведінки, що призводить до ризику автоматизації порушення прав, свобод та інтересів людини.

2. *Ризики, пов'язані з використанням алгоритмів штучного інтелекту для генерування певних висновків або прийняття рішення щодо конкретної людини.* На цьому етапі організація аналізує "ввідні" персональні дані про людину (input data) за допомогою вже натренованої моделі штучного інтелекту для того, щоб отримати певні висновки або прогнози поведінки такої людини та, у певних випадках, прийняти рішення щодо неї (output data). Як приклад, сьогодні на основі ввідних даних про перегляди вебсторінок та інші дії людини в мережі інтернет алгоритм оцінює, яку саме рекламу показати та яку ціну сформувати під конкретного глядача такої реклами. Для другого виду характерні такі ризики:

- нездатність пояснити, чому саме було прийнято рішення щодо людини, що не дає можливості зробити висновки про законність рішення. Це може призвести до зміни поведінки людини у разі взаємодії зі штучним інтелектом, зниження довіри до алгоритмів, а також підвищення ризику зловживань зі сторони володільця персональних даних;
- порушення прав або економічних інтересів людини внаслідок помилкового рішення та нездатність отримати перегляд такого рішення.

У розрізі захисту права людини на повагу до приватного життя та права на захист персональних даних ключовий набір правил для оброблення встановлюється Законом України "Про захист персональних даних" [5] (далі – ЗУ).

Розглянемо детальніше, до порушення яких вимог законодавства України може призвести оброблення персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту:

1. Неправомірне вторинне використання персональних даних без відома та згоди людини для машинного навчання порушує вимоги щодо чітко встановленої мети оброблення персональних даних (ч. 1 ст. 6 ЗУ), а також наявності необхідних правових підстав для цього (ст. 11 ЗУ).

Вказана проблема, зокрема, була актуалізована раніше вченим С. М. Брайчевським в огляді оброблення персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту та інтернету речей. Як зазначає дослідник, для створення детального профілю людини можуть застосовуватися вже існуючі набори персональних даних, про використання яких людина може не мати уявлення. Такі дані можуть бути пізніше використані у неправомірних цілях володільцем персональних даних або третіми особами [25].

2. Нездатність пояснити логіку роботи алгоритмів призводить до порушення принципу прозорості оброблення персональних даних (ч. 1 ст. 6 ЗУ), а також принципу точності та достовірності персональних даних, отриманих унаслідок такого оброблення (ч. 2 ст. 6 ЗУ). Одним із найбільших ризиків аналізу великих даних та автоматизованого прийняття рішень є втрата контролю над сприйняттям алгоритмами людей і передбачуваність чи інтуїтивний зв'язок між діями та сприйняттям інших [6, с. 97]. Ця проблема проявляється у кількох аспектах:

- неточність ввідних даних людини або побудованого алгоритму може призвести до помилкових висновків і негативних наслідків для людини. Як приклад, у кінці 2020 р. людина у Сполучених Штатах Америки помилково отримала 10 діб ув'язнення внаслідок, як зазначає її адвокат, використання технології для автоматизованого пошуку та розпізнавання правопорушників через камери відеоспостереження [7];
- відсутність належного контролю процесу машинного навчання може також призвести до того, що алгоритм перейняв упередженість людини, на рішеннях якої здійснювалось машинне навчання (algorithmic bias / discrimination);
- у випадку, коли людина не розуміє логіки прийняття рішень/висновків, це може призвести до зміни поведінки людини та стримування у прийнятті рішень. Унаслідок некоректно обраного методу натреновані нейронні мережі можуть мати проблему 'black box', яка означає, що організація-оператор мережі нездатна пояснити, яким чином алгоритм приймає рішення.

Нерозуміння механізму та наслідків взаємодії з алгоритмами може призводити до зміни лінії поведінки людини та самоцензури. [8, с. 14] Особливо актуальною проблема непрозорості алгоритмів є для сфер із підвищеним публічним інтересом – наприклад, судова система, де обґрунтування рішення має бути прозорим і відповідати високим стандартам.

3. Неправомірне використання систем штучного інтелекту порушує вимоги щодо наявності законної підстави для оброблення персональних даних (ст. 7, 8 та 11 ЗУ). До цієї групи ризиків належать:

- неправомірне отримання та розголошення даних, оброблення яких становить особливий ризик для прав, свобод та інтересів людини (ст. 8). Наприклад, визначення стану здоров'я людини через запис її голосу побутовим IoT-приладом голосової допомоги [9];
- таргетована цензура інформації, що отримує людина в медіа, та створення ефекту інформаційної бульбашки. Такі алгоритмічні обмеження здійснюються часто без відома та згоди людини, що порушує не тільки право на захист персональних даних (ст. 11 ЗУ), але і право на доступ до інформації людини, призводить до дискримінації у доступі до товарів і послуг [10, с. 6] тощо.

4. Недостатній рівень інформаційної безпеки систем із використанням технологій штучного інтелекту порушує вимоги щодо забезпечення захисту персональних даних (ст. 24 ЗУ). Дослідження безпеки алгоритмів ма-

шинного навчання показують, що використання такої технології несе як загальні безпекові ризики, характерні для всіх інформаційних систем, так і створює нові. Зокрема, певні види атак (Membership inference, Model inversion attack [4, с. 8]) дозволяють отримати доступ до персональних даних, які використовувалися для машинного навчання, маючи попередньо доступ до певного обсягу інформації про людину.

Варто згадати, що питанню дотримання вимог законодавства із захисту персональних даних було приділено увагу на рівні української правової доктрини. Зокрема, канд. юрид. наук. Т. Г. Каткова у статті "Штучний інтелект в Україні: правові аспекти" наголошує на дотриманні таких аспектів захисту персональних даних, як забезпечення конфіденційності даних, отримання згоди від людини, а також безпека персональних даних [26].

Утім, авторкою не було чітко розмежовано, про що саме йдеться у понятті конфіденційність даних. Це поняття пізніше за текстом ототожнюється із "забезпеченням захисту персональних даних". Із цього приводу доцільно зазначити, що конфіденційність і захист персональних даних або приватності не тотожні між собою: конфіденційність є лише одним з аспектів забезпечення приватності та полягає у нерозголошенні персональних даних у такий спосіб, який не був дозволений людиною або порушує вимогу законодавства.

Неприпустимою також вбачається пропозиція вченої щодо регуляторного вибору між "інформованою" та "диференційованою" згодою на оброблення персональних даних при написанні стратегії регулювання підстав для оброблення персональних даних за допомогою технологій штучного інтелекту [26]. На нашу думку, згода на оброблення персональних даних може бути законною лише у тому випадку, якщо вона відповідає обом стандартам, а також є вільно наданою та недвозначною. Підтримку подібної позиції можна віднайти в законодавстві із захисту персональних даних Європейського Союзу, яке встановлює вимоги до згоди як підстави для оброблення персональних даних (ст. 7 Регламенту 2016/680) [13].

II. Необхідність забезпечення балансу інтересів

Як підсумок описаної вище проблематики, подальше розроблення та імплементація технологій штучного інтелекту для оброблення персональних даних надає і безспірні переваги, і спричиняє виникнення значних ризиків для прав, свобод та інтересів людини.

У подібних ситуаціях розвиток сфери має супроводжуватися дотриманням балансу інтересів та послідовним управлінням ризиками. Як приклад, Європейська комісія у стратегії щодо штучного інтелекту [11, с. 1] визначає дві ключові цілі Союзу:

1. Підтримка та подальше заохочення розробок і розвитку технології штучного інтелекту. Сфера розробки технологій штучного інтелекту є висококонкурентною – одними з найсильніших гравців у цій сфері є Сполучені Штати Америки та Китайська народна республіка. Європейський Союз ставить за ціль мати змогу конкурувати з лідерами у сфері розробки штучного інтелекту;

2. Дотримання основоположних прав людини та цінностей Європейського Союзу. Для розуміння того, про які саме цінності йдеться варто звернутися до Хартії ЄС про основоположні права (ст. 7 та 8) [12] та пов'язані з нею інші акти ЄС – наприклад, Загальний регламент про захист даних ЄС 2016/680 [13]. У першу чергу, мова йде про недискримінацію людини, повагу до права на приватність, захист персональних даних, гідність тощо.

III. Складові комплексної регуляторної системи

З огляду на складність систем із використанням штучного інтелекту та наявність великої кількості ролей, задіяних у їхньому функціонуванні, адресувати всі названі ризики лише одним інструментом не вбачається можливим.

О. А. Заярний пропонує таку класифікацію напрямів удосконалення способів захисту інформаційних прав: юридичний напрям та етичний (морально-психологічний) напрям [14, с. 96]. Учений зазначає, що кожен із напрямів має проявлятися як у нормативному і правозастосовному розширенні існуючої в нормах законодавства України системи способів захисту, так і в закріпленні нових способів впливу на порушників, безпосередньо пов'язаних зі сферою застосування технологій штучного інтелекту. У розрізі теми цієї статті цікавими, у першу чергу, є правові й етичні стандарти захисту права на повагу до приватного життя та права на захист персональних даних.

Дійсно, мінімізація ризиків, викликаних використанням штучного інтелекту, можлива лише за умови системного підходу до проблематики. Як приклад, наглядовий орган із захисту інформації Великої Британії вважає, що крім вимог і керівних принципів, яким має відповідати штучний інтелект, доцільно розробляти комплексні регуляторні системи (frameworks) з аудиту систем зі штучним інтелектом, які допоможуть знайти та забезпечити необхідний баланс між інтересами сторін відносин [15].

Розглянемо деякі з прикладів складових регуляторної системи, які покликані допомогти знайти необхідний баланс між економічної вигодою та захистом права на повагу до приватного життя у процесі обробляння персональних даних із використанням штучного інтелекту.

Міжнародні правові й етичні принципи та стандарти, яким має відповідати оброблення персональних даних із використанням штучного інтелекту. Цінність цього інструменту полягає в першу чергу, у можливості створити між країнами спільний підхід до регулювання, який позитивно сприятиме інтеграційним процесам і глобалізації економіки. Як приклади можна навести Азіломарські принципи штучного інтелекту [16], які визначають керівні засади та цілі, у яких мають проводитися подальші дослідження у сфері штучного інтелекту. Серед основних таких принципів закріплені повага до приватного життя, захист персональних даних і забезпечення контролю людини за рішеннями штучного інтелекту.

Закріплення захисту персональних даних і захисту права на приватність як складової політики держави у сфері штучного інтелекту. Подібні заходи дозволяють ієрархічно зробити акцент на захисті персональних даних, що пізніше відобразиться у кроках, спрямованих на реалізацію політики. У цьому розрізі варто звернути увагу на Розпорядження Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-р "Про схвалення Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні". Недостатній рівень захисту персональних даних визнається в постанові як одна з першочергових проблем, а тому належний захист персональних даних закріплюється одним із принципів розвитку та використання технологій штучного інтелекту [17].

Спеціальні законодавчі норми. З огляду на високий рівень ризиковості використання штучного інтелекту у випадку взаємодії з людиною, доцільним вбачається закріплення спеціальних правил, що заповнюють прогалини в законодавстві із захисту персональних даних. Такими спеціальними правилами можуть бути:

1) норми, що стосуються певного сектора оброблення персональних даних (наприклад, правоохоронна діяльність [18]);

2) норми, що деталізують існуючі права та свободи людини. Зокрема, вбачається необхідність у доповненні права людини бути поінформованою щодо того, яким чином приймає рішення система з використанням штучного інтелекту [13, ст. 13]. Деякі з країн, зокрема Словенія, деталізує також і підхід до оцінювання ризиків у разі використання штучного інтелекту, вимагаючи додаткового проведення "оцінки впливу алгоритмів" (algorithmic impact assessment) на оброблення персональних даних [19, с. 7];

3) норми, що закріплюють специфічні права, пов'язані із застосуванням технології штучного інтелекту. 2016 р. Європейський Союз значно деталізував права людини, пов'язані з автоматизованим прийняттям рішень, що мають юридичні або подібні наслідки. Було закріплено значне обмеження сфер застосування таких рішень, а також право на втручання людини у процес прийняття рішення й оспорювати рішення, прийняте повністю автоматизовано [12, ст. 22]. У той же час, як зазначає український вчений І. М. Городиський, Європейський Парламент наполягає на необхідності додаткового врегулювання окремих аспектів захисту персональних даних у цій сфері [27]. Як приклад, наводиться питання використання камер і сенсорів у робототехніці. На сьогодні в Європі також триває наукова дискусія щодо закріплення нового права людини на обґрунтовані висновки, зроблені штучним інтелектом [6, с. 81].

Варто зазначити, що ЗУ "Про захист персональних даних" (п. 13 ч. 2 ст. 8) також закріплює право людини "на захист від автоматизованого рішення, яке має для неї правові наслідки". Об'єктом регулювання цієї статті є, у тому числі, прийняття автоматизованих рішень за допомогою алгоритмів штучного інтелекту. У той же час, ця норма потребує деталізації у таких аспектах: чи відноситься це право лише до повністю автоматизованих рішень, чи також таких, що приймаються із залученням людського фактора; а також, що розуміти під "правом на захист" та яким чином його можна реалізувати.

Роз'яснення, керівні принципи та публічні консультації наглядових органів. Більшість норм із захисту персональних даних розробляються "технологічно-нейтральними", тобто такими, що не мають прив'язки до конкретної технології та застосовуються до широкого кола суспільних відносин. Це, у свою чергу, обумовлює високий ступінь абстрактності та загальності правил, що викликає необхідність у подальшому тлумаченні норм. Допомогти у цьому можуть роз'яснення компетентних органів (норми так званого м'якого права), спрямовані на деталізацію правил поведінки у конкретних сценаріях з оброблення. За приклад можна поставити роз'яснення щодо захисту персональних даних у штучному інтелекті одразу двох країн: США [20] і Великої Британії [21].

Розроблення сертифікацій, кодексів поведінки та стандартизації у сфері штучного інтелекту. Розроблення стандартів і найкращих практик дозволяє, з одного боку, виробити уніфіковану модель поведінки, якої можуть дотримуватися учасники ринку для правомірного використання технології. З іншого боку, прийнявши зобов'язання дотримуватися певного стандарту, організація може тим самим продемонструвати відповідність вимогам і належний рівень захисту персональних даних перед іншими сторонами. Як приклад стандартизації у публічній площині можна навести кодекс належної поведінки Національної системи охорони здоров'я, який застосовується до використання штучного інтелекту у процесі взаємодії з пацієнтами [22]. Іншим прикладом можуть послугувати такі ініціативи представників індустрії, як "Open Ethics", ціллю яких є стандартизація форми надання повідомлення про оброблення персональних даних із використанням технологій штучного інтелекту [23].

Створення регуляторних "пісочниць" (sandboxes). У межах цієї ініціативи компетентний регуляторний орган запрошує до співпраці проєкти з використанням штучного інтелекту, які отримують фінансову, правову й організаційну допомогу від експертів і наглядових органів у сфері захисту персональних даних. На окрему увагу у цьому розрізі заслуговують ініціативи Норвезького наглядового органу із захисту персональних даних, який створив спеціальну "пісочницю" під проєкти, які розробляють технології штучного інтелекту. Метою цієї ініціативи є сприяння розробленню інноваційних рішень зі штучного інтелекту, які з погляду захисту даних є етичними та відповідальними [24].

ВИСНОВКИ

Аналіз поточної ситуації з використання технологій штучного інтелекту для оброблення персональних даних дозволяє дійти кількох висновків.

Використання алгоритмів штучного інтелекту у процесі взаємодії з людиною дає беззаперечні переваги й соціальну вигоду, дозволяючи підвищити ефективність прийняття рішень і знизити ризик помилки з огляду на людський фактор. Переваги використання штучного інтелекту є актуальними як для публічного, так і для приватного сектора з огляду на універсальність алгоритмізації та здатності точного налаштування рішень на основі попередніх даних про логіку прийняття рішень у тому чи іншому секторі.

Водночас нерегульоване використання технології спричиняє значні ризики порушення прав, свобод та інтересів людини, зокрема і право на повагу до приватного життя та право на захист персональних даних. Основними аспектами ризиків є незаконне використання зібраних персональних даних для машинного навчання, непрозорість і втрата контролю над логікою прийняття рішень і використанням алгоритмів, а також ризики порушення безпеки персональних даних.

Для мінімізації ризиків і забезпечення балансу між приватним і публічним інтересами, пов'язаними з використанням технології, необхідно знайти комплексний підхід, який передбачає залучення всіх зацікавлених сторін. Для забезпечення такого балансу необхідно використовувати і загальнообов'язкові правила поведінки, і норми м'якого права, стандартизацію, закріплення принципів, на яких має будуватися штучний інтелект на міжнародному та найвищому національних рівнях, і створення сприятливого регуляторного середовища, як регуляторні "sandboxes".

Список використаних джерел:

1. STAMFORD, Conn.: Gartner Survey Shows 37 Percent of Organizations Have Implemented AI in Some Form // Gartner. January 21, 2019. URL: https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-01-21-gartner-survey-shows-37-percent-of-organizations-have (дата звернення: 20.02.2021).

2. Copeland, B.J.. "Artificial intelligence". *Encyclopedia Britannica*, URL: https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence. Accessed 29 March 2021.

3. Working Party 29: Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01). October 3, 2017. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053 (дата звернення: 01.03.2021).

4. Veale Michael, Binns Reuben and Edwards Lilian: Algorithms that remember: model inversion attacks and data protection law. 2018. Phil. Trans. R. Soc. A.3762018008320180083. URL: http://doi.org/10.1098/rsta.2018.0083 (дата звернення: 01.03.2021).

5. Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 року № 2297-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2297-17 (дата звернення: 04.03.2021).

6. Wachter, Sandra and Mittelstadt, Brent, A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI

(October 5, 2018). Columbia Business Law Review, 2019(2). URL: https://ssrn.com/abstract=3248829 (дата звернення: 04.03.2021).

7. A man spent 10 days in jail based on a facial recognition error: Article // Inputmag. December 29, 2020. URL: https://www.inputmag.com/tech/a-man-spent-10-days-in-jail-based-on-misclassification-by-clearview-ai (дата звернення: 05.03.2021).

8. PENAMERICA, CHILLING EFFECTS: NSA SURVEILLANCE DRIVES U.S. WRITERS TO SELF-CENSOR 3–4 (2013); Jonathon W. Penney, Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use (Sept. 8, 2016). URL: https://papers.ssrn.com/abstract=2769645[https://perma.cc/FGW8-WMVP (дата звернення: 05.03.2021).

9. James Cook, Amazon Patents New Alexa Feature That Knows When You're Ill and Offers You Medicine, TELEGRAPH (Oct.9, 2018), URL: https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/09/amazon-patents-new-alexa-feature-knows-offers-medicine/ https://perma.cc/V346-HFWE (дата звернення: 05.03.2021).

10. Finck, Michèle and Biega, Asia, Reviving Purpose Limitation and Data Minimisation in Personalisation, Profiling and Decision-Making Systems (January 11, 2021). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-04, URL: https://ssrn.com/abstract=3749078 (дата звернення: 05.03.2021).

11. White Paper 'On artificial intelligence – A European approach to excellence and trust', Brussels, 19.2.2020 COM (2020) 65 final. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (дата звернення: 09.03.2021).

12. Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524 (дата звернення: 09.03.2021).

13. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj (дата звернення: 09.03.2021).

14. Заярний О.А. Деякі напрями удосконалення способів захисту інформаційних прав фізичних осіб в умовах застосування технологій штучного інтелекту. Актуальні проблеми захисту інформаційних прав особи в умовах технологічних викликів та цифрової реальності: Збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції. Херсон: ВД "Гельветика", 17-18 вересня 2019. С. 94-98.

15. A call for participation: Building the ICO's auditing framework for Artificial Intelligence // Information commissioner's office official website. 18 March 2019. URL: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/ai-blog-a-call-for-participation/ (дата звернення: 07.04.2021).

16. Asilomar AI Principles. January 17, 2017 // Future of life. URL: https://futureoflife.org/ai-principles/ (дата звернення: 10.03.2021).

17. Про схвалення Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80#Text (дата звернення: 07.04.2021).

18. Artificial Intelligence and law enforcement: challenges and opportunities. December 01, 2020 // Interpol website. URL: https://www.interpol.int/en/News-and-Events/News/2020/Artificial-Intelligence-and-law-enforcement-challenges-and-opportunities (дата звернення: 10.03.2021).

19. Kaminski, Margot E. and Malgieri, Gianclaudio, Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations (September 18, 2019). International Data Privacy Law, 2020, forthcoming., U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 19-28, URL: https://ssrn.com/abstract=3456224 (дата звернення: 10.03.2021).

20. Guidance on AI and data protection // Information commissioner's office official website. URL: https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/guidance-on-artificial-intelligence-and-data-protection/ (дата звернення: 07.04.2021).

21. Using Artificial Intelligence and Algorithms // FTC official website, Apr 8 2020. URL: https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2020/04/using-artificial-intelligence-algorithms (дата звернення: 07.04.2021).

22. A guide to good practice for digital and data-driven health technologies. Updated 19 January 2021 // UK's Department of Health and Social Care. URL: https://www.gov.uk/government/publications/code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology/initial-code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology (дата звернення: 10.03.2021).

23. Open Ethics Initiative. Ethics as Open Data. URL: https://openethics.ai/ (дата звернення: 10.03.2021).

24. Sandbox for responsible artificial intelligence // Datatilsynet website. URL: https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/sandbox-for-artificial-intelligence/ (дата звернення: 07.04.2021).

25. Брайчевський С.М. Проблема персональних даних в системах інтернету речей з елементами штучного інтелекту. Інформація і право. No 4(31)/2019. URL: https://ippi.org.ua/sites/default/files/9_13.pdf (дата звернення: 11.05.2021).

26. Каткова Т. Г. Штучний інтелект в Україні: правові аспекти. Журнал "Право і Суспільство" No6/2020. Харків – 2020. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2020/6_2020/10.pdf (дата звернення: 05.11.2021).

27. Городиський І.М. Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелеку в Європейському Союзі. ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні (друга міжнародна щорічна конференція). Львів – 2017. URL: http://aphd.ua/publication-388/ (дата звернення: 05.11.2021).

References:

1. Stamford, Conn.: Gartner Survey Shows 37 Percent of Organizations Have Implemented AI in Some Form // Gartner. January 21, 2019. URL: https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-01-21-gartner-survey-shows-37-percent-of-organizations-have (acceed: 20.02.2021).

2. Copeland, B.J.. "Artificial intelligence". *Encyclopedia Britannica*, URL: https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence. Accessed 29 March 2021.

3. Working Party 29: Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01). October 3, 2017. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053 (acceed: 01.03.2021).

4. Veale Michael, Binns Reuben and Edwards Lilian: Algorithms that remember: model inversion attacks and data protection law. 2018. Phil. Trans. R. Soc. A.376201800832018008 3. URL: http://doi.org/10.1098/rsta.2018.0083 (acceed: 01.03.2021).

5. Pro zahyst personalnyh danyh, Zakon Ukrain'y [On personal data protection, Law of Ukraine] № 2297-VI (2010). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2297-17 (acceed: 04.03.2021).

6. Wachter, Sandra and Mittelstadt, Brent, A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI (October 5, 2018). Columbia Business Law Review, 2019(2). URL: https://ssrn.com/abstract=3248829 (дата звернення: 04.03.2021).

7. A man spent 10 days in jail based on a facial recognition error: Article // Inputmag. December 29, 2020. URL: https://www.inputmag.com/tech/a-man-spent-10-days-in-jail-based-on-misclassification-by-clearview-ai (acceed: 05.03.2021).

8. PENAMERICA, CHILLING EFFECTS: NSA SURVEILLANCE DRIVES U.S. WRITERS TO SELF-CENSOR 3–4 (2013); Jonathon W. Penney, Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use (Sept. 8, 2016). URL: https://papers.ssrn.com/abstract=2769645[https://perma.cc/FGW8-WMVP (acceed: 05.03.2021).

9. James Cook, Amazon Patents New Alexa Feature That Knows When You're Ill and Offers You Medicine, TELEGRAPH (Oct.9, 2018), URL: https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/10/09/amazon-patents-new-alexa-feature-knows-offers-medicine/ https://perma.cc/V346-HFWE (дата звернення: 05.03.2021).

10. Finck, Michèle and Biega, Asia, Reviving Purpose Limitation and Data Minimisation in Personalisation, Profiling and Decision-Making Systems (January 11, 2021). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-04, URL: https://ssrn.com/abstract=3749078 (acceed: 05.03.2021).

11. White Paper 'On artificial intelligence – A European approach to excellence and trust', Brussels, 19.2.2020 COM (2020) 65 final. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (acceed: 09.03.2021).

12. Khartiya osnovnykh prav Yevropeys'koho Soyuzu [Charter of Fundamental Rights of the European Union] (2000). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524 (acceed: 09.03.2021).

13. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj (acceed: 09.03.2021).

14. Zayarnyy, O.A. (2019) Deyaki napryamy udoskonalennya sposobiv zahystu informatsiynukh prav fizychnyh osib v umovah zastosyvannya technologiy shtuchnogo intellectu. Aktual'ni problemy zakhystu informatsiynykh prav osoby v umovakh tekhnolohichnykh vyklykiv ta tsyfrovoyi real'nosti [Some directions of improvement of ways of protection of information rights of individuals in the conditions of application of technologies of artificial intelligence. Relevant problems of protection of information rights of the person in the conditions of technological challenges and digital reality]. Zbirnyk materialiv Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi. Kherson: VD "Hel'vetyka" [collection of publications of the International Scientific and Practical Conference. Kherson: Publisher "Helvetica"] (2019). pp. 94-98.

15. A call for participation: Building the ICO's auditing framework for Artificial Intelligence // Information commissioner's office official website. 18 March 2019. URL: https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/ai-blog-a-call-for-participation/ (acceed: 07.04.2021).

16. Asilomar AI Principles. January 17, 2017 // Future of life. URL: https://futureoflife.org/ai-principles/ (дата звернення: 10.03.2021).

17. Pro shvalennya Conceptcii rozvytku shtuchnoho intelektu v Ukraini, Rosporyadzhennya Cabinetu Ministriv Ukrain'y [On approving of the Concept of the development of AI in Ukraine, Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] № 1556-р (2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80#Text (acceed: 07.04.2021).

18. Artificial Intelligence and law enforcement: challenges and opportunities. December 01, 2020 // Interpol website. URL: https://www.interpol.int/en/News-and-Events/News/2020/Artificial-Intelligence-and-law-enforcement-challenges-and-opportunities (acceed: 10.03.2021).

19. Kaminski, Margot E. and Malgieri, Gianclaudio, Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations (September 18, 2019). International Data Privacy Law, 2020, forthcoming., U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 19-28, URL: https://ssrn.com/abstract=3456224 (acceed: 10.03.2021).

20. Guidance on AI and data protection // Information commissioner's office official website. URL: https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/guidance-on-artificial-intelligence-and-data-protection/ (acceed: 07.04.2021).

21. Using Artificial Intelligence and Algorithms // FTC official website, Apr 8 2020. URL: https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2020/04/using-artificial-intelligence-algorithms (acceed: 07.04.2021).

22. A guide to good practice for digital and data-driven health technologies. Updated 19 January 2021 // UK's Department of Health and Social Care. URL: https://www.gov.uk/government/publications/code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology/initial-code-of-conduct-for-data-driven-health-and-care-technology (acceed: 10.03.2021).

23. Open Ethics Initiative. Ethics as Open Data. URL: https://openethics.ai/ (acceed:10.03.2021).

24. Sandbox for responsible artificial intelligence // Datatilsynet website. URL: https://www.datatilsynet.no/en/regulations-and-tools/sandbox-for-artificial-intelligence/ (acceed: 07.04.2021).

25. Braychevs'kyy S.M. Problema personal'nykh danykh v systemakh internetu rechey z elementamy shtuchnoho intelektu. Informatsiya i pravo. [The problem of personal data in the systems of the internet of things with elements of artificial intelligence. Information and law.] No 4(31)/2019. URL: https://ippi.org.ua/sites/default/files/9_13.pdf (acceed: 05.11.2021).

26. Katkova T. H. Shtuchnyy intelekt v ukrayini: pravovi aspekty. Zhurnal "Pravo i Suspil'stvo" [Artificial intelligence in Ukraine: legal aspects. Magazine "Law and Society"] No6/2020. Kharkiv – 2020. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2020/6_2020/10.pdf (acceed: 05.11.2021).

27. Horodys'kyy I.M. Tendentsiyi rozvytku pravovoho rehulyuvannya shtuchnoho inteleku v Yevropeys'komu Soyuzi. IT pravo: problemy i perspektyvy rozvytku v Ukrayini (druha mizhnarodna shchorichna konferentsiya) [Trends in the development of legal regulation of artificial intelligence in the European Union. IT law: problems and prospects of development in Ukraine (second international annual conference)]. Lviv – 2017. URL: http://aphd.ua/publication-388/ (acceed: 05.11.2021).

Received: 05/05/2021
1st Revision: 01/07/2021
Accepted: 20/09/2021

V. Nekrutenko, PhD Student
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ON THE SYSTEMATISATION OF RISKS CAUSED BY THE PROCESSING OF PERSONAL DATA USING ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES

The purpose of the study in this article is to systematise the risks that may be caused by the processing of personal data using artificial intelligence technologies, according to the criteria of stages of personal data processing and legislation that may be violated due to those risks. Based on the systematisation of risks, the aim was also to analyse the means of preventing and minimising the risks caused by the use of artificial intelligence technologies.

To achieve the purpose of this work, the following methods were used: structural, functional, systemic, comparative, as well as the method of analysis. Among the special scientific methods are methods of systematic and dynamic interpretation of legislation in the field of personal data protection.

The study analysed in accordance with the legislation of Ukraine and systematised legal risks caused by the processing of personal data using artificial intelligence technologies; identified factors and interests with which it is necessary to balance the minimisation of legal risks; proposed components of a comprehensive regulatory system aimed at minimising risks and ensuring a balance between the interests of individuals and organisations that collect and process personal data. The obtained results allowed to come to the following conclusions: 1) The use of artificial intelligence algorithms in human interaction gives undeniable advantages and social benefits; 2) Unregulated use of this technology poses significant risks of violation of the human right for respect for private life and the right to protection of personal data. The main aspects of such risks are the illegal use of collected personal data for machine learning, opacity and loss of control over the logic of decision-making, as well as the risks of breach of personal data security; 3) In order to minimise risks and ensure a balance between private and public interest, it is necessary to find a comprehensive approach that involves all stakeholders. An integrated approach involves the application of mandatory rules of conduct and the rules of so-called soft law.

Keywords: personal data protection; personal data; Artificial Intelligence; innovative technologies; privacy; machine learning; discrimination.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 59-63
УДК 340.12
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-11

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing center "Kyiv University", 2021

Г. З. Остапенко, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0003-0529-2551
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ У КОНТЕКСТІ РЕФОРМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Висвітлено питання дотримання правової визначеності у процесі реалізації повноважень органами місцевого самоврядування, що були значно розширені в ході проведення реформи місцевого самоврядування. Визначено, що у процесі здійснення органами державної влади повноважень, які в ході реформи були передані до органів місцевого самоврядування, важливим був принцип правової визначеності. Цей принцип вимагає чіткості і зрозумілості законодавчих положень, передбачуваності рішень органів влади, обмеження дискреційних повноважень, вимогу до оприлюднення правових актів і доведення їх до відома громадян наперед та інші елементи. Стверджується, що ці ж вимоги, які складають зміст принципу правової визначеності, мають бути застосовані і у процесі реалізації повноважень органами місцевого самоврядування.

Одним з аспектів правової визначеності визнається повага до легітимних очікувань громадян, натомість проаналізована судова практика свідчить, що численними є випадки порушення цієї вимоги правової визначеності під час реалізації повноважень органами місцевого самоврядування. Акцентується увага на недопущенні подібної практики та на необхідності дотримання правової визначеності як обов'язкової вимоги верховенства права.

Визначено необхідність дотримання вимог правової визначеності під час оприлюднення актів органами місцевого самоврядування і доведення їхнього змісту до відома громадян.

Ключові слова: місцеве самоврядування, правова визначеність, легітимні очікування, визначеність законодавства, верховенство права, децентралізація.

ВСТУП

Реформа місцевого самоврядування є умовою демократизації, децентралізації та одним із проявів народовладдя, що визнає право вирішувати питання місцевого значення безпосередньо територіальними громадами, прав та інтересів яких такі питання стосуються. Нині реформа місцевого самоврядування пройшла відповідні етапи, адже після формування територіальних громад, проведення місцевих виборів, відбулося формування нових органів, які наділені необхідною компетенцією для вирішення питань місцевого значення. Питання, які раніше належали до сфери відання державних органів, були передані органам місцевого самоврядування, які набули не тільки прав, а й обов'язків перед членами громади за їхнє здійснення. Отже, постає питання належного здійснення таких повноважень. Ви-

© Остапенко Г. З., 2021

значальним у відносинах між громадянами й органами державної влади, яким до реформи належали ці повноваження, був принцип правової визначеності. Отже, логічно припустити, що актуальним у контексті реформи місцевого самоврядування є збереження вимоги дотримання цього принципу, адже заміна суб'єкта не повинна спричинити дисбалансу між інтересами носія влади і суб'єктами прав під час здійснення повноважень. Децентралізація потребує більш детальної уваги до дотримання правової визначеності, передбачуваності та захисту легітимних очікувань, через здійснення публічної влади органами місцевого самоврядування, які в певних випадках наділені ширшою, порівняно з органами державної влади, автономією.

Метою дослідження є аналіз дотримання правової визначеності в контексті реформи місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання застосування принципу правової визначеності в організації та діяльності органів місцевого самоврядування частково досліджувався такими вченими, як: Л. М. Андрусів, М. О. Петришиною, Х. В. Приходько, В. І. Пилиповим, Т. О. Коломоєць та ін. Принцип правової визначеності ставав предметом дослідження В. О. Панкратової, Ю. І. Матвєєвої, М. І. Козюброю та іншими дослідниками.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення реалізується через представницькі органи місцевого самоврядування, які внаслідок проведення перших етапів реформи децентралізації отримали значно ширші повноваження. Важливо відмітити, що ідеєю, покладеною в основу реформи було надання громадянам можливості вирішувати питання місцевого значення у найбільшій відповідності з їхніми інтересами, раціонально використовуючи кошти на потреби громади. Розширення повноважень органів місцевого самоврядування здійснювалося з усвідомленням цієї мети, здійснення їх також має відбуватись відповідно до неї. Як зазначає О. В. Чернецька "представницькі органи місцевого самоврядування є необхідним елементом механізму формування та вираження волі територіальної громади, що у свою чергу і визначає їхнє пріоритетне місце в системі органів місцевого самоврядування. Разом із тим, незважаючи на абсолютно незаперечний теоретичний підхід щодо визначення пріоритетності представницького органу в системі органів місцевого самоврядування, українські реалії функціонування цих інституцій не підтверджують свого істинного значення для життєдіяльності територіальної громади на практиці" [13, с. 121]. Така проблема ставить питання про необхідність дослідження принципу правової визначеності в контексті проведення реформи місцевого самоврядування, зокрема і питання про дотримання правової визначеності у реалізації повноважень органами місцевого самоврядування.

Відсутність єдиного кодифікованого акта, велика кількість нормативних актів різної форми та їхня перманентна зміна, значне оновлення законодавства щодо місцевого самоврядування створюють підґрунтя для невизначеності, а велика варіативність у їхньому здійсненні на місцях ставить питання про узгодженість цих дій і рішень із принципом правової визначеності. Ці питання піднімають дослідники проблем місцевого самоврядування та його окремих аспектів.

На проблему дотримання правової визначеності в контексті забезпечення рівності прав на службу в органах місцевого самоврядування звертає увагу В. І. Пилипів. На його думку, принцип рівності гарантує визначеність законодавства (тобто, він тісно пов'язаний із принципом правової визначеності) та означає: дотримання вимог до визначеності законодавства, у якому має міститись принцип рівності, дотримання вимог до визначеності судових рішень, які мають прийматись із дотриманням принципу рівності; дотримання вимог до визначеності меж повноважень органів публічної влади, які при їхньому здійсненні мають дотримуватися принципу рівності" [7, с. 78].

Однією з проблем, що спонукала до проведення децентралізації стояло завдання побороти корупцію в органах державної влади, що була особливою проблемою на місцевому рівні. У цьому контексті роль принципу правової визначеності видається значною. Як зазначає Т. О. Коломоєць, "використання ресурсу "антикорупційних" обмежень для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у сучасних умовах докорінного перегляду змісту вітчизняного антикорупційного законодавства та пошуку ефективних "інструментів" запобігання корупції у всіх її проявах, слід розглядати з акцентом на підвищення "якості" їхньої правової визначеності як елемента принципу верховенства права". Автор наводить поняття "дефектності" правової визначеності і пропонує для підвищення "якості" правової визначеності шляхи, зокрема, мінімізувати використання оціночних понять, замінивши їх вичерпним переліком типових випадків; мінімізувати наявність відсильних, бланкетних норм; деталізувати процедурні засади та зміст обмежень, які використовуються з метою унеможливлення корупції; підвищувати правопросвітницьку діяльність [3, с. 88]. Можна стверджувати, що дотримання правової визначеності вимагається незалежно від того, чи здійснюється органами державної влади чи органами місцевого самоврядування така діяльність. Правова визначеність висуває певні умови до реалізації владних повноважень, які є незмінними незалежно від того, який статус має носій влади, що її здійснює.

Тривалий час проблемою здійснення державної влади було розмежування повноважень органів державної влади і місцевого самоврядування. Правова визначеність була порушена через дублювання функцій органів, спричинене невизначеністю у питаннях державного і місцевого значення, як наслідок, це викликало невиправдану затримку у наданні публічних послуг громадянам, протиставлення позицій державних і місцевих органів влади, щодо реалізації їхніх повноважень, які потрібно було вирішувати навіть через суд або шляхом прийняття окремого акта тлумачення, як це мало місце у Рішенні Конституційного Суду України від 13.10.2005 р. № 9-рп/2005 – справа про здійснення виконавчої влади і місцевого самоврядування в районах м. Києва.

Як зазначав 2011 р. В. П. Козуб, "чинна законодавча база обумовлює наявність широкої суміжної компетенції, яка перетинається (місцеві фінанси і бюджет; управління майном; питання забудови і благоустрою населених пунктів; питання землекористування й охорони навколишнього природного середовища; організація медичної допомоги населенню; керівництво установами охорони здоров'я, освіти, науки, культури, фізкультури і спорту). У результаті реалізація конституційного припису на розмежування компетенції органів місцевого самоврядування і місцевих державних адміністрацій набуває проблематичного характеру. Таке дублювання породжує необґрунтоване втручання одних органів у діяльність інших, що веде не до взаємодії, а до протистояння двох підсистем публічної влади на місцях і негативно відображається на ступені ефективності управління територіями" [2, с. 233].

Отже, проблема, що існувала на початку проведення реформи місцевого самоврядування характеризувалася невизначеністю повноважень різних органів влади, реформа частково подолала цю невизначеність, хоча відсутність чіткого адміністративно-територіального поділу громад ставить питання про повноваження

органів на тій чи іншій території. Як зазначає О. В. Панухник, "дослідження існуючої ситуації у сфері адміністративно-територіального устрою України дозволило виявити низку проблем, серед яких відсутність у багатьох випадках визначених меж адміністративно-територіальних одиниць або встановлення значної частини меж таких одиниць без урахування місцевих природних, історичних та інших факторів, перспектив розвитку регіонів і поселень. Це породжує постійні компетенційні суперечки між органами місцевого самоврядування й органами державної влади, зокрема щодо права власності на землю, місцевих податків тощо" [5, с. 78].

У реформі місцевого самоврядування, що переважно досліджується конституціоналістами і представниками адміністративного права, основна увага звертається на порядок організації представницьких органів, принципи діяльності місцевого самоврядування. Однак важливо відмітити, що децентралізація, яка і є основною ідеєю реформи місцевого самоврядування, передбачає передачу повноважень від органів державної влади до органів місцевого самоврядування, тому важливо врахувати, що у ході реалізації таких повноважень одним із принципів, які мають застосовуватись, є принцип правової визначеності. Серед принципів організації місцевого самоврядування, цей принцип не значиться, радше через зосередженість переважно на спеціальних принципах організації органів місцевого самоврядування, аніж на загальних принципах права, які мають не менше значення для проведення децентралізації, аніж спеціальні. Як зазначає Х. В. Приходько, "у ході імплементації на національному рівні деякі базові поняття і принципи децентралізації публічної влади не знаходять уніфікованого сприйняття у подальшій реалізації в сучасній конституційно-проєктувальній діяльності" [8, с. 71]. Про важливість дотримання принципу верховенства права у процесі реформування місцевого самоврядування, складовою якого є правова визначеність, зазначав В. Федоренко " іще одним вирішальним для місцевого самоврядування в Україні є принцип верховенства права, який визначається ч. 1 ст. 8 Конституції України, як загальний для всіх правовідносин у сфері місцевого самоврядування… принцип верховенства права в місцевому самоврядуванні обґрунтовує повноту та невідчужуваність влади територіальної громади на місцевому рівні, її підпорядкованість виключно Конституції та законам України, а також колективним легітимним інтересам жителів конкретної територіальної громади" [11, с. 44]. На нашу думку, дія принципу верховенства права і правової визначеності щодо сфери місцевого самоврядування значно ширша.

Принцип правової визначеності як складова верховенства права часто називається принципом адміністративного права, хоча згідно з європейською правовою традицією цей принцип – невід'ємна складова верховенства права, обов'язковість застосування цього принципу виходить із конституційного положення про визнання і дію на території України принципу верховенства права. Правова визначеність передбачає чіткість і зрозумілість законодавчих положень, їхнє належне доведення до відома громадян, основною вимогою якого є оприлюднення правових норм наперед і заборону зворотної дії правових норм; обов'язковість судових рішень та їхню неухильну виконуваність; повагу до легітимних очікувань громадян; обмеження дискреційних повноважень органів влади. Про необхідність дотримання принципу правової визначеності під час взаємодії місцевих органів державної влади і місцевого самоврядування в ході реалізації їхніх повноважень згадувалося, хоч і досить побіжно, ще до початку реформи місцевого самоврядування [12, с. 68]. Зверталась увага на дотримання вимог правової визначеності саме в ході реалізації повноважень цими органами.

Розглянемо окремі елементи правової визначеності щодо сфери місцевого самоврядування.

Легітимні очікування. Однією з вимог правової визначеності є повага до легітимних очікувань громадян, сформованих у ході неодноразового застосування органами влади положення законодавства, унаслідок чого у громадян формується очікування аналогічних дій у вирішенні схожих або подібних справ. Такі очікування заслуговують на увагу й органи влади повинні рахуватися з ними, якщо вони обґрунтовані, випливають із закону і не суперечать захисту законних прав інших осіб. На думку М. О. Петришиної, яка визнає застосування концепції легітимних очікувань до сфери місцевого самоврядування, легітимні очікування пов'язані з контролем із боку громадян за діями влади [6, с. 73]. Звертає на себе увагу той факт, що порівняно зі здійсненням влади органами держави, які вибудовано за принципом ієрархії і підпорядкування, відповідальність за порушення легітимних очікувань може наступати і через захист в адміністративному порядку – звернення до вищих органів, у той час, як у процесі здійснення цих самих повноважень органами місцевого самоврядування, залишається лише звернення до суду за захистом своїх легітимних очікувань. Численними є справи, у яких громадяни звертаються до суду з позовами щодо неправомірних дії органів місцевого самоврядування, у яких суд доходить до висновку про порушення легітимних очікувань громадян їхніми діями. Зокрема, рішенням Черкаського окружного адміністративного суду від 29.03.2021 р. у справі № 580/577/21, суд задовольнив позов, визнавши протиправним відмову позивачу у видачі будівельного паспорта з посиланням на порушення легітимних очікувань позивача. Суд установив, що "характеристика очікувань як легітимних поєднує в собі: 1) їхню зацікавленість, яка зумовлена реалізацією особою належного їй суб'єктивного права; 2) їхню обґрунтованість, тобто зумовлену законом раціональність сподівань учасників суспільних відносин. У матеріально-правовому сенсі легітимні очікування мають захищатися від непередбачуваних змін законодавства, яким установлено відповідний режим (власності, інвестиційної діяльності тощо). У процедурному ж сенсі легітимні очікування стосуються однакової та послідовної правозастосовної практики. Суд переконаний, що у випадку відмови позивачу в забудові його земельної ділянки, відбувається порушення права на мирне володіння своїм майном, оскільки позивач позбавляється законних очікувань на забудову земельної ділянки, яка у встановленому законом порядку набута у власність. Позови до того ж самого органу, а саме департаменту архітектури, містобудування та інспектування Черкаської міської ради з вимогою визнати протиправними дії та зобов'язати видати будівельний паспорт були численними, принаймні у реєстрі судових рішень лише за період 2021 р. рішень тільки Черкаського окружного адміністративного суду налічується 6 і всі вони вказують на порушення органом місцевого самоврядування легітимних очікувань громадян. Це рішення у справі № 711/517/21 від 17.05.2021 р.; рішення у справі № 580/4223/20 від 11.02.2021 р.; рішення у справі № 580/3657/20 від 21.01.2021 р.; рішення у справі № 823/1392/18 від 18.05.2021 р.; справа № 580/5629/21 від 28.09.2021 р. Ця практика свідчить, що порушення легітимних очікувань пов'язується з визнанням протиправними дій органів місцевого самоврядування, а отже доводить, що дотримання принципу правової визначеності важливе саме в контексті здійснення повноважень органами місцевого самоврядування.

Вимога визначеності і зрозумілості законодавства визнається актуальною М. А. Самбором у статті щодо реалізації права на свободу місцевих зібрань. Визнаючи практичне забезпечення цього права необхідною умовою демократичного суспільства, автор вказує на існування проблеми сповіщення органів місцевого самоврядування про намір провести таке зібрання. Невизначеність і незрозумілість цієї процедури визнаються порушенням правової визначеності. "Наявні законодавчі приписи про об'єкт сповіщення визначають об'єкт у загальному, застосовуючи альтернативний спосіб викладу норми, що не сприяє правовій визначеності та передбачуваності. Разом із тим такий стан справ із визначенням об'єкта сповіщення унеможливлює своєчасне та повне виконання обов'язку носієм права на свободу мирних зібрань, що може привести до необґрунтованого застосування заходів юридичної відповідальності" [10, с. 71].

Одним з елементів правової визначеності є вимога обмеження дискреції, про яку згадують у контексті обмеження повноважень органів державної влади, однак питання є не менш актуальним і стосовно місцевого самоврядування. Більше того, наявність права діяти у межах наданих повноважень у тих випадках, коли межі дискреції були порушені органами державної влади у процесі здійснення своїх повноважень, створюють потенційну ймовірність порушення і тоді, коли вони передані органам місцевого самоврядування. Незважаючи на зовсім інші принципи організації таких органів, дискреція при передачі повноважень, як правило зберігається, а тому ризик порушення її меж також має імовірність настання. Як зазначає В. О. Панкратова "досить часто при застосуванні принципу правової визначеності науковці наголошують, що він покликаний не допустити свавілля з боку органів державної влади чи органів місцевого самоврядування. Досягається такий ефект за допомогою чіткого встановлення меж дискреційних повноважень у нормативно-правових актах" [4, с. 406].

Одним із важливих елементів правової визначеності є вимога оприлюднення нормативно-правових актів. Із розширенням повноважень органів місцевого самоврядування кількість і значення їхніх управлінських рішень значно зросли, вимога принципу правової визначеності щодо належного оприлюднення нормативних актів і доведення їх до громадян становить необхідну вимогу. Однак, якщо для оприлюднення актів органів державної влади застосовується спосіб опублікування поряд з оприлюдненням тексту в електронній формі, то оприлюднення нормативних актів органів місцевої влади переважно здійснюється на їхньому сайті. Досліджуючи це питання, Л. М. Андрусів зазначає, що "спостерігається тенденція оприлюднення нормативно-правових актів органами місцевого самоврядування на офіційних вебсайтах із використанням опублікування в окремих випадках. Однак ця тенденція має як позитивні, так і негативні якості. Серед позитивних характеристик електронного оприлюднення на офіційних вебсайтах можна вказати насамперед зручність у використанні та пошуку нормативно-правових актів органів місцевого самоврядування й економію матеріальних витрат. Однак електронне оприлюднення не гарантує вимоги загальнодоступності, оскільки не всі громадяни мають можливість доступу та необхідні навички в користуванні мережею інтернет" [1, с. 11]. Оскільки питання обрання форми оприлюднення нормативного акта належить до повноважень органу місцевого самоврядування, то слід здійснювати таке оприлюднення з урахуванням вимог правової визначеності. Оприлюднення є етапом уведення в дію нормативного акта, а тому належне оприлюднення є обов'язком самого органу і він несе відповідальність за доведення до громадян змісту його положень.

ВИСНОВКИ

У ході реформи місцевого самоврядування відбулася передача частини повноважень від органів державної влади до органів місцевого самоврядування. Принцип правової визначеності визнавався важливим у ході здійснення повноважень органами державної влади. З передачею цих повноважень органам місцевого самоврядування актуальність дотримання цього принципу залишається незмінною. Судова практика свідчить, що у діях органів місцевого самоврядування наявні непоодинокі випадки порушення легітимних очікувань, що є недопустимим і суперечить вимогам правової визначеності.

Дискусійним із позицій дотримання правової визначеності є оприлюднення органами місцевого самоврядування своїх рішень, що здійснюється переважно через сайт. Таким чином, місцеве населення залишається не повною мірою охопленим такою інформацією, у цій частині з метою дотримання правової визначеності слід передбачити окрім електронного ще і доступний органам місцевого самоврядування альтернативний варіант оприлюднення рішень. Принцип правової визначеності вимагає дотримання чіткості законодавчих положень щодо адміністративно-територіального поділу, реалізації права на свободу місцевих зібрань, а також вимог обмеження дискреції.

У процесі реформування місцевого самоврядування та в ході реалізації повноважень органами місцевого самоврядування важливо дотримуватися загальних правових принципів, серед яких і принцип правової визначеності.

Список використаних джерел:

1. Андрусів Л.М. Особливість оприлюднення нормативно-правових актів органів місцевого самоврядування // Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. Серія Право. 2019. № 8(20). С. 8-14.
2. Козуб В.П. Напрями підвищення результативності взаємодії органів державної влади і місцевого самоврядування в реалізації владних повноважень// Актуальні проблеми державного управління. 2011. № 1(41). С. 231-240.
3. Коломоєць Т.О. "Антикорупційні" обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: реалії використання "фільтру" правової визначеності в Україні// Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2019. № 5. С. 84-89.
4. Панкратова В.О. Значення принципу правової визначеності при здійсненні публічної влади // Збірник тез IV Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої світлій пам'яті доктора юридичних наук, професора, академіка-засновника НАПрНУ, першого голови Конституційного Суду України Леоніда Петровича Юзькова. 2-6 березня 2021 року. Хмельницький. 2021. 580 с. С. 405-407.
5. Панухник О.В. Адміністративно- територіальна реформа як чинник зміцнення місцевої економіки // Інноваційна економіка. 2014. № 3. С. 76-83
6. Петришина М.О. Напрями удосконалення нормотворчості в органах місцевого самоврядування в Україні // Європейські перспективи, 2012. №2. ч. 2. С. 71-76.
7. Пилипів В.І. Право на службу в органах місцевого самоврядування: основи регламентації // Правові новели. 2021. Том 1. № 13. С. 74-80.
8. Приходько Х.В. Децентралізація публічної влади та місцеве самоврядування: концептуальні правові питання// Часопис Київського університету права. 2014. №4. С. 71-74.
9. Рішення Черкаського окружного адміністративного суду від у справі № 580/577/21. Режим доступу https://reyestr.court.gov.ua/Review/95898263
10. Самбор М.А. Органи місцевого самоврядування як об'єкти сповіщення про намір здійснення права на свободу мирних зібрань // Вісник ЛДУВС ім. Е.О.Дідоренка. 2019. Вип. 3 (87) С. 70-86.
11. Федоренко В. Принцип місцевого самоврядування в Україні: поняття, зміст і система // Історико-правовий часопис. 2017. № 2(10). С. 43-49.
12. Фуртатов В.С. Удосконалення механізму взаємодії органів виконавчої влади та місцевого самоврядування на сучасному етапі державотворення // Наукові праці, державне управління, політологія. Том 130. Випуск 117. С. 66-70.
13. Чернецька О.В. Представницькі органи місцевого самоврядування в системі публічної влади: конституційно-правова природа // Часопис Київського університету права. 2010. № 2. С. 119-123.

References:

1. Andrusiv L.M. Osoblivist opriludnennya normativno-pravovich aktiv organiv miszevogo samovryadyvannya // *Naukovo-informaziyniy visnik Ivano-Frankivskogo universitetu prava imeni Korolya Danila Galizkogo. Seria Pravo*. 2019. № 8(20). P. 8-14.

2. Kozub V.P. Napryami pidvichennya rezultativnosti vzaemodii organiv derzavnoi vladi I miscevogo samovryaduvannya v realizacii vladnih povnovazen // *Actualni problemi derzavnogo upravlinnya.* 2011. № 1(41). P. 231-240.
3. Kolomoec T.O. Antikorupziyni obmegennya dlya osib, upovnovazenih na vikonannya funkciu derzavi abo miczevogo samovryaduvannya: realii vikoristannya filtru pravovoi viznacenosti v Ukraini // *Actualni problem vitchiznyanoi urisprudencii.* 2019. № 5. P. 84-89.
4. Pankratova V.O. Znachennya principu pravovoi viznachenosti pri zdiysnenni publichnoi vladi// *Zbirnik tez IV Miznarodnoi naukovo-praktichnoi conferencii, prisvyachenoi svitliy pamiati doctora yuridichnih nauk, profesora, akademika-pfsnovnika NAPRNU, pershogo golovi Constituziynogo Sudu Ukraini Leonida Petrovicha Yuzkova.* 2-6 bereznya 2021 r. Khmelnizkiy. 580 p. pp.405-407.
5. Panushnik O.V. Administrativno-teritorialnareforma yak chinnik z micnennya miscevoi economiki//*Innovaciyna economica.*2014. № 3. P. 76-83.
6. Petrishina M.O. Napryami udoskonalennya normotvorchosti v organah miscevogo samovryaduvannya v Ukraini // *Evropeiski perspectivi.* 2012. №2. p. 2. P. 71-76.
7. Pilipiv V.I. Pravo na sluzbu v organah miczevogo samovryaduvannya: osnovi reglamentacii // *Pravovi noveli.* 2021. T.1. № 13. P.74-80.
8. Prichodko H.V. Decentralizacia publichnoi vladi ta misceve samovryaduvannya: conzeptualni pravovi pitannya // *Chasopis Kuivskogo Universiyeyu prava.* 2014. № 4. P. 71-74.
9. Rishennya Cherkaskogo okruzhnogo administrativnogo sudu № 580/577/21. Rezhim dostupu: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95898263.
10. Sambor M.A. Organi miscevogo samovryaduvannya yak obyecti spovishcennya pro namir zdiysnennya prava na svobodu mirnich zibran // *Visnyk LDUVS im. E.O. Didorenka.* 2019. Vupusk. 3(87). P. 70-86.
11. Fedorenko V. Prinzip miscevogo samovryaduvannya v Ukraini: ponyattya, zmist I systema// *Istoriko-pravoviy chasopis.* 2017. № 2(10). P. 43-49.
12. Furatov V.S. Udoskonalennya mechanizmu vzayemodii organiv vikonavchoi vladi I miscevogo samovryaduvannya na suchasnomy etapi derzhavotvorennya // *Naukovi praci, derzavne upravlinnya, politologiya.* Tom 130. Vipusk 117. P. 66-70.
13. Chernetska O.V. Predstavnizki organi miscevogo samovryaduvannya v sistemi publichnoi vladi: constituziyno-pravova priroda// *Chasopis Kuivskogo Universiyeyu prava.* 2010. № 2. P. 119-123.

Received: 29/09/2021
Accepted: 15/10/2021

H. Ostapenko, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL CERTAINTY IN THE ASPECT OF LOCAL GOVERNMENT

The article addresses the analyses of adherence to the legal certainty principle while the local government exercises its powers, which are enlarged during the reform of decentralization. It is stated that while the powers belonged to state government, the adherence of the legal certainty principle was found as very important to protect citizens from unpredictable and unequal treatment. So as soon as the powers were handed over to local government the protection of legal certainty principle still remains actual. Legal certainty requires clarity and legibility of legal provisions, limitation of discretive powers, promulgation and publication of legal acts in advance etc. These elements must be adhered realizing local powers.

One of the elements legal certainty requires is protection of the legitimate expectations of citizens. A number of court decisions which are analyzed in the article prove that breaking of legitimate expectations happens frequently. Emphasis is made on preventing such practices and on the need to respect legal certainty as a mandatory requirement of the rule of law.

The necessity of observance of the requirements of legal certainty at promulgation of acts by local self-government bodies and making the citizens know about them is determined.

Keywords: local self-government, legal certainty,certainty of law, rule of law, decenralization.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 63-69
УДК 346.2; 347.1
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-12

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing center "Kyiv University", 2021

П. О. Повар, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-2057-5528
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИПИНЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ-ПІДПРИЄМЦЯ: ПОНЯТІЙНО-ТЕРМІНОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ

Важливим елементом правового статусу фізичної особи-підприємця є умови позбавлення її статусу підприємця. Метою статті є визначення обсягу та змісту понятійно-термінологічного апарату правового регулювання припинення фізичної особи-підприємця, вироблення теоретичних положень і пропозицій щодо вдосконалення законодавств і практики правозастосування. Методологія дослідження ґрунтується на використанні історичного, системного, структурного методів, методів аналізу, синтезу й інших формально-логічних процедур.

У результаті дослідження історичного становлення законодавства України визначено та висвітлено логічний ряд розвитку понятійно-термінологічного апарату законодавчих актів. Обґрунтовано необхідність закріплення у кодифікованому акті у сфері підприємництва загальних положень щодо позбавлення статусу підприємця фізичною особою, зокрема і вживання відповідної термінології та понять. Сформульовано пропозиції щодо доповнення ГК України нормою щодо втрати фізичною особою статусу підприємця. Здійснено розмежування та встановлено співвідношення між поняттями "припинення підприємницької діяльності фізичною особою", "позбавлення статусу підприємця фізичною особою", "припинення фізичної особи-підприємця", "припинення суб'єкта господарювання". Досліджено та сформульовано положення щодо правової природи факту припинення підприємницької діяльності та факту позбавлення статусу підприємця фізичною особою. Визначено й обґрунтовано недоліки норм чинного законодавства, у яких не розмежовуються підстави припинення діяльності різної правової природи.

Запропоновано замінити термін "державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичною особою" на термін "державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою" і внести відповідні зміни у законодавстві України. Обґрунтовано недоцільність вживання терміну "ліквідація" щодо фізичної особи-підприємця. Сформульовано визначення поняття "припинення фізичної особи-підприємця". Визначено можливість вживання поняття "позбавлення статусу підприємця фізичною особою" у вузькому та широкому значеннях.

Ключові слова: припинення підприємницької діяльності, фізична особа-підприємець, громадянин-підприємець, позбавлення статусу підприємця фізичною особою, припинення суб'єктів господарювання, державна реєстрація, ліквідація.

ВСТУП

Фізична особа-підприємець є однією з організаційно-правових форм здійснення підприємницької діяльності, яка має широке застосування у практиці господарювання і займає вагоме місце у структурі товаровиробників національної економіки. Одним з елементів правового статусу фізичної особи-підприємця є умови позбавлення такого статусу фізичною особою. На жаль, ні Господарський кодекс України [1] (далі – ГК України), ні Цивільний кодекс України [2] (далі – ЦК України) не регулю-

© Повар П. О., 2021

ють ці питання. **Актуальним** є завдання внесення змін до ГК України (або прийняття його оновленого варіанта), і як частина цього завдання – належне правове забезпечення припинення суб'єктів господарювання. У правовій літературі значна увага приділяється питанням припинення суб'єктів господарювання-юридичних осіб у силу більшого обсягу нормативного матеріалу, різноманітності організаційно-правових форм юридичних осіб, складнішої процедури їхнього припинення. Цій проблематиці присвячено праці О. М. Зубатенко, Л. М. Дорошенко, В. С. Щербини, П. О. Повара, І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. Р. Кібенко, Ю. М. Юркевич, О. Скороспис, В. О. Хоменко та ін. Разом із тим вимагають наукового опрацювання та висвітлення окремі проблеми припинення фізичної особи-підприємця, які, на нашу думку, недостатньо висвітлені у правових дослідженнях. Однією з таких проблем є **проблема термінологічного та понятійного апарату** правового регулювання припинення фізичної особи-підприємця.

Метою статті є визначення обсягу та змісту понятійно-термінологічного апарату правового регулювання припинення фізичної особи-підприємця, розмежування основних і суміжних понять, вироблення теоретичних положень щодо розвитку та вдосконалення понятійного-термінологічного апарату та формулювання практичних пропозицій щодо вдосконалення законодавства та практики правозастосування.

Методологія дослідження полягає у застосуванні історичного методу для виявлення особливостей розвитку та закріплення у законодавстві термінологічного та понятійного апарату; у застосуванні системного та структурного методів, методів аналізу та синтезу, інших формального-логічних процедур під час визначення обсягу, змісту, співвідношення основних термінів і понять припинення фізичної особи-підприємця.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Історичні аспекти вживання термінології у законодавстві України. Термін "припинення підприємницької діяльності" перейшло у сучасне законодавство із Закону УРСР "Про підприємництво" від 07.02.1991 р., у якому ст. 11 була присвячена припиненню підприємницької діяльності [3]. У первісній редакції цього закону містилися норми щодо державної реєстрації підприємництва (у розумінні реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності), проте не було згадки про державну реєстрацію припинення суб'єктів підприємницької діяльності. Законом № 2697-12 від 15.10.92 р. [4] статтю 8 Закону України "Про підприємництво" викладено у новій редакції з назвою "Державна реєстрація підприємництва", якою встановлено інститут *скасування державної реєстрації.* Зокрема, встановлювалося, що скасування державної реєстрації припиняє підприємницьку діяльність і є підставою для здійснення заходів щодо ліквідації підприємця як суб'єкта підприємницької діяльності (ч. 11 ст.8 Закону України "Про підприємництво" у редакції від 03.12.1992 р.) [5]. Вживання терміну "ліквідація", а також аналіз інших норм та редакцій Закону України "Про підприємництво" показує, що законодавець при викладенні правових положень орієнтувався переважно на фігуру юридичних осіб. Уявляється, що причиною цього були наслідки радянського періоду, за якого громадянам не дозволялося займатися підприємницькою діяльністю, і у сфері господарювання панували господарські організації. Відтак, у центрі уваги законодавця були саме юридичні особи, які превалювали у структурі суб'єктів господарювання того періоду, тоді як Законом України "Про підприємництво" створювалися законодавчі підстави для запровадження у новітньому періоді розвитку України та її економіки такої організаційної форми господарювання, як громадянин-підприємець. Навіть термінологія позначення цієї форми ґрунтувалася на протиставленні юридичній особі: у Законі України "Про підприємництво" в редакції від 03.12.1992 р. окремо згадані "підприємці-громадяни, які здійснюють свою діяльність без створення юридичної особи" [5, ст. 8].

Згодом у результаті кодифікації господарського законодавства термін "скасування державної реєстрації" було вжито у ГК України (у його первісній редакції ст. 59, 247, 248). Як і в попередньому законодавстві, це поняття стосувалося значною мірою лише суб'єктів господарювання-юридичних осіб. Без чіткого розмежування застосовувалися терміни "припинення підприємницької діяльності" у ст. 51 ГК (у цій статті знайшли відображення приписи ст. 11 Закону України "Про підприємництво") та "припинення діяльності суб'єкта господарювання" у ст. 59 ГК України (первісна редакція цієї статті була розрахована лише на суб'єктів господарювання-юридичних осіб. Зазначена стаття викладена у новій редакції в редакції Закону від 13.05.2014 р. [6] з назвою "Припинення суб'єкта господарювання" і на сьогодні є відсильною).

Новели з цього питання були привнесені Законом України "Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань" від 15.05.2003 р. [7] (далі – Закон України про реєстрацію), у якому замість *скасування державної реєстрації* були передбачені такі реєстраційні дії, як *державна реєстрація припинення юридичної особи* та *державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичними особами-підприємцями*. Таким чином, термін "скасування державної реєстрації" не знайшов нормативного підкріплення у зазначеному спеціальному законі і відтак перейшов у категорію застарілих. Проте оновлення термінології інших правових актів розтягнулося в часі та не завжди проходило якісно. Для прикладу, лише 2010 р. законодавець шляхом внесення змін до ГК України відреагував на новели Закону України про реєстрацію, однак якість нормотворення була невисокою і відповідні зміни до ГК України містили недоліки. Так, відповідно до змін, внесених згідно із Законом № 2756 від 02.12.2010 р. [8] ч. 7 ст. 59 ГК України встановлювала, що "*скасування державної реєстрації* позбавляє суб'єкта господарювання *статусу юридичної особи* і є підставою для вилучення його з державного реєстру. Суб'єкт господарювання вважається ліквідованим із дня внесення до державного реєстру запису про припинення його діяльності. Такий запис вноситься лише після затвердження ліквідаційного балансу відповідно до вимог цього Кодексу та подання головою ліквідаційної комісії або уповноваженою ним особою документів для *проведення державної реєстрації припинення юридичної особи або припинення діяльності фізичною особою-підприємцем* у порядку, визначеному Законом України "Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців" (курсивом виділено нами. – Авт.). Таким чином, у цій статті поєднувалося і застаріле поняття скасування державної реєстрації з дією вилучення з реєстру, і нове – державна реєстрація припинення юридичної особи або припинення діяльності фізичною особою-підприємцем, установлене Законом України про реєстрацію. Ця норма є також ілюстрацією неврахування особливостей правового статусу фізичної особи-підприємця. Норма стосується юридичних осіб, але в її змісті спливає згадка про проведення державної реєстрації припинення діяльності фізичною особою-підприємцем.

Норми із застарілою термінологією існують у законодавстві і сьогодні. Так, згідно із пунктом 3 ч. 2 Закону

України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" від 30.06.1993 р. [9] за матеріалами оперативно-розшукової діяльності та кримінального провадження спеціальні підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю мають право подавати до суду заяви про скасування реєстрації і припинення діяльності суб'єктів підприємництва. Наведені норми повинні бути приведені у відповідність із положеннями законодавства: мова може йтися про заяви щодо ліквідації юридичних осіб та позбавлення статусу підприємця фізичною особою.

Таким чином, проглядається логічний ряд розвитку понятійно-термінологічного апарату, що бере початок від Закону УРСР "Про підприємництво" від 07.02.1991 р., де було врегульовано питання *припинення підприємницької діяльності*, які потім були доповнені поняттям *скасування державної реєстрації* і, насамкінець, Законом України про реєстрацію останнє замінено на *державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності фізичними особами-підприємцями*.

Стан сучасного законодавства. Положення, що визначають умови та порядок позбавлення статусу підприємця фізичною особою, містяться у нормах Закону України про реєстрацію. Цей закон уводить у нормативний обіг і відповідний понятійно-термінологічний апарат. Недоліком законодавства є те, що ці питання не врегульовані у кодифікованих актах – ГК України та ЦК України [10, с. 45–46; 11, с. 185]. Слід зауважити, що попередні редакції положень ГК України відрізнялися більш системним підходом. У ньому передбачалися загальні норми, присвячені припиненню суб'єктів господарювання, хоча і з недостатньою увагою до питань позбавлення статусу підприємця фізичною особою. Не можна визнати вдалим вихолощення змісту ГК України, шляхом виключення статей щодо припинення суб'єктів господарювання; викладення ст. 59 ГК України як бланкетної норми. Загальні положення щодо позбавлення статусу підприємця фізичною особою повинні бути передбачені у кодифікованому акті господарського законодавства – у чинному ГК України або його оновленому варіанті. Зокрема, у ньому має бути закріплено відповідні термінологія та поняття, пов'язані з позбавленням статусу підприємця фізичною особою, умови та порядок такого позбавлення, його правові наслідки. Зазначені питання є складовою правового статусу фізичної особи-підприємця, як різновиду суб'єкта господарювання, а відтак, з урахуванням предмету регулювання нормативних актів вони повинні врегульовуватися у ГК України. Закон України про реєстрацію має предметом регулювання відносини з державної реєстрації. Такі відносини відрізняються особливим суб'єктним складом – за участі державного реєстратора, що вчиняє у визначеному цим законом порядку реєстраційні дії. Зважаючи на це, Закон України про реєстрацію не повинен собою визначати елементи правового статусу суб'єктів господарювання. Норми щодо державної реєстрації, які пов'язані з набуттям і позбавленням правового статусу підприємця фізичною особою (як і суб'єктів господарювання інших організаційно-правових форм) повинні ґрунтуватися на нормах закону, що визначає їхній правовий статус, як суб'єктів підприємництва. І якщо щодо набуття статусу йдеться у ч. 1 ст. 128 ГК України, ч. 2 ст. 50 ЦК України, то стосовно позбавлення статусу у цих кодексах – лакуна. Зауважимо, що дотримання викладених засад проглядалися у логіці внесення змін до ЦК Законом України від 19.05.2011 р. № 3384 [12], яким ЦК України був доповнений ст. 50-1 "Обов'язки фізичної особи-підприємця за зобов'язаннями, пов'язаними з припиненням її підприємницької діяльності". Пізніше, у силу зміни концепції правового регулювання позбавлення статусу підприємця фізичною особою, законодавець Законом України від 13.05.2014 р. № 1258 [6] виключив зазначену статтю.

Неврегульованість у ГК України (чи іншому кодифікованому акті у сфері підприємництва) цих питань, на нашу думку, зумовлює такі негативні наслідки на практиці, як застосування термінів-замінників, що не мають нормативного підґрунтя, наприклад, "ліквідація фізичної особи-підприємця". Безумовним досягненням у сфері надання державних послуг в електронній формі є створення та впровадження в експлуатацію Єдиного державного вебпорталу електронних послуг – портал Дія. На жаль, у ньому для позначення відповідної адміністративної послуги вживається термін "закриття ФОП" [13], замість легально визначеного. У такій підміні правової термінології іншими технічними термінами-аналогами, її спрощення для ніби легшого сприйняття суб'єктами правозастосування, криються негативні тенденції у правозастосовній юридичній техніці.

Як випливає з положень п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України про реєстрацію, поняття державної реєстрації включає у себе, зокрема й офіційне визнання шляхом засвідчення державою факту позбавлення статусу підприємця фізичною особою. Державна реєстрація такого факту відбувається шляхом внесення до Єдиного державного реєстру відповідного запису. Згідно із ч. 9 ст. 4 зазначеного Закону фізична особа-підприємець позбавляється статусу підприємця з дати внесення до Єдиного державного реєстру запису про державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності цією фізичною особою. В інших нормах Закону України про реєстрацію вживають лише термін "державна реєстрація припинення підприємницької діяльності" (ст. 11, 13, 18, 25, 29, 34).

Наведена норма ч. 9 ст. 4 Закону України про реєстрацію є відображенням подвоєння термінології: з одного боку засвідчується факт *позбавлення статусу підприємця* фізичною особою, а з іншого, у цьому випадку вноситься запис про *припинення підприємницької діяльності цією фізичною особою.* Хоча логічно запис має відображати у своїй назві той факт, який ним підтверджується. Відповідно реєстраційна дія повинна називатися "державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою". Як варіант, можна запропонувати "державна реєстрація припинення фізичної особи-підприємця" (щодо поняття "припинення фізичної особи-підприємця" йдеться далі).

Як закріплено у ч. 4 ст. 18 Закону України про реєстрацію для *державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця* подається один із таких документів: 1) заява про державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця за її рішенням – у разі державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця за її рішенням; 2) ксерокопія свідоцтва про смерть фізичної особи, судове рішення про визнання фізичної особи безвісно відсутньою – у разі державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця у зв'язку з її смертю, визнанням її безвісно відсутньою або оголошенням померлою. Таким чином, законодавець розрізняє два випадки державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця: 1) за її рішенням; 2) у зв'язку з її смертю, визнанням її безвісно відсутньою або оголошенням померлою. Державний реєстратор під час проведення державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця

у зв'язку з її смертю або оголошенням її померлою обов'язково використовує відомості Державного реєстру актів цивільного стану громадян шляхом безпосереднього доступу до нього [7, ч. 3 ст. 6].

Розмежування понять. Виникає теоретичне завдання розмежування понять "позбавлення статусу підприємця фізичною особою" та "припинення підприємницької діяльності фізичною особою-підприємцем", та інших, похідних і суміжних з ними, визначення співвідношення між ними.

Стосовно суб'єктів господарювання – господарських організацій (юридичних осіб) – у правовій літературі звертається увага на необхідність розрізнення понять "припинення суб'єкта господарювання" та "припинення господарської діяльності суб'єкта господарювання", які не є тотожними [10, с. 45; 11, с. 188–189]. На нашу думку, у випадку фізичних осіб-підприємців слід розрізняти правові поняття "позбавлення статусу підприємця фізичною особою" та "*припинення підприємницької діяльності*", які не є тотожними і мають самостійне значення, а відтак законодавство із цього питання потребує вдосконалення.

Розглянемо декілька ситуацій, які демонструють відмінності між ними (зазначеними поняттями).

1. Фізична особа-підприємець фактично припинила свою підприємницьку діяльність. Мотивом такого рішення і дій можуть бути різноманітні обставини: (а) зовнішнього характеру (стан ринку, на якому він здійснює діяльність; запровадження обмежень, що ускладнюють чи унеможливлюють здійснення діяльності; втрата майна тощо), (б) внутрішнього характеру (стан здоров'я, утрата бажання займатися підприємницькою діяльністю, зміна орієнтирів у житті та цілей діяльності тощо). У разі фактичного припинення підприємницької діяльності фізична особа-підприємець має право звернутися до органу державної реєстрації для надання йому послуги з державної реєстрації припинення підприємницької діяльності, наслідком якої є позбавлення статусу підприємця фізичною особою.

Отже, припинення підприємницької діяльності фізичної особи може відбутися до державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця, проте лише державна реєстрація такого факту (стану) призводить до позбавлення статусу підприємця фізичною особою. Інакше кажучи, фізична особа-підприємець припиняє діяльність і позбавляється статусу підприємця.

2. Ситуація, яка пов'язана з перервою у здійсненні підприємницької діяльності, коли фізична особа-підприємець протягом певного періоду не здійснює підприємницької діяльності, але залишається у статусі підприємця. Для її позначення іноді вживають терміни "тимчасове припинення", "призупинення" підприємницької діяльності. Недосконале врегулювання пов'язаних із цим відносин зумовило виникнення й існування у нашій країні проблеми так званих "сплячих" фізичних осіб-підприємців. Суть її полягає у тому, що до внесення змін у законодавство щодо сплати єдиного соціального внеску (далі – ЄСВ), фізична особа-підприємець могла призупинити здійснення підприємницької діяльності, продовжуючи перебувати у статусі підприємця, у цьому разі не виникало зобов'язань щодо сплати ЄСВ. 2017 р. введено в дію норми, що зобов'язали певні категорії фізичних осіб-підприємців, які не отримують дохід від діяльності, з 01.01.2017 р. сплачувати ЄСВ [14; 15]. На вирішення проблем "сплячих" фізичних осіб-підприємців держава змушена була прийняти спеціальні закони, що передбачали заходи щодо списання заборгованості стосовно окремих категорій фізичних осіб-підприємців, які не отримували доходу [16; 17].

3. У разі здійснення лише ліцензованого виду господарської діяльності зупинення й анулювання відповідної ліцензії матиме наслідком припинення (призупинення) підприємницької діяльності, але із збереженням статусу підприємця.

4. Державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця може бути здійснена стосовно особи, яка перебуває в активній підприємницькій діяльності, принаймні до дати внесення відповідного запису до Єдиного державного реєстру. У такому випадку наслідком державної реєстрації, окрім (1) втрати статусу підприємця, є (2) обов'язок такої фізичної особи припинити підприємницьку діяльність.

Для порівняння з юридичною особою у випадку її припинення вона припиняє існування як суб'єкт права, а відтак припиняється і діяльність такого суб'єкта (зокрема і підприємницька). У випадку ж фізичної особи, яка продовжує жити, позбавлення її статусу підприємця має наслідки у її правовому статусі, і припинення нею підприємницької діяльності є виявом її вольової поведінки або в силу (1) – прийнятого нею рішення про позбавлення статусу підприємця та звернення до органу державної реєстрації (у випадку добровільного позбавлення) – правовою формою таких дій є реалізація суб'єктивного права на припинення підприємницької діяльності, або в силу (2) застосованого до неї державного примусу (у випадку примусового позбавлення статусу). Правомірність поведінки в останньому випадку полягає у виконанні юридичного обов'язку припинення підприємницької діяльності фізичною особою, позбавленою статусу підприємця. Поведінка може бути і неправомірною: фізична особа, попри державну реєстрацію припинення її підприємницької діяльності, продовжує підприємницьку діяльність, яка визнається незаконною. Стаття 164 Кодексу України про адміністративні порушення передбачає адміністративну відповідальність за провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання [18].

5. Чинне законодавство містить і інші норми, які стосуються ситуації здійснення підприємницької діяльності фізичною особою без статусу підприємця. Так, згідно із ч. 3 ст. 50 ЦК України, якщо особа розпочала підприємницьку діяльність без державної реєстрації, уклавши відповідні договори, вона не має права оспорювати ці договори на тій підставі, що вона не є підприємцем. Уявляється, що в силу розширеного тлумачення ця норма повинна застосовуватися і до тих випадків, коли здійснено державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності – особа втратила статус підприємця, але нею фактично здійснюється така діяльність з укладенням відповідних договорів.

6. Одними з підстав здійснення державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця згідно із ч. 4 ст. 18 Закону України про реєстрацію є смерть особи й оголошення її померлою. У момент смерті припиняється її життєдіяльність, зокрема і підприємницька діяльність. Згідно із ч. 4 ст. 25 ЦК України у цей момент припиняється і цивільна правоздатність фізичної особи. Правові наслідки оголошення фізичної особи померлою прирівнюються до правових наслідків, які настають у разі смерті (ч. 1 ст. 47 ЦК України). Таким чином, внесення після смерті особи (у якої з погляду права вже припинена цивільна правоздатність разом із правом здійснення підприємницької діяльності) запису до Єдиного державного реєстру про припинення підприємницької діяльності такої

особи не має наслідком позбавлення її статусу підприємця. У такому випадку значення державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця зводиться до забезпечення за допомогою Єдиного державного реєстру збирання, обліку та надання достовірної інформації про фізичних осіб-підприємців [19, с. 78].

Таким чином, слід констатувати різну правову природу фактів:

1) факт припинення підприємницької діяльності є відображенням змін у поведінці суб'єкта права. Така поведінка може бути у формі реалізації суб'єктивного права або виконання юридичного обов'язку;

2) факт позбавлення статусу підприємця є відображенням змін у правовому статусі суб'єкта права. Позбавлення статусу підприємця визначає неправомірність здійснення підприємницької діяльності в подальшому.

Неврахування цього лежить в основі невдалої редакції ст. 51 ГК України, що визначає підстави припинення підприємницької діяльності (як зазначалося вище, норми цієї статті перейшли із ст. 11 Закону України "Про підприємництво"). Закріплені у ній підстави можуть розглядатися як підстави припинення підприємницької діяльності (1) із збереженням статусу підприємця (наприклад, у разі закінчення строку дії ліцензії) та (2) із позбавленням такого статусу (наприклад, у разі припинення існування підприємця, на підставі рішення суду).

Враховуючи викладене, пропонуємо уникнути дублювання в нормативній термінології та позбутися доволі умовного терміна "державна реєстрація припинення підприємницької діяльності" на користь терміна "державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою".

Позбавлення статусу підприємця фізичною особою означає втрату особою права на займання підприємницькою діяльністю. Державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою визначає дії держави щодо офіційного засвідчення факту позбавлення статусу підприємця фізичною особою.

Поняття "припинення фізичної особи-підприємця". Питання застосування та визначення цього поняття є дискусійним. Таке поняття є привабливим із погляду уніфікації термінології, коли зазначене поняття перебуватиме у структурному зв'язку з родовим поняттям *"припинення суб'єкта господарювання"* та однопорядковим – *"припинення суб'єкта господарювання-юридичної особи"*. Пропонуємо під **припиненням фізичної особи-підприємця** розуміти позбавлення фізичної особи статусу підприємця фізичною особою в результаті державної реєстрації такого стану (позбавлення статусу підприємця фізичною особою у вузькому значенні) або втрату нею цивільної правоздатності в момент смерті чи в день оголошення її померлою. Таким чином, враховуються різні обставини та правова природа втрати фізичною особою права на зайняття підприємницькою діяльністю, різні правові наслідки. У першому випадку – внаслідок державної реєстрації факту позбавлення підприємця статусу підприємця фізичною особою – зберігається цивільна правоздатність такої особи і її майнові зобов'язання, що виникли під час здійснення підприємницької діяльності. У другому випадку – припинення цивільної правоздатності у цілому внаслідок смерті чи оголошення її померлою з наслідками, що визначаються спадковим правом. Іншим варіантом є вживання позбавлення статусу підприємця фізичною особою у широкому значенні, яке охоплює собою два визначені вище випадки.

З метою усунення прогалин у правовому регулюванні питань припинення фізичних осіб-підприємців кодифікованим актом господарського законодавства, пропонуємо ст. 128 ГК України доповнити положеннями, згідно з якими громадянин втрачає статус підприємця в день внесення запису про державну реєстрацію позбавлення статусу підприємця фізичною особою або в момент її смерті чи в день оголошення її померлою.

Термін "ліквідація". Стосовно фізичної особи-підприємця не можуть бути застосовані терміни "ліквідація" та "реорганізація", які вживаються для позначення форм припинення виключно суб'єктів господарювання-господарських організацій (юридичних осіб). Слід розрізняти особливості термінології та визначення понять згідно з актами господарського законодавства й інших галузей законодавства, які мають свою спеціальну сферу застосування, особливий суб'єктний склад, що є відображенням особливостей правового регулювання певних галузей права. Так, у Податковому кодексі України щодо платників податків застосовано термін ліквідація платника податків. Згідно з п. 97.1 ст. 97 Податкового кодексу України під ліквідацією платника податків розуміється ліквідація платника податків як юридичної особи або державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичної особи чи реєстрація у відповідному уповноваженому органі припинення незалежної професійної діяльності фізичної особи (якщо така реєстрація була умовою ведення незалежної професійної діяльності), унаслідок якої відбувається закриття їхніх рахунків та/або втрата їхнього статусу як платників податків відповідно до законодавства [20].

Ми не підтримуємо позицію можливості застосування терміну "ліквідація" стосовно фізичної особи-підприємця. Насамперед, у силу різного змісту правового регулювання, юридичних підстав (умов), процесуально-правових дій і наслідків, які мають місце при ліквідації юридичних осіб як суб'єктів господарювання, з одного боку, та припиненні фізичної особи-підприємця, з іншого. У випадку ліквідації юридичних осіб відбувається припинення існування їх як суб'єктів права та припинення правовідносин за їхньої участі без правонаступництва. У випадку позбавлення статусу підприємця фізичною особою (у вузькому розумінні) правовідносини за їх участі не припиняються, а випадку смерті фізичної особи-підприємця виникають спадкові правовідносини, яким властиве універсальне правонаступництво. Якщо вживати у таких випадках термін "ліквідація", то тоді розмиватиметься традиційне розуміння відповідного поняття як способу припинення лише юридичних осіб без правонаступництва. Відповідно до дихотомічного поділу за критерієм правонаступництва ліквідація (відсутнє правонаступництво) традиційно класифікується поряд із реорганізацією (присутнє правонаступництво) як спосіб припинення саме суб'єктів господарювання-юридичних осіб. У силу цього не можна визнати вдалим визначення поняття ліквідації суб'єкта господарювання як родового, що у свою чергу включатиме видові поняття ліквідації юридичної особи та ліквідації фізичної особи-підприємця. У такому випадку виникає потреба розкриття змісту останнього через уже розглянуте поняття "припинення фізичної особи-підприємця" або "позбавлення статусу підприємця фізичною особою". Логічним є визначення як родового поняття "припинення суб'єкта господарювання", яке в силу поділу суб'єктів господарювання згідно із ч. 2 ст. 55 ГК України, охоплює собою два видові поняття: (1) припинення фізичної особи-підприємця (як варіант, позбавлення статусу підприємця фізичною особою у

його широкому значенні) та (2) припинення суб'єкта господарювання-юридичної особи. Останнє включає в себе два підвидові поняття: (2.1) ліквідація суб'єкта господарювання-юридичної особи та (2.2) реорганізація суб'єкта господарювання-юридичної особи.

ВИСНОВКИ

1. Правова природа (1) факту припинення підприємницької діяльності та (2) факту позбавлення статусу підприємця фізичною собою є різною. Перший є відображенням змін у поведінці суб'єкта права. Така поведінка може бути у формі реалізації суб'єктивного права або виконання юридичного обов'язку. Другий є відображенням змін у правовому статусі суб'єкта права. Позбавлення статусу підприємця визначає неправомірність здійснення підприємницької діяльності в подальшому.

Недоліком ст. 51 ГК України є те, що у ній не розмежовуються й одночасно зазначаються підстави припинення підприємницької діяльності, які мають різну правову природу. Такі підстави можуть розглядатися як підстави припинення підприємницької діяльності (1) зі збереженням статусу підприємця та (2) з позбавленням такого статусу.

2. Термін "державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичною особою" має бути замінений на термін "державна реєстрація позбавлення статусу підприємця фізичною особою" або як варіант "державна реєстрація припинення фізичної особи-підприємця". Відповідні зміни повинні бути внесені до чинного Закону про реєстрацію.

3. Запропоновано внести зміни до п. 3 ч. 2 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю", у якому слова "заяви про скасування реєстрації і припинення діяльності суб'єктів підприємництва" замінити на слова "заяви про ліквідацію суб'єкта господарювання-юридичної особи або позбавлення статусу підприємця фізичною особою".

3. Загальні положення щодо припинення фізичної особи-підприємця (позбавлення статусу підприємця фізичною особою у широкому розумінні) повинні встановлюватися у кодифікованому акті господарського законодавства – ГК України, або у його оновленому варіанті. Зокрема, у ньому мають закріплюватися відповідні термінологія та поняття, пов'язані з припиненням фізичної особи-підприємця.

Стосовно чинного ГК України запропоновано доповнити його ст. 128 новою частиною восьмою такого змісту: "8. Громадянин втрачає статус підприємця в день внесення запису про державну реєстрацію позбавлення статусу підприємця фізичною особою або в момент її смерті чи в день оголошення її померлою".

4. Запропоновано під припиненням фізичної особи-підприємця розуміти позбавлення фізичної особи статусу підприємця фізичною особою в результаті державної реєстрації такого стану (позбавлення статусу підприємця фізичною особою у вузькому значенні) або втрату нею цивільної правоздатності в момент смерті чи в день оголошення її померлою.

Поняття "позбавлення статусу підприємця фізичною особою" може вживатися у вузькому та широкому значеннях. У широкому значенні воно збігається з наведеним поняттям припинення фізичної особи-підприємця.

5. Структурний зв'язок між основними поняттями щодо припинення суб'єктів господарювання полягає у визначенні як родового поняття "припинення суб'єктів господарювання", яке включає видові поняття "припинення фізичної особи-підприємця" ("позбавлення статусу підприємця фізичною особою" у широкому значенні) та "припинення суб'єкта господарювання-юридичної особи". Термін "ліквідація" не варто вживати стосовно фізичних осіб-підприємців.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 №436-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 10.09.2021).
2. Цивільний кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 №435-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 10.09.2021).
3. Про підприємництво : Закон Української РСР від 07.02.1991 №698-XII (в редакції від 07.02.1991) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12/ed19910207#Text (дата звернення: 10.09.2021).
4. Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР "Про підприємництво" : Закон України від 15.10.1992 №2697-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-12/ed19921015#Text (дата звернення: 10.09.2021).
5. Про підприємництво : Закон України від 07.02.1991 №698-XII (в редакції від 03.12.1992) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12/ed19921203#Text (дата звернення: 10.09.2021).
6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури державної реєстрації підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців за заявницьким принципом : Закон України від 13.05.2014 №1258-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1258-18#Text (дата звернення: 10.09.2021).
7. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб та громадських формувань : Закон України від 15.05.2003 №755-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text (дата звернення: 10.09.2021).
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України : Закон від 02.12.2010 №2756-VI https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2756-17/ed20110101#Text (дата звернення: 10.09.2021).
9. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон від 30.06.1993 №3341-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12#Text (дата звернення: 10.09.2021).
10. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права : монографія / В.С. Щербина. – К . : Юрінком Інтер, 2008.
11. Актуальні проблеми господарського права: навч.посіб. / за ред. В.С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2012.
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедур припинення юридичних осіб та підприємницької діяльності фізичних осіб – підприємців за їх рішенням : Закон України від 19.05.2011 №3384-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3384-17#Text (дата звернення: 10.09.2021).
13. Закриття ФОП : Державні послуги. Державний портал [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://diia.gov.ua/services/zakrittya-fop (дата звернення: 10.09.2021).
14. Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 08.07.2010 №2464-VI Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text (дата звернення: 10.09.2021).
15. Чабаненко О. Що робити з ЄСВ-заборгованістю "сплячих" ФОП? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014525 (дата звернення: 10.09.2021).
16.Про внесення змін до Закону України "Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування" щодо усунення дискримінації за колом платників : Закон України від 13.05.2020 №592-IX [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/592-IX#Text (дата звернення: 10.09.2021).
17. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо соціальної підтримки платників податків на період здійснення обмежувальних протиепідемічних заходів, запроваджених з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2: Закон України від 04.12.2020 №1072-IX [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1072-20#Text (дата звернення: 10.09.2021).
18. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Кодекс України від 07.12.1984 №8073 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/paran1469#n1469 (дата звернення: 10.09.2021).
19. Господарське право (Загальна частина) : підручник. За ред. В.С. Щербини, В.В. Рєзнікової. Київ. Вид-во Ліра-К. 2021.
20. Податковий кодекс України : Кодекс України від 02.12.2010 №2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text (дата звернення: 10.09.2021).

References:

1. Hospodars'kyy kodeks Ukrayiny, Zakon Ukrayiny [The Commercial Code of Ukraine, Law of Ukraine] №436-15 (2003) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (accessed 10.09.2921) (in Ukrainian).
2. Tsyvil'nyy kodeks Ukrayiny, Zakon Ukrayiny [The Civil Code of Ukraine, Law of Ukraine] №435-15 (2003) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (accessed 10.09.2921) (in Ukrainian).
3. Pro pidpryyemnytstvo, Zakon Ukrayiny [On Entrepreneurship, Law of Ukraine] №698-XII (1991) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12/ed19910207#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian)
4. Pro vnesennya zmin i dopovnen' do Zakonu Ukrayins'koyi RSR "Pro pidpryyemnytstvo", Zakon Ukrayiny [On Amendments and Addenda to the Law of the Ukrainian SSR "On Entrepreneurship", Law of Ukraine] №2697-XII (1992) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-12/ed19921015#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
5. Pro pidpryyemnytstvo, Zakon Ukrayiny [On Entrepreneurship, Law of Ukraine] №698-XII (1992) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12/ed19921203#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
6. Pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny shchodo sproshchennya protsedury derzhavnoyi reyestratsiyi pidpryyemnyts'koyi diyal'nosti fizychnykh osib-pidpryyemtsiv za zayavnyts'kym pryntsypom, Zakon Ukrayiny [On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine to Simplify the Procedure for State Registration of Termination of Entrepreneurial Activity of Natural Persons – Entrepreneurs Using the Declarative Principle, Law of Ukraine] №1258-VII (2014) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1258-18#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
7. Pro derzhavnu reyestratsiyu yurydychnykh osib, fizychnykh osib ta hromads'kykh formuvan', Zakon Ukrayiny [On State Registration of Legal Entities, Natural Persons – Entrepreneurs and Public Formations, Law of Ukraine] №755-IV (2003) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
8. Pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny u zv'yazku z pryynyattyam Podatkovoho kodeksu Ukrayiny, Zakon Ukrayiny [On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine in Connection with the Adoption of the Tax Code of Ukraine, Law of Ukraine] №2756-VI (2010) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2756-17/ed20110101#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
9. Pro orhanizatsiyno-pravovi osnovy borot'by z orhanizovanoyu zlochynnistyu, Zakon Ukrayiny [On Organizational Legal Principles of Struggle against the Organized Crime, Law of Ukraine] №3341-XII (1993) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
10. Shcherbyna, V.S. (2008) Sub'yekty hospodars'koho prava [Subjects of economic law]. Kyiv: Yurinkom Inter (in Ukrainian).
11. Aktual'ni problemy hospodars'koho prava (2012) [Current issues of business law]. Kyiv: Yurinkom Inter (in Ukrainian).
12. Pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny shchodo sproshchennya protsedur prypynennya yurydychnykh osib ta pidpryyemnyts'koyi diyal'nosti fizychnykh osib – pidpryyemtsiv za yikh rishennyam, Zakon Ukrayiny [About Modification of Some Legislative Acts of Ukraine Concerning Simplification of Procedures of the Termination of Legal Entities and Business Activity of Physical Persons – Businessmen by Their Decision, Law of Ukraine] №3384-VI (2011) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3384-17#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
13. Zakryttya FOP : Derzhavni posluhy. Derzhavnyy portal [Closing of Natural Persons – Entrepreneurs: Public services. State portal] https://diia.gov.ua/services/zakrittya-fop (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian)
14. Pro zbir ta oblik yedynoho vnesku na zahal'noobov"yazkove derzhavne sotsial'ne strakhuvannya, Zakon Ukrayiny [On Collection and Registration of the Single Contribution for Mandatory State Social Insurance, Law of Ukraine] №2464-VI (2010) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
15. Chabanenko O. Shcho robyty z YESV-zaborhovanistyu "splyachykh" FOP? (2021) [What to do with the SRS-debt of "sleeping" natural persons – entrepreneurs private individuals?] https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014525 (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
16. Pro vnesennya zmin do Zakonu Ukrayiny "Pro zbir ta oblik yedynoho vnesku na zahal'noobov"yazkove derzhavne sotsial'ne strakhuvannya" shchodo usunennya dyskryminatsiyi za kolom platnykiv, Zakon Ukrayiny [On Amendments to the Law of Ukraine "On Collection and Accounting of the Single Contribution for Compulsory State Social Insurance" to Eliminate Discrimination by Payers, Law of Ukraine] №592-IX (2020) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/592-IX#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
17. Pro vnesennya zmin do Podatkovoho kodeksu Ukrayiny ta inshykh zakoniv Ukrayiny shchodo sotsial'noyi pidtrymky platnykiv podatkiv na period zdiysnennya obmezhuval'nykh protyepidemichnykh zakhodiv, zaprovadzhenykh z metoyu zapobihannya poshyrennyu na terytoriyi Ukrayiny hostroyi respiratornoyi khvoroby COVID-19, sprychynenoyi koronavirusom SARS-CoV-2, Zakon Ukrayiny [On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Other Laws of Ukraine on Social Support of Taxpayers for the Period of Restrictive Anti-Epidemic Measures Introduced to Prevent the Spread of Acute Respiratory Disease COVID-19 Caused by SARS-CoV-2 Coronavirus in Ukraine, Law of Ukraine] №1072-IX (2020) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1072-20#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
18. Kodeks Ukrayiny pro administratyvni pravoporushennya, Zakon Ukrayiny [Code of Ukraine on Administrative Offenses, Law of Ukraine] №8073 (1984) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/paran1469#n1469 (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).
19. Hospodars'ke pravo.Zahal'na chastyna (2021) Commercial law. General part. Kyiv, Lira-K (in Ukrainian).
20. Podatkovyy kodeks Ukrayiny, Zakon Ukrayiny [Tax Code of Ukraine, Law of Ukraine] №2755-VI (2010) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text (accessed 10.09.2021) (in Ukrainian).

Received: 28/09/2021
Accepted: 20/10/2021

P. Povar, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LEGAL REGULATION OF CESSATION OF A NATURAL PERSON-ENTREPRENEUR: CONCEPTUAL AND TERMINOLOGICAL PROBLEMS

An important element of the legal status of a natural person-entrepreneur is the conditions for depriving him of the entrepreneur status. The purpose of the article is to determine the scope and content of the conceptual and terminological apparatus of legal regulation of a natural person-entrepreneur cessation, development of theoretical provisions and proposals for improving legislation and law enforcement practice. The research methodology is based on the application of historical, systemic, structural methods, methods of analysis, synthesis and other formal-logical procedures.

As a result of the study of the historical formation of Ukrainian legislation, a logical series of development of the conceptual and terminological apparatus of legislative acts is defined and highlighted. The necessity of enshrining in the codified act in the field of entrepreneurship general provisions on deprivation of the status of an entrepreneur by an individual, including the use of appropriate terminology and concepts, is substantiated.

Proposals have been formulated to supplement The Commercial Code of Ukraine with a norm on the loss of the entrepreneurial status by an individual. The distinction is made and the relations between the concepts of "termination of the natural person-entrepreneurial activity", "deprivation of a natural person of the entrepreneur status", "cessation of a natural person-entrepreneur", "cessation of the economic entity" are established.

The provisions on the legal nature of the fact of termination of entrepreneurial activity and the fact of deprivation of a natural person of the status of an entrepreneur have been studied and formulated. The shortcomings of the norms of the current legislation, which do not differentiate the grounds for termination of activity of different legal nature, have been identified and substantiated.

It is proposed to replace the term "state registration of cessation of natural person – entrepreneur activity" with the term "state registration of deprivation a natural person of the entrepreneurial status" and make appropriate changes in the legislation of Ukraine.

In the conclusion the inexpediency of using the term "liquidation" in relation to a natural person-entrepreneur is substantiated. The definition of the concept of "cessation of a natural person-entrepreneur" is formulated. The possibility of using the concept of " deprivation of a natural person of the status of an entrepreneur" in the narrow and broad sense is outlined. Provisions are formulated for the structural connection between the basic concepts of cessation of economic entities.

Keywords: cessation of the entrepreneurial activity, natural person-entrepreneur, citizen-entrepreneur, deprivation of a natural person of the status of an entrepreneur, cessation of economic entities, state registration, liquidation.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 70-74
УДК 342.5
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-13

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

С. В. Прилуцький, д-р юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-5019-6975
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРИНЦИП ПРИРОДНОГО СУДУ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

2016 року у ст. 125 Основного Закону України з'явилося положення, яке передбачає, що відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Наповнюючи змістом це формулювання, у ст. 31 Закону "Про судоустрій і статус суддів" (2016 р.) установлено, що у системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. До цієї категорії судів нині належать Вищий суд із питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд, діяльність яких започатковано відповідним законодавством.

Проте у політичних колах розгорнулася дискусія щодо конституційності вказаного суду й відповідно суб'єкт права на конституційне подання поставив під сумнів низку положень Закону "Про Вищий антикорупційний суд" і звернувся до Конституційного Суду України про визнання цього закону неконституційним повністю. У свою чергу, Конституційний Суд України розпочав судове конституційне провадження щодо цього питання.

Ознайомлення з правовою позицією суб'єкта конституційного подання вказує на те, що ключове питання цього конституційного провадження стосується наявності ознак "особливого суду" (у розумінні ч. 6 ст. 125 Конституції України) у механізмі законодавчого регулювання правового статусу Вищого антикорупційного суду.

З метою пошуку об'єктивної відповіді на існуючу колізію виникла необхідність виокремлення ключових ознак "особливого суду". Для розв'язання такої прикладної проблеми автор статті звернувся до теоретичних і прикладних положень принципу природного суду, що і стало предметом дослідження цієї роботи.

Ключові слова: природний суд, право на справедливий суд, Вищий антикорупційний суд, особливий суд, надзвичайний суд.

ВСТУП

Після конституційної реформації 2016 р., у ст. 125 Основного Закону з'явилося положення такого змісту: "Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди". Розвиваючи це конституційне положення, у ст. 31 Закону "Про судоустрій і статус суддів" (2016 р.) установлено, що у системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. До цієї категорії судів нині належать Вищий суд із питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд. 2018 р. законодавець ухвалив Закон "Про Вищий антикорупційний суд", а Законом "Про утворення Вищого антикорупційного суду" (2018 р.) започаткував створення цього суду.

Проте у політичних колах розгорнулася дискусія щодо конституційності цього суду й відповідно суб'єкт права на конституційне подання (49 народних депутатів) у конституційному поданні (№ 04-02/6-339 від 22 липня 2020 р.) [1] поставив під сумнів низку положень Закону "Про Вищий антикорупційний суд" і звернувся до Конституційного Суду України про визнання вказаного закону неконституційним повністю. У свою чергу, Конституційний Суд України розпочав судове конституційне провадження щодо цього питання[4].

Детальне ознайомлення із правовою позицією суб'єкта конституційного подання вказує на те, що ключове питання цього конституційного провадження стосується наявності ознак "особливого суду" (у розумінні ч. 6 ст. 125 Конституції України) у механізмі законодавчого регулювання правового статусу Вищого антикорупційного суду.

З метою пошуку об'єктивної відповіді на існуючу колізію, необхідним є абстрактне виокремлення головних ознак "особливого" суду. І для розв'язання цієї прикладної проблеми, на мою думку, доречно передусім звернутись до концепції "природного суду", що й виступить ключовим предметом дослідження цієї роботи.

Міжнародні та зарубіжні критерії принципу природного суду. Принцип "природного суду (судді)" (ісп. – *juez natural*) становить фундаментальну гарантію права на справедливий судовий розгляд. Ідейні основи цього принципу вже можна побачити у *Великій хартії вольностей* (1215 р.), які відображалися у "праві на суд рівних відповідно до законів країни" [2, с. 65]. Водночас, у період Великої французької революції принцип природного суду відображено у *Конституції Франції* (1791 р.) [3], де встановлювалося, що громадяни не можуть бути позбавлені законної підсудності ніякими спеціальними указами, ні іншими розпорядженнями про передачу чи вилучення їхніх справ, крім випадків, передбачених законом.

На сьогоднішній день ідея природного суду відображена у положеннях ст. 14 *Міжнародного пакту про громадянські й політичні права* (далі – МПГПП), де встановлено, що всі особи є рівними перед судами і трибуналами і кожен має право у процесі розгляду будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, або у разі визначення його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону; а також у ст. 6 *Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод*, яка встановлює право на справедливий суд, і передбачає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

У сучасному розумінні, принцип природного суду означає, що жодна особа не може бути засуджена інакше, ніж звичайним, раніше встановленим, компетентним судом або суддею. Як наслідок цього принципу, не допускається створення екстрених, ad hoc, надзвичайних судів і судів, створених ex post facto (постфактум). Незважаючи на те, що принцип "природного суду (судді)" заснований на суміжному принципі рівності перед законом і судом, який означає, що закони не повинні бути дискримінаційними або застосовуватися суддями дискримінаційним чином, проте, як зазначає Комітет із прав людини, "*право на рівність перед законом і на рівний захист закону без будь-якої дискримінації не*

[4] Переглянути відкриту частину пленарного засідання можна на офіційному вебсайті Конституційного Суду України за посиланням: http://ccu.gov.ua/kategoriya/2020

© Прилуцький С. В., 2021

означає, що будь-яка різниця в поводженні є дискримінаційною". Проте, як неодноразово вказував Комітет, різниця в поводженні допустима, тільки якщо вона заснована на розумних і об'єктивних критеріях.

Комісія з прав людини підтвердила принцип "природного судді" в ряді прийнятих нею резолюцій. Наприклад, у резолюції 1989/32 Комісія рекомендувала державам брати до уваги принципи, що містяться у проєкті *Загальної декларації про незалежність правосуддя*, також відомої як Декларація Сінгві[5]. Стаття 5 цієї Декларації встановлює: "(b) *Ніякий судовий орган не повинен створюватися ad hoc, з метою підміни юрисдикції, якою належним чином наділені суди*; (c) Кожен має право на розгляд його справи з належною терміновістю і без необґрунтованих затримок *звичайними судами або судовими трибуналами, в установленому законом порядку, з можливістю судового перегляду*; (e) У періоди надзвичайних ситуацій держава має докладати всіх зусиль для того, щоб справи цивільних осіб, обвинувачених у будь-яких кримінальних правопорушення, розглядалися звичайними цивільними судами". Також варто виокремити дві резолюції про "чесність і непідкупність судової системи", в яких Комісія ще раз вказала, що "кожна людина має право на судовий розгляд у звичайних судах або трибуналах, які *застосовують установлені юридичні процедури*, а також і те, що *трибунали, які не застосовують установлені належним чином юридичні процедури, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів, створюватися не повинні*" [4, с. 8].

Існування спеціальних судів або юрисдикцій широко поширене й обумовлено специфікою розглянутих ними питань. Так, спеціальні юрисдикції існують у багатьох правових системах для вирішення питань, пов'язаних із трудовим, адміністративним, сімейним, комерційним правом тощо. До того ж, *у процесі розгляду кримінальних справ у виняткових випадках існування спеціальних юрисдикцій для певних груп, таких як корінні народи і неповнолітні, визнається міжнародним правом і обумовлено особливостями осіб, щодо яких ведеться кримінальне переслідування*.

У своїй діяльності Комітет із прав людини не виробив значної практики, що стосується принципу "природного судді", проте він торкався питання про "надзвичайні" або спеціальні суди. Традиційно він не розглядав спеціальні суди, які за своєю суттю несумісні з п. 1 ст. 14 МПГПП [4, с. 9].

У зауваженні загального порядку № 13, прийнятому 1984 р, Комітет із прав людини висловив таку точку зору: "*Положення ст. 14 застосовуються до всіх, як звичайних, так і спеціальних, судів і трибуналів, й охоплюються цією статтею. Комітет зазначає існування в багатьох країнах військових і спеціальних судів, які розглядають справи цивільних осіб. Це могло б привести до серйозних проблем у тому, що стосується справедливого, неупередженого і незалежного відправлення правосуддя. Часто причина створення таких судів полягає в тому, щоб дозволити застосування виняткових процедур, що не відповідають звичайним нормам правосуддя. Хоча Пакт і не забороняє такі категорії судів, проте розгляд цивільних справ такими судами може здійснюватися на винятковій основі і проводитися в умовах, за яких дійсно повністю дотримуються всі гарантії, передбачені статтею 14... Якщо держави-учасники під час надзвичайного стану у країні вирішують, як передбачено у ст. 4, відступити від звичайної процедури, дотримуватися якої вимагає ст. 14, то вони повинні забезпечити, щоб ці відступи не виходили за межі, які необхідні внаслідок гостроти фактичного положення, і задовольняли інші умови п. 1 ст. 14*" [4, с. 10].

Комітет неодноразово висловлював свою стурбованість щодо використання спеціальних судів і в декількох випадках рекомендував подібні суди відмінити. Комітет також розглядає скасування спеціальних судів як фактор, що вносить позитивний внесок в імплементацію МПГПП на національному рівні.

Для прикладу, Комітет рекомендував Нігерії скасувати "*всі укази, які встановлюють спеціальні трибунали, або скасовують звичайні конституційні гарантії основних прав, або юрисдикцію звичайних судів*".

У справі проти Нікарагуа Комітет установив, що "*процедури перед Tribunales Especiales de Justicia [спеціальні трибунали ad hoc] не надавали гарантій справедливого розгляду, передбачених ст. 14 Пакту*".

Комітет установив порушення права на справедливий судовий розгляд у справі, в якій відносно обвинуваченого проводилося судове слухання і він був засуджений і в першій, і в апеляційній інстанціях, які складалися з "*безликих суддів*", без належного забезпечення громадських слухань і змагального процесу; йому не було дозволено бути присутнім і захищати себе під час розгляду, ні особисто, ні через свого представника, і не було надано можливості задавати питання свідкові обвинувачення.

У схожій справі, що стосується Перу, Комітет дійшов висновку, що "сама природа системи розглядів "безликими суддями" у віддаленій в'язниці заснована на виключенні громадськості з розгляду. У цій ситуації обвинувачені не знають, ким є судді, які здійснюють щодо них розгляд, а для підготовки обвинувачених до захисту і спілкування зі своїми адвокатами створюються неприпустимі перешкоди. Більш того, ця система не здатна гарантувати головний аспект справедливого суду*: суд повинен бути, і це має бути очевидно, незалежним і безстороннім*. У системі розгляду, проведеного "безликими суддями", не гарантовано ні незалежність, ні неупередженість суддів, оскільки суд, будучи заснованим ad hoc, може включати в себе діючих службовців збройних сил".

Комітет із прав людини зазначив, що спеціальні трибунали повинні виконувати положення ст. 14 МПГПП. Проте він сказав, що "доволі часто *причини створення таких судів полягають у тому, щоб допустити застосування виняткових процедур, які не відповідають звичайним нормам правосуддя*".

Міжамериканська комісія з прав людини також звернулася до принципу "природного судді". Позиція Комісії була чітко узагальнена в рекомендаціях загального порядку, які вона сформулювала для своїх держав-членів 1997 р.: "У зв'язку з питаннями юрисдикції Комісія нагадує державам-членам, що судові провадження щодо їхніх громадян повинні проводитися відповідно до звичайних законів і системи правосуддя та їхніми природними (натуральними) суддями" [4, с. 11].

Концепція "природного суду" є визначальною для конституційного ладу багатьох країн світу. Так, згідно з Доповіддю Європейської комісії "За демократію через право" (Венеціанської комісії) щодо незалежності судової системи, ч. I: незалежність суду (прийнята Венеціанською комісією на 82-му (Венеція, 12–13 березня 2010 р.), багато європейських конституцій містять суб'єктивне право особи на розгляд її справи "законним суддею" (у законодавчих положеннях часто визначається як "суддя природного права, попередньо встановлений законом"). Найчастіше такі гарантії формулюються через заперечувальне речення, наприклад, у Конституції Бельгії: "Жодна особа не може без власного бажання бути позбавлена можливості розгляду її справи суддею, що призначений їй законом" (ст. 13) або Італії: "Жодна особа не може бути позбавлена можливості розгляду її справи суддею природного права,

[5] Декларація Сінгві стала основою для Основних принципів ООН, що стосуються незалежності судових органів.

установленим законом". Інші конституції визначають "право на розгляд справи суддею, установленим законом" у стверджувальний спосіб, наприклад, Конституція Словенії: "Кожна особа має право на своєчасне винесення рішення щодо її прав та обов'язків або висунутих проти неї обвинувачень судом, установленим законом. Тільки суддя, призначений за правилами, заздалегідь установленими законодавством, та відповідними судовими регламентами, може судити цю особу".

Також, згідно з § 24 Конституції Естонії: "Жодна особа не може бути без власного бажання переведена з юрисдикції одного суду до юрисдикції іншого суду"; Ст. 8 Конституції Греції: "Жодна особа не може без власного бажання бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом"; Ст. 33 Конституції Ліхтенштейну: "Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи відповідним суддею; створення спеціальних трибуналів заборонене"; Ст. 13 Конституції Люксембурга: "Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом"; Ст. 17 Конституції Нідерландів: "Жодна особа не може бути без власної волі позбавлена доступу до суду, до якого вона має право звертатися згідно із законом", Ст. 83 Конституції Австрії: "Жодна особа не може бути позбавлена права на розгляд її справи суддею, установленим законом"; Ст. 32 п. 9 Конституції Португалії: "Жодна особа не може бути позбавлена доступу до суду, що вже мав відповідну юрисдикцію за раніше діючим законом"; Ст. 48 Конституції Словаччини: "Жодна особа не може бути виключена з юрисдикції судді, що був визначений для неї законом. Юрисдикція суду встановлюється законом"; Ст. 101 Основного закону Німеччини: "Жодна особа не може бути виключена з юрисдикції свого законного судді".

У Висновку цієї доповіді вказано, що базові принципи, які стосуються незалежності судової системи, мають бути закріплені у Конституції чи текстах еквівалентної юридичної сили. Серед них головними є такі: судова система є незалежною від інших органів державної влади, судді у своїй діяльності підпорядковуються тільки закону, розрізняються лише за функціями, які вони виконують, включно з принципом того, що суддя природного права чи суддя за законом попередньо встановлюється законом та є незмінюваним [5, с. 103].

Співвідношення "природного" й "особливого" суду в контексті ч. 6 ст. 125 Конституції України. Водночас, переживши епоху тоталітарного терору, масових репресій і каральної юстиції, на теренах сучасної України сформувалося чітке усвідомлення того, який суд недопустимий у демократичному суспільстві та правовій державі. На вітчизняному конституційно-правовому ґрунті концепт "природного суду" передусім знайшов своє відображення саме в конституційних положеннях (ч. 6 ст. 125), як імперативній нормі-забороні. Неприпустимість утворення надзвичайних чи особливих судів є своєрідним запобіжником від "неприродного суду".

Як зазначають В. В. Комаров і Н. В. Сібільова, у ст. 125 Конституції "міститься імперативна норма щодо заборони створення надзвичайних та особливих судів. Причому зміст цих понять ні в Конституції України, ні у Законі України "Про судоустрій і статус суддів" не розкрито. Застосування ретроспективного інструментарію приводить до висновку про те, що й у законодавстві, й у науці ***під особливими судами розуміють відокремлені судові установи зі своєю системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (як правило, тільки кримінальних)***. Надзвичайними судами вважають суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (як правило, кримінальної) справи на підставі спеціального акта відповідного органу державної влади. Указане значення наведених понять свідчить про те, що навіть закріплення у законі можливості існування таких судів і визначення певного порядку їхнього утворення не позбавляє їх статусу особливих чи надзвичайних, оскільки вони за своєю природою суперечать закладеним у Конституції вимогам" [6, с. 873].

Також у досить авторитетному науково-практичному коментарі до Закону України "Про судоустрій і статус суддів", видання 2019 р., зазначено: "Важкий досвід власного історичного минулого зумовив необхідність на конституційному рівні (ст. 125 Основного Закону) установити норму, яка забороняє створення надзвичайних та особливих судів. Це конституційне положення відтворено у коментованій статті Закону. ***Надзвичайні суди*** – судові органи з особливим правовим статусом (порівняно із загальними судами), які створюються тільки у виняткових випадках, – у разі державного перевороту, революції, дії надзвичайного стану або під час війни тощо. Подекуди надзвичайні суди створюють за відсутності особливого стану за звичайних умов як інструмент соціально-політичного терору (наприклад, у 30-х рр. минулого століття "трійки" НКВС). Надзвичайні суди завжди переслідують каральну мету. Вони не обумовлені завданнями, установленими законом, а також звичайною формою судової процедури або загальними принципами правосуддя, такими як: право на захист або презумпція невинуватості. Зазвичай, розгляд справ у надзвичайному суді має закритий характер терору, а їхні рішення не підлягають ніякому оскарженню.

Особливі суди – судові органи, які утворювалися для прискореного вирішення окремих, особливих для певного періоду категорій справ. В історії України були приклади особливих судів, які діяли за спрощеною процедурою судочинства, а справи розглядалися за відсутності захисту (дет. див.: Д. С. Сусло. Історія суду Радянської України (1917–1967 рр.). К., 1968; П. Соломон. Советская юстиция при Сталине. М., 1999.). Потрібно чітко відрізняти "надзвичайні" чи "особливі" суди від "спеціалізованих" судів. Водночас, за "окремої" спеціалізації у сфері адміністративних і господарських правовідносин законодавчою новелою стало запровадження "особливої" спеціалізації щодо питань інтелектуальної власності і протидії корупції, у зв'язку із чим утворюються Вищий суд із питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд. Утворення "вищих" судових ланок вочевидь передбачає наявність підпорядкованих їм інстанцій нижчого рівня. Проте, як випливає з положень Закону, вищі спеціалізовані суди утворюються як суди першої_інстанції. З огляду на зазначене, видається, що має місце певна дихотомічна некоректність щодо назви новостворених судових установ, а також щодо визначення їхнього місця в системі судів України. Відповідно, або статус цих судів мав би бути визначений на рівні місцевих спеціалізованих судових інстанцій, або варто було б скоригувати їхню назву через усунення терміна "вищі". Можливо найприйнятнішим для їхньої характеристики є поняття "особливі спеціалізовані суди". Проте, як відомо, у вітчизняній системі права питання інтелектуальної власності належать до сфери цивільно-правових відносин (книга четверта ЦК України "Право інтелектуальної власності"), а корупційні правопорушення і злочини – до сфери кримінально-правових відносин і протидії злочинності (розд. 17 КК України "Злочини у сфері службової діяльності"). Тому виокремлення цих судів в окрему групу невиправдане, оскільки існують усі підстави для включення їх до системи загального судочинства України" [7, с. 21–22].

Водночас, постає питання, чи існує якась особлива специфіка судового провадження щодо виділеної категорії справ до підсудності Вищого антикорупційного суду, на відміну від не менш небезпечних для суспільства й

держави кримінальних правопорушень, наприклад основ національної безпеки України; проти життя та здоров'я особи; обігу наркотичних засобів чи проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку та ін.)? Як нам відомо, не існує. Усе це – провадження судів загальної юрисдикції у сфері кримінально-правових відносин.

Убачається, що на противагу системі загальної юрисдикції утворено, особливу – виключну юрисдикцію, що містить суперечність конституційному концепту "природного суду". Водночас, конституційно-правової підстави для запровадження такої особливої, на відміну від загальної юрисдикції, не вбачається.

На моє глибоке переконання, принцип спеціалізації в організації та діяльності судових органів, передусім спрямовано на оптимізацію роботи загальної судової системи, покращення її ефективності. Як відомо, згідно із ч. 2 ст. 22 чинного Закону "*Про судоустрій і статус суддів*" (2016) місцеві загальні суди розглядають *цивільні, кримінальні, адміністративні справи, а також справи про адміністративні правопорушення* у випадках і порядку, визначених процесуальним законом. Це повною мірою відповідає поняттю загальної юрисдикції, утворення якої передбачено п. 12 "Перехідних положень" Конституції України. Конституційним імперативом є система судів загальної юрисдикції.

Таким чином, окремі форми судової спеціалізації, щодо загальної юрисдикції, допустимі як субсидіарні, допоміжні і в жодному разі не повинні підміняти собою загальну судову спеціалізацію. Конституційним імперативом окремої судової спеціалізації, у межах загальної юрисдикції, є лише *адміністративні суди* (ч. 5 ст. 125 Конституції України).

На субсидіарний характер окремої судової спеціалізації, відносно загальної судової юрисдикції, прямо вказують конституційні положення (ч. 4 ст. 125). Зокрема, Основний Закон чітко говорить про диспозитивний, а не імперативний характер вищих спеціалізованих судів: "*Відповідно до закону* ***можуть*** *діяти вищі спеціалізовані суди*". Конституція України припускає можливість існування "вищих спеціалізованих судів", але не стверджує обов'язковість їхнього існування як наприклад Верховного Суду чи адміністративних судів.

Згідно з принципом "природного суду" до підсудності системи судів загальної юрисдикції мають належати всі кримінальні та цивільні провадження (загальна юрисдикція). Очевидно, що перелік статей КК України, які передані до юрисдикції Вищого антикорупційного суду, природно належав і має належати до юрисдикції загального кримінального судочинства. Проте, згідно зі ст. 33-1 КПК України, запроваджено **виключну підсудність** Вищого антикорупційного суду, до якої віднесено кримінальні провадження стосовно корупційних кримінальних правопорушень, передбачених у примітці ст. 45 КК України (корупційними кримінальними правопорушеннями відповідно до КК України вважають кримінальні правопорушення, передбачені ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їхнього вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені ст. 210, 354, 364, 364^{-1}, 365^{-2}, 368, 368^{-3}-369, 369^{-2}, 369^{-3} КК України, а також ст. 206-$^{-2}$, 209, 211, 366^{-1} КК України, якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених пунктами 1-3 ч. 5 ст. 216 КПК України.

Слідчі судді Вищого антикорупційного суду здійснюють судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду.

Інші суди, визначені КПК, не можуть розглядати кримінальні провадження щодо кримінальних правопорушень, які віднесені до підсудності Вищого антикорупційного суду (крім випадку, передбаченого абз. 7 ч. 1 ст. 34 КПК). Тобто, у разі, якщо обвинувачений чи потерпілий є або був суддею чи працівником апарату Вищого антикорупційного суду і кримінальне провадження належить до підсудності цього суду, таке кримінальне провадження у першій інстанції здійснює апеляційний суд, юрисдикція якого поширюється на м. Київ, і в такому разі ухвалені судові рішення оскаржують в апеляційному порядку до апеляційного суду, який визначається колегією суддів Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Вбачається, що наділивши Вищий антикорупційний суд виключною підсудністю, щодо системи загальних судів, законодавець істотно відступив від допустимих меж конституційної законності.

ВИСНОВКИ

Проведений теоретичний аналіз дає підстави виокремити ознаки особливого суду, зокрема:

1) Відокремлена судова установа з окремою системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (особлива підсудність) чи щодо окремої категорії осіб.

2) Суд, на який покладаються особливі, відмінні від інших загальних судів, мета й завдання діяльності.

3) Суд, який утворюється для прискореного вирішення окремих, особливих для певного періоду, категорій справ.

4) Суд, в якому судді мають особливий правовий статус (особливі завдання у разі здійснення судочинства; особливі професійні цензи (вимоги, критерії добору); особливий (неординарний) порядок формування суддівського корпусу тощо.

Водночас, установлення ***принципу природного суду*** є фундаментальним конституційно-правовим надбанням цивілізованого людства, який покликаний захистити людину, її права та свободи від свавілля держави та використання судів як інструменту терору й неправомірного переслідування особи.

Список використаних джерел:

1. Конституційне подання (*№04-02/6-339 від 22 липня 2020 року*) щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про Вищий антикорупційний суд" від 7 червня 2018 року № 2447-VIII https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_349_2020.pdf (дата звернення: 06. 09.2021).
2. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн: Хрестоматія. – К.: Вентурі, 1995. – 176 с.
3. Конституція Франції 1791 р. http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1791.htm (дата звернення: 06. 09.2021).
4. Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров. Практическое руководство №1. Международная комиссия юристов, 2007. -239 с.
5. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К., 2015. – 708 с.
6. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О.В.Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і допов. Х.: Право, 2011. – 1128 с.
7. Закон України "Про судоустрій і статус суддів". Науково-практичний коментар / за заг.ред. д-ра юрид. наук, проф. М. А. Погорецького, д-ра юрид. наук, доц. О. З. Хотинської-Нор та д-ра юрид. наук, проф. О. Г. Яновської. Київ: Алерта, 2019. – 668 с.

References:

1. Konstytutsiine podannia (№04-02/6-339 vid 22 lypnia 2020 roku) shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) Zakonu Ukrainy "Pro Vyshchyi antykoruptsiinyi sud" vid 7 chervnia 2018 roku № 2447-VIII https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_349_2020.pdf (data zvernennia: 06. 09.2021).
2. Shevchenko O.O. Istoriia derzhavy i prava zarubizhnykh krain: Khrestomatiia. – K.: Venturi, 1995. – 176 s.
3. Konstytutsiia Frantsii 1791 r. http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1791.htm (data zvernennia: 06. 09.2021).
4. Mezhdunarodnыe pryntsypy, kasaiushchyesia nezavysymosty y podotchётnosty sudei, advokatov y prokurorov. Praktycheskoe rukovodstvo №1. Mezhdunarodnaia komyssyia yurystov, 2007. – 239 s.
5. Ievropeiski ta mizhnarodni standarty u sferi sudochynstva. – K., 2015. – 708 s.

6. Konstytutsiia Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar / redkol.: V.Ia.Tatsii (holova redkol.), O.V.Petryshyn (vidp. sekretar), Yu.H.Barabash ta in.; Nats. akad. prav. nauk Ukrainy. – 2-he vyd., pererobl. i dopov. Kh.: Pravo, 2011. – 1128 s.

7. Zakon Ukrainy "Pro sudoustrii i status suddiv". Naukovo-praktychnyi komentar / za zah.red. d-ra yuryd. nauk, prof. M. A. Pohoretskoho, d-ra yuryd. nauk, dots. O. Z. Khotynskoi-Nor ta d-ra yuryd. nauk, prof. O. H. Yanovskoi. Kyiv: Alerta, 2019. – 668 s.

Received: 06/09/2021
Accepted: 08/10/2021

S. Prylutskyi, Dr. Sc. (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PRINCIPLE OF NATURAL COURT: CURRENT PROBLEMS OF LEGAL UNDERSTANDING AND LAW ENFORCEMENT IN UKRAINE

In 2016, a provision appeared in Article 125 of the Basic Law, which stipulated that higher specialized courts may operate in accordance with the law. Filling the content of this wording in, Article 31 of the Law "On the Judiciary and the Status of Judges" (2016) establishes that in the judicial system there are higher specialized courts as courts of first instance to consider certain categories of cases. This category of courts today includes the High Court of Intellectual Property and the High Anti-Corruption Court, activities of which are initiated by the relevant legislation.

However, in political circles there was a discussion about the constitutionality of this court and, accordingly, the subject of the right to a constitutional petition questioned a number of provisions of the Law "On the Supreme Anti-Corruption Court" and appealed to the Constitutional Court of Ukraine to declare this law unconstitutional. In turn, the Constitutional Court of Ukraine initiated constitutional proceedings on this issue.

Familiarization with the legal position of the subject of the constitutional petition indicates that the key issue of this constitutional proceeding concerns the presence of signs of a "special court" (within the meaning of Part 6 of Article 125 of the Constitution of Ukraine) in the mechanism of legislative regulation of the Supreme Anti-Corruption Court.

In order to find an objective answer to the existing conflict, it is necessary to abstractly identify the main features of a "special" court. To solve such an applied problem, the author of the article turned to the theory and applied provisions of the principle of natural judgment, which was the subject of this study.

As a result of the study, the author argues that by giving the Supreme Anti-Corruption Court exclusive jurisdiction over the system of general courts, the legislator has significantly deviated from the permissible limits of constitutional legality.

The author singled out and grouped the key features of a special court, which included: 1) Separation of a judicial institution with a separate system of instances for consideration of certain categories of cases selected from the general array (special jurisdiction) or in respect to a separate category of persons. 2) The court, which is entrusted with special, different from other general courts, the purpose and objectives of the activity. 3) A court formed to expedite the resolution of certain categories of cases specific to a certain period; 4) A court in which judges have a special legal status (special tasks in the administration of justice; special professional qualifications (requirements, selection criteria); a special (extraordinary) procedure for the formation of the judiciary, etc.

It is seen that the principle of natural judgment – is a fundamental constitutional and legal heritage of civilized humanity, which is designed to protect people, their rights and freedoms from the arbitrariness of the state, and from the use of courts as an instrument of terror and wrongful persecution.

Keywords: natural court, right to a fair trial, Supreme Anti-Corruption Court, special court, emergency court.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 74-78
УДК 343.7
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-4

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing center "Kyiv University", 2021

Д. С. Птащенко, канд. юрид. наук, асист.
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

САМОЧИННЕ (САМОВІЛЬНЕ) БУДІВНИЦТВО: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В АСПЕКТІ РЕГУЛЯТОРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА НОРМАТИВНИХ СКЛАДІВ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Досліджено окремі проблеми кримінальної відповідальності самочинного (самовільного) будівництва в аспекті регуляторного законодавства України, фактичних ситуацій і нормативних складів кримінальних правопорушень. Висвітлено проблематику зіставлення нормативних складів кримінальних правопорушень із регуляторним та охоронним (адміністративним) правом України (у першу чергу законодавством у сфері містобудівної діяльності). Сформульовано висновок, що наповнення конкретним правовим змістом самовільного (самочинного) будівництва не повинно обмежуватись його визначенням лише щодо виконання будівельних робіт без отримання права на такі будівельні роботи відповідно до Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" (у так званому вузькому значенні), оскільки звуження діянь об'єктивної сторони відповідних юридичних складів злочинів навряд чи можна визнати обґрунтованим і поза межами кримінально-правового регулювання залишиться суттєвий об'єм реальних фактичних ситуацій, які за ступенем суспільної небезпеки є однакового або навіть більшого ступеня тяжкості й цілком відповідають критеріям кримінальних правопорушень (ст. 11 КК), а відповідно повинні визнаватись кримінальними правопорушеннями. Досліджено, що формування конкретного правового змісту самовільного (самочинного) будівництва як кримінального правопорушення не можна зводити лише до положень законів України (зокрема, Цивільного кодексу України), і керуватись виключно формальними показниками (наприклад, наявністю або відсутністю документа, який дає право на виконання будівельних робіт) – "наповнення" таким змістом може (повинно) здійснюватися також підзаконними нормативно-правовими актами, які регламентують можливість набуття права на виконання будівельних робіт поза загальною встановленою процедурою. Установлено, що саме правомірність виконання будівельних робіт має бути визначальною при формуванні конкретного правового змісту самовільного (самочинного) будівництва як кримінальних правопорушень, специфічна частина яких регламентована ч. 3, 4 ст. 197-1 КК.

Ключові слова: самовільне будівництво, самочинне будівництво, самовільне зайняття земельної ділянки, законодавство України у сфері містобудівної діяльності, дозвіл на виконання будівельних робіт.

ВСТУП

Актуальність проблематики. Статтею 47 Конституції України гарантується кожному право на житло. Відповідно до ч. 1 ст. 47 Конституції України держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло. Статтею 48 Конституції України визначено, що кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає, зокрема і житло. Реалізація зазначених конституційних прав безпосередньо пов'язана з формально визначеними адмі-

© Птащенко Д. С., 2021

ністративними процедурами, метою яких є попередження небезпеки для здоров'я і життя людей, які постійно або періодично перебуватимуть на об'єкті будівництва (будівлі чи споруді) або зовні такого об'єкта, матеріальних збитків чи соціальних втрат, пов'язаних із припиненням експлуатації або з утратою цілісності об'єкта. Наслідком порушення законодавчо встановлених адміністративних процедур є настання відповідальності, у тому числі і кримінальної відповідальності. Як свідчить правозастосовна практика, чинні домінуючі види відповідальності за порушення законодавства у сфері містобудівної діяльності за самочинне будівництво (у першу чергу, адміністративна відповідальність) не виконують у необхідному об'ємі превентивної та охоронної функції в регулюванні (охороні) суспільних відносин, пов'язаних із будівництвом (перш за все самочинним будівництвом), а існуючі нормативні склади кримінальних правопорушень за самовільне будівництво: 1. Не відповідають положенням регуляторного законодавства, які є орієнтирами для формування загального та конкретного змісту відповідних бланкетних диспозицій кримінально-правових норм; 2. Не охоплюють наявних проявів суспільно небезпечних діянь, які за матеріальною ознакою повноцінно відповідають критерію формування (визначення) такого протиправного феномену, як кримінальне правопорушення (ст. 11 Кримінального кодексу України).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінальної відповідальності за самовільне (самочинне) будівництво досліджували О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, В. М. Захарчук.

Метою статті є формування окремих теоретичних підходів і пропозицій, направлених на гармонізацію регуляторного адміністративного й охоронного кримінального законодавства стосовно питань самочинного (самовільного) будівництва; аналіз існуючих фактичних проявів самочинного (самовільного) будівництва та їхня відповідність нормативним складам кримінальних правопорушень.

Об'єктом дослідження є кримінальні правопорушення, пов'язані із самовільним (самочинним) будівництвом; предметом дослідження – законодавчі положення, основні правозастосовні та доктринальні підходи щодо кримінальних правопорушень самовільного (самочинного) будівництва.

Для досягнення поставленої мети та визначених завдань основу дослідження склали такі методи: логіко-нормативний – для аналізу кримінального законодавства з питань самовільного (самочинного) будівництва; системного аналізу – для розгляду реальних фактичних відносин і нормативних складів кримінальних правопорушень самочинного (самовільного) будівництва.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

1. Самовільне будівництво та регуляторне законодавство. Нормативні склади кримінальних правопорушень самовільного будівництва регламентовано ч. 3, 4 ст. 197-1 Кримінального кодексу України (далі – КК). Питання щодо правової (юридичної) природи самовільного будівництва є дискусійним. Перш за все необхідно зазначити, що словосполучення "самовільне будівництво" вживається лише в КК і в будь-яких інших галузях права – відсутнє. Натомість усталеним у нормативних положеннях регуляторного й охоронного законодавства України (окрім кримінального законодавства) є термін самочинне будівництво. В узагальненому вигляді О. О. Дудоров ототожнює терміни "самовільне" та "самочинне" будівництво [1, с. 254–257], а відповідні кримінально-правові норми необхідно вважати як такі, що мають бланктетну диспозицію, наповнення змістом яких здійснюється відповідно до положень ч. 1 ст. 376 Цивільного кодексу України (далі – ЦК).

У дещо спрощеному вигляді розуміння бланкетної диспозиції кримінально-правових норм розкрито в Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень ст. 58 Конституції України, ст. 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000 (далі – Рішення № 6-рп/2000).

У пункті 3 Рішення № 6-рп/2000 зазначено таке: бланкетна диспозиція кримінально-правової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст.

Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документною формою відповідної статті Особливої частини Кримінального кодексу України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності.

Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом. Зміни, що вносяться до нормативно-правових актів інших галузей права, посилання на які містить бланкетна диспозиція, не змінюють словесно-документну форму кримінального закону. Така диспозиція кримінально-правової норми залишається незмінною.

Як уже зазначено раніше, регуляторне законодавство України не містить терміна "самовільне будівництво", а відповідно існуючий загальний зміст бланкетної диспозиції кримінально-правових норм (ч. 3, 4 ст. 197-1 КК) та запропонований О. О. Дудоровим конкретизований зміст, сформульований на підставі ч. 1 ст. 376 ЦК, не збігаються; ототожнення понять "самочинне будівництво" та "самовільне будівництво" не позбавлене також аналогії закону; використання як єдиного орієнтиру лише ч. 1 ст. 376 ЦК є занадто вузьким підходом і не розкриває глибини всіх можливих реальних фактичних відносин у сфері містобудівної діяльності, пов'язаних із самочинним (самовільним) будівництвом.

Варто опосередковано погодитися з О. О. Дудоровим що орієнтиром при наповненні конкретним змістом поняття "самовільне будівництво" повинні бути нормативні положення, що стосуються самочинного будівництва, але, у цьому разі, не можна обмежуватися лише положеннями ЦК, адже самочинне (самовільне) будівництво є предметом правового регулювання, у першу чергу, законодавства України у сфері містобудівної діяльності.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 376 Цивільного кодексу України житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проєкту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

Аналогічний термін використовується й у положеннях Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" (далі – Закон), який установлює правові й організаційні основи містобудівної діяльності і спрямований на забезпечення сталого розвитку територій з урахуванням державних, громадських і приватних інтересів.

Причому, термін "самочинне будівництво" в Законі вживається у вузькому (ч. 7 ст. 34) та широкому значеннях (зокрема, ст. 38, 39-1).

Відповідно до ч. 7 ст. 34 Закону виконання будівельних робіт без відповідного документа, передбаченого цією статтею, вважається самочинним будівництвом і тягне за собою відповідальність згідно із законом.

Отже, зазначене законодавче визначення для характеристики самочинного будівництва зводиться лише до однієї ознаки: відсутність відповідного документа, який дає право на виконання будівельних робіт (подання замовником повідомлення про початок виконання будівельних робіт відповідному органу державного архітектурно-будівельного контролю – щодо об'єктів будівництва, які за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів із незначними наслідками (СС1); видачі замовнику органом державного архітектурно-будівельного контролю дозволу на виконання будівельних робіт – щодо об'єктів, які за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів із середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками або підлягають оцінці впливу на довкілля згідно із Законом України "Про оцінку впливу на довкілля").

Такий підхід можна зустріти і в окремих позиціях правової доктрини (див., наприклад, Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар / Р. А. Калюжний, А. Т. Комзюк, О. О. Погрібний та ін. [2, с. 199]).

Визначення поняття "самочинне будівництво" в широкому значенні в Законі України "Про регулювання містобудівної діяльності" майже повністю кореспондується з положеннями ЦК.

Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 39-1 підставою вважати об'єкт самочинним будівництвом, зокрема, якщо він збудований або будується на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи без належно затвердженого проєкту або будівельного паспорта, а також у разі набрання законної сили судовим рішенням про скасування містобудівних умов та обмежень.

Отже, системне поєднання нормативних приписів ч. 1 ст. 376 ЦК і положень Закону дає можливість зробити такий висновок: самовільним (самочинним) будівництвом визнається об'єкт будівництва, який збудований або будується:

1. На земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети.
2. Без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи.
3. За відсутності належно затвердженого проєкту або будівельного паспорта.
4. З істотними порушеннями будівельних норм і правил.
5. У разі набрання законної сили судовим рішенням про скасування містобудівних умов та обмежень.

Наявність хоча б однієї з цих ознак є достатньою для того, щоб відповідний об'єкт будівництва був визнаний самочинним (самовільним).

Саме широке розуміння "самочинного будівництва" повніше відповідає положенням законодавства України у сфері містобудівної діяльності, адміністративного охоронного та кримінального права.

Доцільним вважалося б використання в ч. 3, 4 ст. 197-1 Кримінального кодексу України саме терміна "самочинне будівництво", причому в широкому його розумінні. Вживання саме поняття "самочинне будівництво", а не "самовільне будівництво" відповідало б системності та єдності правової системи (законодавства) України як однієї з форм реалізації принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України).

Так, якщо основним об'єктом юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких регламентована в ч. 3, 4 ст. 197-1 КК, вважати правові відносини у сфері містобудівної діяльності в частині недопущення (попередження) або припинення відповідних випадків самочинного (самовільного) будівництва – тоді у вузькому розумінні "самочинного будівництва" залишається поза межами кримінально-правового регулювання суттєвий об'єм фактичних відносин, які пов'язані із самочинним будівництвом.

Наприклад, виникає запитання: яким чином має бути оцінена (кваліфікована) така фактична ситуація: суб'єкт споруджує будівлю на підставі отриманого права на такі будівельні роботи відповідно до Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності", але з істотними порушеннями будівельних норм і правил, що призвело до настання тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення (або без таких наслідків).

Приклад іншої фактичної ситуації: суб'єкт зводить будівлю на підставі отриманого права на такі будівельні роботи відповідно до Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності", але з істотним відхиленням від проєкту (як приклад, проєктною документацією та отриманими дозвільними документами передбачено лише 4 поверхи, а фактично здійснюється будівництво 14 поверхів), що призвело до загибелі людей. Необхідно звернути увагу, що в зазначеній фактичній ситуації формально особа отримала право на будівельні роботи.

Якщо за правовий орієнтир брати характеристику самочинного будівництва в його "вузькому" значенні, тоді відповідно до ч. 3, 4 ст. 197-1 КК такі фактичні ситуації не підпадають під кримінально-правову кваліфікацію жодної із частин статті 197-1 КК, незважаючи на наявність або відсутність права користування земельною ділянкою.

Навряд чи можна погодитись, що наявність або відсутність отримання права на виконання будівельних робіт відповідно до Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" повинно бути основним фактором під час формування нормативного змісту діяння та складових об'єктивної сторони відповідних юридичних складів злочинів, специфічна частина яких передбачена ч. 3, 4 ст. 197-1 КК.

Тим паче, що згідно із чинним законодавством України право на виконання будівельних робіт об'єктів із незначними наслідками (СС1) має інформативний і декларативний характер і лише щодо об'єктів із середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками – дозвільний характер.

Складнішим є питання визначення наявності або відсутності складу кримінального правопорушення у разі самовільного (самочинного) будівництва в кон-

тексті співвідношення положень КК і підзаконних нормативно-правових актів.

У контексті зазначених питань на рівні підзаконних нормативно-правових актів також існує проблема неоднозначності застосування положень ч. 3, 4 ст. 197-1 КК.

Так, відповідно до п. 31-1 Порядку виконання підготовчих і будівельних робіт, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 466 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 26 серпня 2015 р. № 747), у разі, коли органом державного архітектурно-будівельного контролю протягом десяти робочих днів із дня реєстрації заяви не видано дозвіл або відмову в його видачі, замовник звертається до Держсервісбуду письмово рекомендованим листом із повідомленням або через електронний кабінет для вжиття протягом десяти робочих днів заходів, пов'язаних із видачею зазначеного дозволу або відмовою в його видачі.

Якщо протягом зазначеного строку не буде видано дозвіл або відмову в його видачі, право на виконання будівельних робіт виникає на десятий робочий день із дня подання письмового звернення до Держсервісбуду, а дозвіл вважається виданим.

Виникає цілком логічне запитання: яким чином повинні кваліфікуватись такі фактичні ситуації.

Суб'єкт отримав право на виконання будівельних робіт на підставі зазначеного вище п. 31-1, проте

1) формально не отримав документ, який дає право виконувати будівельні роботи, і під час будівництва настали тяжкі наслідки (наприклад, загибель населення);

2) формально не отримав документ, який дає право виконувати будівельні роботи, проте будівництво здійснюється на самовільно зайнятій земельній ділянці й під час будівництва були істотно порушені будівельні норми і правила, що призвело до настання тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення.

Як убачається, у першій змодельованій фактичній ситуації відсутній будь-який зі складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена ч. 3, 4 ст. 197-1 КК. Оскільки: незважаючи на те, що у суб'єкта відсутній формальний документ, який дає право виконувати будівельні роботи – саме право виконувати будівельні роботи суб'єкт отримав на підставі зазначених вище положень підзаконних нормативно-правових актів. У цьому випадку у разі формування конкретного змісту кримінальних правопорушень визначальним має бути не письмовий (електронний) акт інформаційного чи дозвільного характеру, а право на виконання будівельних робіт, яке гарантується Державою і впроваджується (набувається) через законодавчо встановлені процедури.

У другій змодельованій фактичній ситуації наявний склад кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена ч. 3 ст. 197-1 КК, за ознакою (характеристикою) істотного порушення будівельних норм і правил.

2. Самовільне будівництво та самовільне зайняття земельної ділянки. Наявна нормативна конструкція кримінального правопорушення самовільного (самочинного) будівництва має занадто звужений зміст. Як справедливо зазначає В. М. Захарчук, в існуючих положеннях кримінального законодавства України кримінальна відповідальність за самовільне (самочинне) будівництво (ч. 3, 4 ст. 197-1 КК) можлива лише у поєднанні із самовільним зайняттям земельної ділянки [3, с. 182]. Проте не можна погодитись із науковими позиціями, відповідно до яких інші різновиди самочинного будівництва, що передбачені в законодавстві України (зокрема і регламентовані у ст. 376 ЦК) ознак складу кримінального правопорушення не містять [3; 182]. Звичайно, що чинна нормативна конструкція самовільного (самочинного) будівництва однією з обов'язкових умов (обставин) визначає будівництво саме на самовільно зайнятій земельній ділянці, проте можливі фактичні ситуації, коли має місце не лише зазначена обставина, а й інші характеристики (ознаки), які формують зміст самовільного (самочинного) будівництва, які у своєму сукупному поєднанні "наповнюють" зміст діяння об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3, 4 ст. 197-1 КК (окремі приклади були зазначені раніше).

Не можна погодитись із висновком Р. О. Мовчана про те, що самовільне зайняття земельної ділянки обов'язково повинно передувати самовільному (самочинному) будівництву [4, с. 128]. Можливі такі фактичні ситуації співвідношення "самовільного (самочинного) будівництва" та самовільного зайняття земельної ділянки:

1. Самовільне зайняття земельної ділянки передує самовільному (самочинному) будівництву.

2. Часові моменти самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного (самочинного) будівництва збігаються.

3. Самовільне (самочинне) будівництво передує самовільному зайняттю земельної ділянки.

Перший і другий варіанти (моделі) фактичних ситуацій є досить предметно дослідженими в науці кримінального права й не потребують більш глибинного висвітлення [1].

Стосовно третьої фактичної ситуації необхідно зазначити таке. Самовільне (самочинне) будівництво може передувати самовільному зайняттю земельної ділянки. Наприклад, суб'єкт уклав договір оренди земельної ділянки на певний строк і почав на ній будувати без отримання дозволу на виконання будівельних робіт. Після закінчення строку договору оренди орендодавець відмовився продовжувати договір або укладати новий, проте суб'єкт продовжив будівництво. У наведеній фактичній ситуації самовільне (самочинне) будівництво розпочалось раніше ніж самовільне зайняття земельної ділянки, проте весь цей час це було лише адміністративним правопорушенням (проступком) і лише після закінчення строку договору оренди і продовження будівництва це стало кримінальним правопорушенням.

Не вдаючись у дискусію стосовно того, яким за особливістю конструкції об'єктивної сторони є нормативний склад кримінального правопорушення – самовільне (самочинне) будівництво – (формальним чи матеріальним), необхідно зазначити, що криміналізуючим фактором має бути не обставина (умова), відповідно до якої здійснюється самовільне (самочинне) будівництво (на самовільно зайнятій земельній ділянці), а більш "класичні" фактори, які є орієнтирами матеріальної ознаки кримінального правопорушення (ст. 11 КК). Наприклад, "тяжкі наслідки", "значна шкода", "масове захворювання" або "загибель населення". У цьому випадку одним з основних нормативних орієнтирів криміналізації повинні бути положення ч. 1 ст. 3 Конституції України, відповідно до яких: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

ВИСНОВКИ

Оцінюючи зміст положень кримінального законодавства України стосовно самовільного (самочинного) будівництва (ч. 3, 4 ст. 197-1 КК) та зіставляючи їх із регуляторним та охоронним (адміністративним) правом України (у першу чергу законодавством у сфері містобудівної діяльності), а також спираючись на деякі найтиповіші фактичні ситуації, пов'язані із самочинним будівництвом, можна дійти таких висновків:

1. Необхідним є усталеність термінології у правовій системі України, у тому числі щодо самочинного будівництва.

2. Пропонується в редакції ч. 3, 4 ст. 197-1 Кримінального кодексу України вживати термін "самочинне будівництво" замість "самовільного будівництва".

3. У наповненні конкретним правовим змістом самовільного (самочинного) будівництва не обмежувати його визначення лише щодо виконання будівельних робіт без отримання права на такі будівельні роботи відповідно до Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" (у так званому вузькому значенні), оскільки звуження діянь об'єктивної сторони відповідних юридичних складів злочинів навряд чи можна визнати обґрунтованим і поза межами кримінально-правового регулювання залишиться суттєвий об'єм реальних фактичних ситуацій, які за ступенем суспільної небезпеки є однакового або навіть більшого ступеня тяжкості й цілком відповідають критеріям кримінальних правопорушень (ст. 11 КК), а відповідно мають визнаватись кримінальними правопорушеннями.

4. В окремих фактичних ситуаціях формування конкретного правового змісту самовільного (самочинного) будівництва як кримінального правопорушення не можна зводити лише до положень законів України (зокрема і ЦК), і керуватись виключно формальними показниками (наприклад, наявністю або відсутністю документа, який дає право на виконання будівельних робіт) – "наповнення" таким змістом може (повинно) здійснюватися підзаконними нормативно-правовими актами, які регламентують можливість набуття права на виконання будівельних робіт поза загальною встановленою процедурою.

5. Саме правомірність виконання будівельних робіт має бути визначальною у процесі формування конкретного правового змісту самовільного (самочинного) будівництва як кримінальних правопорушень, специфічна частина яких регламентована ч. 3, 4 ст. 197-1 КК.

6. Криміналізуючими факторами самовільного (самочинного) будівництва мають бути "класичні" фактори, які є орієнтирами матеріальної ознаки кримінального правопорушення (ст. 11 КК), такі як: "тяжкі наслідки", "значна шкода", "масове захворювання" або "загибель населення".

Список використаних джерел:

1. Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво. Монографія. МВС України, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. 2012. 400 с.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар / Р.А. Калюжний, А.Т. Комзюк, О.О. Погрібний та ін.. К.: Всеукраїнськая асоціація видавців "Правова єдність", 2008. 781 с.
3. Захарчук В.М. Особливості кваліфікації самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці. Університетські наукові записки. 2015. № 1 (53). С. 181-187.
4. Мовчан Р.О. Про особливості конструювання складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 197-1 Кримінального кодексу України. Право і суспільство. 2019. № 5 частина 2. С. 128-134.

References:

1. Dudorov O.O. & Movchan R.O. (2012) Kruminalna vidpovidalnist za samovilne zajnatta zemelnoi dilanku ta samovilne budivnuztvo [Criminal liability for unauthorized occupation of land and unauthorized construction]. MVS Ukrainu, Luhanskuj derzavnuj universutet vnutriwnih sprav im. E.O. Didorenko. (in Ukrainian).
2. Kalyuzhny R.A. & Комзюк А.Т. (2008) Kodeks Ukrainu pro administratuvni pravoporywenna: Naukovo-praktuchnuj komentar [Code of Ukraine on Administrative Offenses: Scientific and Practical Commentar]. K.: Vseukrainska asociacija vudavciv "Pravova jednist" (in Ukrainian).
3. Zaharchyk V.M. (2015) Osobluvosti kvalifikaciji samovilnogo bydivnuztva na samovilno zajnatij zemelnij dilanzi [Features of qualification of unauthorized construction on unauthorized land]. Universutetski naykovi zapusku [University scientific notes], 1(53), 181-187 (in Ukrainian).
4. Movchan R.O. Pro osobluvosti construjuvanna sklady zlochuny, peredbachenogo ch. 3 st. 197-1 Kruminalnogo kodeksy Ukrainu [About features of construction of structure of the crime provided by h. 3 Art. 197-1 of the Criminal Code of Ukraine]. Pravo i syspilstvo [Law and society], 5'2, 128-134 (in Ukrainian).

Received: 15/08/2021
Accepted: 20/09/2021

D. Ptaschenko, PhD (Law), Assist.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

UNAUTHORIZED CONSTRUCTION: SOME PROBLEMS OF CRIMINAL LIABILITY IN TERMS OF REGULATORY LEGISLATION OF UKRAINE AND REGULATIONS OF CRIMINAL OFFENSES

The article examines some problems of criminal liability for unauthorized construction in terms of regulatory legislation of Ukraine, actual situations and regulations of criminal offenses.

The issue of comparing the normative composition of criminal offenses with the regulatory and protective (administrative) law of Ukraine (primarily legislation in the field of urban planning) is highlighted. It is concluded that the filling of the specific legal content of unauthorized (spontaneous) construction should not be limited to its definition only for construction work without obtaining the right to such construction work in accordance with the Law of Ukraine "On Regulation of Urban Development" (in the so-called narrow sense).

Actions of the objective side of the relevant legal corpus delicti can hardly be considered justified and outside the criminal law regulation will contain a significant amount of real factual situations, which in the degree of public danger is the same or even greater severity and will fully meet the criteria of criminal offenses (Art. 11 of the Criminal Code), and accordingly, is to be recognized as a criminal offense.

It is also investigated that the formation of a specific legal content of unauthorized construction as a criminal offense can not be reduced to the provisions of the laws of Ukraine (in particular, the CC), and guided only by formal indicators (e.g. presence or absence of a document entitling to construction work) – "filling" with such content may be carried out by by-laws governing the possibility of acquiring the right to perform construction work outside the generally established procedure.

Keywords: unauthorized construction, spontaneous construction, unauthorized occupation of land, legislation of Ukraine in the field of urban planning, construction permit.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 79-82
УДК 349.22 (477)
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-15

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

С. П. Савчук, асп.
ORCID ID: 0000-0002-3162-2369
Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ, Україна

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ БАГАТОСТОРОННІХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Досліджено зарубіжний досвід у сфері регулювання багатосторонніх трудових правовідносин. Проведено аналіз актів законодавства Іспанії, Італії, Польщі та Франції, присвячених цьому питанню. Визначено, що наведені правовідносини на міжнародному рівні врегульовано Конвенцією МОП про приватні агентства зайнятості від 1997 р. (№ 181) та Директивою ЄС № 2008/104ЄС про працю в агентствах тимчасової зайнятості. Іспанія, Італія, Польща та Франція, що ратифікували Конвенцію МОП № 181, є також членами Європейського Союзу і для них, відповідно, Директива ЄС № 2008/104ЄС є юридично обов'язковою. Наведена обставина свідчить про те, що, по-перше, зазначені два міжнародні акти не суперечать один одному. А по-друге, факт їхньої обов'язковості для зазначених держав указує на наявність досить потужної національної правової бази, присвяченої регулюванню багатосторонніх трудових відносин.

Установлено, що фактично кожна з досліджуваних країн запровадила свій спеціальний законодавчий акт, присвячений комплексному врегулюванню відносин позикової праці. Зроблено висновок, що проаналізований зарубіжний досвід певною мірою має бути врахованим і нашою державою. Адже єдина стаття, передбачена в Законі України "Про зайнятість населення", не в змозі охопити весь спектр питань, що можуть виникати під час реалізації багатосторонніх трудових правовідносин. Зазначене обумовлює необхідність запровадження спеціального законодавчого акта, присвяченого комплексному врегулюванню наведеної форми нестандартної зайнятості. Саме на рівні окремого закону мають бути визначені трудо-правові гарантії для працівників – учасників багатосторонніх трудових правовідносин, а також чітко розмежовані права й обов'язки роботодавців, які надають та, відповідно, використовують їхню найману працю.

Ключові слова: зарубіжний досвід, нестандартні форми зайнятості, багатосторонні трудові правовідносини, трудовий договір, працівник, роботодавець.

ВСТУП

Час не стоїть на місці і ті постулати, що колись вважалися непорушними, в умовах сьогодення вже втрачають свою монолітність. Зазначене можна дуже чітко простежити на прикладі трудового права, для якого завжди була характерною концепція виключно двосторонніх трудових правовідносин, що нині втрачає свою винятковість під тиском такої форми нестандартної занятості, як позикова праця. Для наведеної форми зайнятості характерною є наявність декількох суб'єктів, що виступають як роботодавці стосовно окремого працівника. У зв'язку із цим позикова праця відноситься не до двосторонніх, а до багатосторонніх трудових правовідносин. Правове регулювання такого виду трудових правовідносин уже тривалий час реалізовано в нашій державі на рівні Закону України "Про зайнятість населення". Але Закон присвячує цьому питанню лише одну статтю, відсилаючи можливість її реалізації до рівня підзаконного нормативного акта, який досі не вступив в силу. Зазначене фактично нівелює належне функціонування багатосторонніх трудових правовідносин в Україні. У свою чергу, для ефективного вирішення існуючої проблематики вбачається доречним звернутися до досвіду країн, у яких застосування наведеної форми нестандартної зайнятості знайшло своє належне правове закріплення і вже тривалий час вважається досить поширеним явищем.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Л. Я. Кисельов наприкінці XX ст. зазначав, що суттєвим нововведенням у трудовому законодавстві країн Заходу є легалізація та регулювання так званої позикової праці, яка в минулі часи в багатьох країнах заборонялася. Науковець писав, що на ринку праці нині з'явилися численні спеціалізовані приватні агентства ("агентства тимчасової праці", "лізингові агентства"), які наймають працівників з єдиною метою – здавати їх "у тимчасове користування" фірмам-замовникам (користувачам) на різні, зазвичай нетривалі, терміни. Відносини, що виникають, називають "трикутними", оскільки працівник виявляється "слугою двох господарів" – агентства, яке його найняло, та фірми-користувача, яка безпосередньо застосовує його працю за договором з агентством тимчасової праці. Взаємовідносини найманого працівника з двома контрагентами на стороні роботодавця до останнього часу перебували поза межами трудового права, хоча такого роду відносини набули широкого поширення. У ряді випадків вони приносять користь, виконуючи важливі функції у розв'язанні деяких господарських проблем і підвищуючи ефективність використання трудових ресурсів. Разом із тим відсутність відповідного законодавчого регулювання створювала можливості для зловживань із боку наймачів-посередників, які функціонували в тіньовій економіці поза будь-яким контролем [1, с. 111].

Відносини позикової праці беруть початок із 1920-х рр., коли підприємці США почали надавати фірмам офісних працівників для задоволення потреб нової економіки, заснованої на послугах. Зачинателем такої бізнес-практики вважається Вільям Рассел Келлі, який створив компанію з надання тимчасового персоналу "*Kelly Services*". У 1960–1970-х рр. на базі досвіду флексибілізації праці сформувалася концепція позикової праці [2, с. 124]. Багатосторонні трудові правовідносини не набули поширення у Європі майже до 1950-х рр. З моменту відкриття компанією *Manpower* офісу в Лондоні 1956 р., договори позикової праці почали використовувати і у континентальній Європі. Протягом наступних 15 років усі основні кадрові агентства відкрили свої представництва в Лондоні, Парижі й Амстердамі. Згодом Англія, Франція і Данія, поряд із США, зайняли ключові позиції у цій сфері [3].

На думку О. Г. Середи виконання такого виду організації праці в умовах високого безробіття дає можливість хоча б тимчасово заробляти тим верствам, які не мають роботи. Також її використання пов'язане з потребою зайнятості окремих категорій громадян, для яких повна постійна зайнятість із певних причин ускладнена або небажана (студенти, громадяни пенсійного віку, особи з інвалідністю), або пов'язана із специфікою окремих професій (моряки, громадяни творчих професій, виставкова діяльність та ін.). Позикова праця також дає можливість поєднувати роботу по найму з виконанням сімейних обов'язків, участю у громадському житті, підт-

© Савчук С. П., 2021

римкою здоров'я. Негативні наслідки запозиченої праці проявляються у спробі роботодавця ухилитися від певних зобов'язань, зазначених у трудовому законодавстві; зменшенні розміру заробітної плати; відсутності гарантій і пільг, притаманних постійним працівникам; посиленні соціального демпінгу, оскільки праця запозичених працівників дешевша, і є загрозою звільнення для постійних працівників; утрата можливості створення нових робочих місць тощо [4, с. 131].

Одним із найчастіше порушуваних прав працівників із запозиченої праці є порушення права працівників на безпечні та нешкідливі умови праці, у зв'язку із чим такі питання повинні бути обов'язково передбачені трудовим договором, а саме: хто з роботодавців забезпечуватиме працівника засобами та заходами з охорони праці, проводити навчання з охорони праці тощо. Фактично агентство зайнятості не може забезпечити працівникові охорону праці, оскільки ним лише укладено відповідні договори з працівником та іншим роботодавцем, та приміщення, де працює працівник, не підпорядковано агентству зайнятості й не може контролюватись ним. У свою чергу, організація-користувач не забезпечує працівнику умови щодо охорони праці, оскільки вона не уклала трудовий договір із працівником [5, с. 135].

Багатосторонні трудові правовідносини на міжнародному рівні врегульовано Конвенцією МОП про приватні агентства зайнятості від 1997 р. (№ 181) та Директивою ЄС № 2008/104ЄС про працю в агентствах тимчасової зайнятості. На цей час Конвенцію МОП № 181 ратифікували 37 країн [6]. Серед наведених країн – Іспанія, Італія, Польща та Франція, що є членами Європейського Союзу і для яких, відповідно, Директива ЄС № 2008/104ЄС є юридично обов'язковою. Вказана обставина свідчить про те, що, по-перше, зазначені два міжнародні акти не суперечать один одному. А по-друге, факт їхньої обов'язковості для країни вказує на наявність у неї досить потужної національної правової бази, присвяченої регулюванню багатосторонніх трудових відносин. Зазначимо таке, якщо дослідити існуючі статистичні показники по цій формі нестандартної зайнятості, то 2019 р. у відносинах позикової праці перебувало 4,1 % працюючих Іспанії, 1,0 % – Італії, 0,6 % – Польщі та 3,1 % – у Франції [7].

Як ми бачимо, серед наведених країн ***Іспанія*** посідає одне з провідних місць із застосування багатосторонніх трудових правовідносин. Преамбула Закону про регулювання діяльності агентств тимчасової зайнятості від 02.06.1994 № 14/1994 проголошує, що наймання працівників із метою їхнього тимчасового направлення в інші компанії для задоволення кон'юнктурних потреб традиційно заборонялося трудовим законодавством і розглядалося як незаконний обіг робочої сили, що прирівнювався до посередницької діяльності на ринку праці, яка може порушувати основні права працівників. Однак із кінця 60-х рр. центральні країни Європейського Союзу, які ратифікували, як і Іспанія, Конвенцію МОП № 96, урегульовують в національному законодавстві діяльність агентств тимчасової зайнятості, оскільки вони розуміють, що їхні дії, урегульовані належним і контрольованим чином, не тільки не завдають шкоди найнятим ними працівникам, але можуть направляти дуже значний обсяг зайнятості, чия спеціалізація і оперативність реагування, особливо у секторі послуг, не може бути реалізована за допомогою традиційних механізмів. З іншого боку, для працівників наведена форма зайнятості являє собою важливий механізм доступу до трудової діяльності й ознайомлення з внутрішньою структурою роботодавця, дозволяючи певну професійну диверсифікацію і багатоцільове навчання, а в деяких випадках, надаючи певним групам можливість поєднувати трудову діяльність з іншими непродуктивними заняттями або сімейними обов'язками. З урахуванням того, що ризики, яким приписують діяльність агентств тимчасової зайнятості, не є обов'язково наслідком їхньої діяльності, а можуть бути зумовлені прихованими діями існуючих на ринку праці посередників, здатних уникнути у своїй діяльності трудо-правових зобов'язань і зобов'язань із соціального забезпечення, наведеним Законом установлено правовий режим діяльності агентств тимчасової зайнятості. Так, положення Закону врегульовують питання отримання дозволу агентствами тимчасової зайнятості та забезпечення їхньої фінансової спроможності, закріплюють вимоги до форми та змісту трудового договору на використання позикової праці, гарантують дотримання загальних трудових прав направлених до роботодавця-користувача працівників і забороняють їхню дискримінацію відносно постійного персоналу [8].

Ключовий акт у сфері праці Іспанії – Статут трудящих, також містить окремі положення, що стосуються регулювання позикової праці. Наприклад, відповідно до ст. 43 Статуту, найм працівників для тимчасової роботи в іншого роботодавця може здійснюватися тільки через компанії тимчасової зайнятості, які мають бути відповідно до закону належним чином уповноважені. Направлення працівників буде вважатися незаконним, якщо компанія, що передає працівників, не здійснює реальної господарської діяльності або не має необхідних коштів для розвитку своєї діяльності, чи не виконує функцій, властивих для статусу роботодавця. Працівники, що стали жертвами незаконного обігу робочої сили, мають право за своїм вибором отримати статус постійних працівників роботодавця, що надає або отримує робочу силу [9].

В ***Італії*** позикова праця була запроваджена 1997 р. Законом про правила сприяння зайнятості. Через 10 років після введення агентств тимчасової зайнятості їхня кількість збільшилася з 33 компаній, що працювали 1998 р., до 81 – у 2007 р. (145 %), причому останні були розділені на 2692 філії, 61 % з яких перебували в північній Італії. Одночасно агентства тимчасової зайнятості перетворилися на повноцінний сектор діяльності із загальною чисельністю 9500 працівників із річним доходом 6,5 млрд євро у 2007 р. [10].

Закон про правила сприяння зайнятості від 24.06.1997 № 196 закріплює імперативні вимоги до змісту договору про надання тимчасових робіт і трудового договору про їхнє виконання, установлює обмеження на застосування багатосторонніх правовідносин, визначає правовий статус працівника тощо. Серед особливостей Закону слід виокремити ст. 7, відповідно до якої працівник протягом усього терміну дії договору позикової праці має право реалізовувати право на свободу і профспілкову діяльність у компанії-користувачі, а також брати участь у зборах працівників наведеної компанії. Крім того, згідно зі ст. 1 Закону, будь-яке положення, спрямоване на обмеження, навіть опосередковане, права роботодавця-користувача найняти працівника після закінчення трудового договору на роботу на постійній основі, є недійсним [11].

Л. П. Гаращенко звертає увагу на те, що законодавством Італії передбачено два типи договору позикової праці: 1) договір позикової праці на невизначений строк; 2) договір позикової праці на визначений строк (або строковий). Перший тип договору може бути укладено у таких сферах: консультаційні послуги та допомога в комп'ютерній індустрії; послуги з прибирання, опіки, послуги консьєржа, послуги з догляду та особистої гігієни і підтримки сім'ї; транспортні послуги; управління

бібліотек, парків, музеїв, архівів, магазинів і стратегічне управління послугами; консультування з питань управління, сприяння сертифікації, планування ресурсів, організаційного розвитку та змін, управління персоналом, підбір і відбір персоналу, маркетинг тощо. Другий тип договору, що укладається на визначений строк, застосовується з технічних причин, з причин виробничого характеру, для заміни відсутнього працівника та в інших випадках, визначених колективним договором. Такий договір може бути укладений на неповний робочий час. У цьому разі позикову працю використовувати заборонено: 1) для заміни працівників, які страйкують; 2) у компаніях, які протягом останніх шести місяців проводили скорочення чисельності або штату працівників, тобто мали місце колективні вивільнення; 3) якщо роботодавцем не вжито заходів щодо оцінювання ризиків щодо дотримання норм законодавства в галузі безпеки та гігієни праці [3].

В останні роки ***Польща*** стала дуже привабливим місцем для центрів аутсорсингу через наявність освіченого персоналу, можливість отримати державну допомогу, низьку вартість центрів і наявність офісних приміщень. До іноземних компаній, які вирішили створити центри таких послуг у Польщі, належать банки й інші фінансові установи, що працюють у багатьох країнах, які у світлі характеру їхньої функції бек-офісу можуть обробляти дані в єдиному центрі, створеному для цієї мети. Банки Польщі також усе частіше використовують можливість передачі певних функцій на аутсорсинг [12, с. 3]. Ключовими актами законодавства, що регулюють питання позикової праці у країні, слід назвати Трудовий кодекс Польщі, Закон про сприяння зайнятості та інститутам ринку праці від 20.04.2004, Закон про найм тимчасових працівників від 09.07.2003, Порядок про типові документи діяльності агентств зайнятості, затверджений міністром сім'ї, праці та соціальної політики від 25.05.2017.

Спеціальним законом, який регулює правила найму тимчасових працівників роботодавцем – агентством тимчасової зайнятості, і правила направлення наведених працівників для виконання тимчасової роботи у роботодавця-користувача, є Закон Польщі про найм тимчасових працівників. Відповідно до ст. 14 Закону, роботодавець-користувач виконує обов'язки і користується правами роботодавця тією мірою, якою це необхідно для організації роботи з участю тимчасового працівника. Роботодавець-користувач зобов'язаний: забезпечити тимчасовому працівнику безпечні та здорові умови праці у місці, призначеному для виконання тимчасової роботи; вести облік робочого часу тимчасового працівника в обсязі і на умовах, які можна застосувати до працівників; не доручати тимчасовому працівнику виконання роботи для іншої особи та під її керівництвом. Статті 15 та 16 Закону закріплюють, що до тимчасового працівника, який виконує роботу для роботодавця-користувача, не можна ставитися менш сприятливо з погляду умов праці й інших умов найму, ніж до постійних працівників, що обіймають аналогічні посади. Якщо роботодавець-користувач порушив принцип рівного ставлення у трудових правовідносинах, тимчасовий працівник має право вимагати від агентства тимчасової зайнятості компенсацію. Агентство тимчасової зайнятості має право вимагати від роботодавця-користувача відшкодування суми, еквівалентної відшкодуванню, виплаченої працівнику [13].

Ситуація з відносинами позикової праці у ***Франції*** одночасно характеризується чітко структурованою правовою базою та великою кількістю випадків віднесення цього питання до сфери дії соціального діалогу. Це забезпечує відносно надійний захист працівників і узаконює роботу агентств, що надають послуги позикової праці. Нормативно-правова база у країні була значною мірою трансформована 2005 р. і в подальшому все ще зазнає змін. Франція належить до провідних світових ринків у сфері багатосторонніх трудових відносин. Незважаючи на динаміку розвитку, застосування цієї форми нестандартної зайнятості як і раніше в основному поширене у промисловому секторі, який вимагає низького рівня кваліфікації та орієнтований на молодих чоловіків [14]. Специфіка системи джерел трудового права Франції полягає в тому, що, крім наявності в ній кодифікованого акта у сфері праці – Трудового кодексу Франції, її характеризують численні закони, присвячені правовому регулюванню трудових відносин. Причому, за своєю юридичною конструкцією ці закони не працюють самостійно, а спрямовані виключно на внесення змін і доповнень до положень чинного Трудового кодексу Франції [15, с. 96].

У Трудовому кодексі Франції питанню тристоронніх трудових правовідносин присвячено розд. V книги I, що має назву "Тимчасовий трудовий договір, інші трудові договори та перенесення заробітної плати". Згідно зі ст. L1251-1 Кодексу, мета використання тимчасової роботи полягає в тому, щоб зробити працівника компанії тимчасово доступним для роботи в інтересах клієнта-користувача для виконання відповідного завдання. Кожне завдання приводить до укладення: 1) договору про надання послуг між компанією з тимчасового працевлаштування і клієнтом-користувачем; 2) трудового договору, відомого як "договір призначення", між тимчасовим працівником і його роботодавцем, компанією з тимчасового працевлаштування. Відповідно до статей L1251-6–L1251-26 Кодексу, праця тимчасового працівника може бути використана тільки у випадках: заміни тимчасово відсутнього працівника; тимчасового збільшення господарської активності підприємства; роботи сезонного або короткострокового характеру, що визначається на рівні закону або колективного договору; заміни керівника суб'єкта господарювання; сприяння зайнятості безробітних, що стикаються з особливими соціальними та професійними труднощами; забезпечення додаткового професійного навчання працівника. Наведений вид трудового договору потребує обов'язкової письмової форми та може передбачати встановлення випробування, строк якого не може перевищувати двох днів, якщо договір укладається на період до одного місяця, три дні, якщо договір укладається на період від одного до двох місяців, п'ять днів якщо тривалість договору більше двох місяців. У випадку дострокового розірвання трудового договору роботодавець повинен запропонувати працівникові, якщо порушення договору не є наслідком серйозної вини останнього або форс-мажорних обставин, укласти новий договір на кількість невикористаних робочих днів. Новий трудовий договір не може істотно змінювати кваліфікацію, винагороду та робочий час працівника порівняно з попереднім договором. Якщо новий договір не був укладений або якщо він укладений на коротший термін, роботодавець зобов'язаний відшкодувати працівникові заробітну плату, яку він міг би отримати до закінчення першого трудового договору [16].

ВИСНОВКИ

Наведені вище приклади правового регулювання багатосторонніх трудових правовідносин в окремих європейських країнах указують на наявність досить потужної національної нормативної бази, присвяченої наведеному питанню. Фактично для кожної з досліджуваних держав характерною є наявність спеціального закону, присвяченого комплексному врегулюванню відносин позикової праці. Своєрідним винятком є Франція, в якій закони, спрямовані на регулювання трудових від-

носин, фактично не мають "самостійного" статусу, а лише доповнюють Трудовий кодекс країни.

Зазначений зарубіжний досвід певною мірою має бути врахованим і нашою державою. Адже єдина стаття, передбачена в Законі України "Про зайнятість населення", не в змозі охопити весь спектр питань, що можуть виникати під час реалізації багатосторонніх трудових правовідносин. Це обумовлює необхідність запровадження спеціального законодавчого акта, присвяченого комплексному врегулюванню наведеної форми нестандартної зайнятості. Саме на рівні окремого закону мають бути розкриті трудо-правові гарантії для працівників – учасників багатосторонніх трудових правовідносин, а також чітко розмежовані права й обов'язки роботодавців, які надають та, відповідно, використовують їхню найману працю.

Список використаних джерел:

1. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. Учебник для вузов. М.: Дело, 1999. 728 с.
2. Шевченко Л.С. Позикова праця: сутність, ризики, особливості розвитку в Україні. Вісник Національного університету "Юридична академія України імені Ярослава Мудрого" № 1 (8) 2012. С. 121-129.
3. Гаращенко Л.П. Договір позикової праці в Італії. Правове забезпечення соціальної сфери: матер. VIII Міжнар. наук. конф. студ., аспір. та молодих учених. Одеса: Фенікс, 2017. 466 с. URL: https://www.academia.edu/33425532/Договір_позикової_праці_в_Італії_2017_pdf. (дата звернення 13.09.2021).
4. Середа О.Г. До питання правового регулювання нетипових форм зайнятості. Правове забезпечення соціальної безпеки в умовах євроінтеграційних процесів: тези допов. учасн. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 20 жовтня 2017 р.) / за ред. Проф. М.І. Іншина, відп. ред. к.ю.н. І.С. Сахарук. Київ: Прінт-Сервіс, 2017. 159 с.
5. Погорєлова О.С. Особливості трудового договору із запозиченої праці. Єдність і диференціація трудового права та права соціального забезпечення : матеріали III Всеукраїнської наук.-практ. конф. (м. Харків, 28 листопада 2014 р.) ; за заг. ред. К.Ю. Мельника / МВС України ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. Х.: ХНУВС, 2014. 324 с.
6. Ratifications of C181 – Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181). URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312326 (дата звернення 13.09.2021).
7. Temporary employment agency workers by sex, age and NACE Rev. 2 activity. URL: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsa_qoe_4a6r2&lang=en (дата звернення 13.09.2021).
8. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554 (дата звернення 13.09.2021).
9. Estatuto de los Trabajadores. URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430 (дата звернення 13.09.2021).
10. Italy: Temporary agency work and collective bargaining in the EU. URL: https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2008/italy-temporary-agency-work-and-collective-bargaining-in-the-eu (дата звернення 13.09.2021).
11. Legge 24 giugno 1997, n. 196. "Norme in materia di promozione dell'occupazione". URL: https://www.camera.it/parlam/leggi/97196l.htm (дата звернення 13.09.2021).
12. Outsourcing in Poland. Warsaw 2013. URL: https://wardynski.com.pl/upload/wordpress/2013/09/wardynski__partners_outsourcing_in_poland_october_2013.pdf (дата звернення 13.09.2021).
13. Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. URL: http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20031661608/U/D20031608Lj.pdf (дата звернення 13.09.2021).
14. France: Temporary agency work and collective bargaining in the EU. URL: https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2008/france-temporary-agency-work-and-collective-bargaining-in-the-eu (дата звернення 13.09.2021).
15. Трудове право в державах Європи: Підручник / С.В. Венедіктов, Г.О. Спіцина. Київ : Ніка-Центр, 2017. 184 с.
16. Code du Travail. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ (дата звернення 13.10.2021).

References:

1. Kiselev I.YA. Sravnitel'noye i mezhdunarodnoye trudovoye pravo. Uchebnik dlya vuzov. M.: Delo, 1999. 728 s. (in Russian).
2. Shevchenko L.S. Pozykova pratsya: sutnist', ryzyky, osoblyvosti rozvytku v Ukrayini. Visnyk Natsional'noho universytetu "Yurydychna akademiya Ukrayiny imeni Yaroslava Mudroho" № 1 (8) 2012. S. 121-129 (in Ukrainian).
3. Harashchenko L.P. Dohovir pozykovoyi pratsi v Italiyi. Pravove zabezpechennya sotsial'noyi sfery: mater. VIII Mizhnar. nauk. konf. stud., aspir. ta molodykh uchenykh. Odesa: Feniks, 2017. 466 s. URL: https://www.academia.edu/33425532/Договір_позикової_праці_в_Італії_2017_pdf. (in Ukrainian).
4. Sereda O.H. Do pytannya pravovoho rehulyuvannya netypovykh form zaynyatosti. Pravove zabezpechennya sotsial'noyi bezpeky v umovakh yevrointehratsiynykh protsesiv: tezy dopov. uchasn. Vseukr. nauk.-prakt. konf. (m. Kyyiv, 20 zhovtnya 2017 r.) / za red. Prof. M.I. Inshyna, vidp. red. k.yu.n. I.S. Sakharuk. Kyyiv: Print-Servis, 2017. 159 s. (in Ukrainian).
5. Pohoryelova O.S. Osoblyvosti trudovoho dohovoru iz zapozychenoyi pratsi. Yednist' i dyferentsiatsiya trudovoho prava ta prava sotsial'noho zabezpechennya : materialy III Vseukrayins'koyi nauk.-prakt. konf. (m. Kharkiv, 28 lystopada 2014 r.) ; za zah. red. K.YU. Mel'nyka / MVS Ukrayiny ; Khark. nats. un-t vnutr. sprav. KH.: KHNUVS, 2014. 324 s. (in Ukrainian).
6. Ratifications of C181 – Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181). URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312326 (in English).
7. Temporary employment agency workers by sex, age and NACE Rev. 2 activity. URL: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsa_qoe_4a6r2&lang=en (in English).
8. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554 (in Spanish).
9. Estatuto de los Trabajadores. URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430 (in Spanish).
10. Italy: Temporary agency work and collective bargaining in the EU. URL: https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2008/italy-temporary-agency-work-and-collective-bargaining-in-the-eu (in English).
11. Legge 24 giugno 1997, n. 196. "Norme in materia di promozione dell'occupazione". URL: https://www.camera.it/parlam/leggi/97196l.htm (in Italian).
12. Outsourcing in Poland. Warsaw 2013. URL: http://www.codozasady.pl/wp-content/uploads/2013/10/wardynski__partners_outsourcing_in_poland_october_2013.pdf (in English).
13. Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. URL: http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20190001563/T/D20191563L.pdf (in Polish).
14. France: Temporary agency work and collective bargaining in the EU. URL: https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2008/france-temporary-agency-work-and-collective-bargaining-in-the-eu (in English).
15. Trudove pravo v derzhavakh Yevropy: Pidruchnyk / S.V. Venediktov, H.O. Spitsyna. Kyyiv : Nika-Tsentr, 2017. 184 s. (in Ukrainian).
16. Code du Travail. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ (in French).

Received: 13/09/2021
Accepted: 10/10/2021

S. Savchuk, PhD Student
Institute of State and Law. V. M. Koretsky National Academy of Sciences of Ukraine, Kyiv, Ukraine

INTERNATIONAL EXPERIENCE OF LEGAL REGULATION OF MULTI-PARTY EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

The article provides a comparative analysis of regulation of multi-party employment relationships in Spain, Italy, Poland and France.

The multi-party employment relationships appeared in the 1920s when entrepreneurs in the United States began lending office workers to firms to meet the needs of a new service-based economy. In the 1960s-1970s, based on the experience of labour flexibilization in the United States, the concept of agency work was formed. This form of non-standard employment became widespread in Europe only after the 1960s. Since Manpower opened its London office in 1956, agency work has been used in continental Europe.

The multi-party employment relationships are regulated at the international level by the ILO Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181) and the Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work. France, Italy, Poland and Spain, which have ratified the ILO Convention No. 181, are also members of the European Union and for them, accordingly, Directive 2008/104/EC is legally binding. This circumstance indicates that, firstly, these two international instruments do not contradict each other. And secondly, the fact that they are binding on these countries indicates the existence of a fairly strong national legal framework for the regulation of multi-party employment relationships.

It is established that each of the studied countries has its own special legislative act on the complex regulation of multi-party employment relationships. It is concluded that these international experiences should be taken into account by Ukraine. After all, none of the articles found in the Law on Employment of Population is not able to cover the full range of issues that may arise when exercising multi-party employment relationships. This necessitates the introduction of a special legislative act on the comprehensive regulation of this form of non-standard employment in Ukraine. This law should establish labour and legal guarantees for employees – participants in multi-party employment relationships, as well as clearly delineate the rights and obligations of employers who provide and, accordingly, use their hired labour.

Keywords: international experience, non-standard forms of employment, multi-party employment relationships, employment contract, employee, employer.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 83-87
УДК 349.2
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-16

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

І. С. Сахарук, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗНАЧЕННЯ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ ДЛЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ ПРОФЕСІЙНОГО РОЗВИТКУ ПРАЦІВНИКІВ В УКРАЇНІ[6]

Досліджено роль соціального діалогу та його суб'єктів у просуванні концепції навчання протягом життя для працівників. Узагальнено основні документи Міжнародної організації праці щодо професійного розвитку працівників, визначено на основі їхнього аналізу основні завдання та напрями впливу професійних спілок і роботодавців на забезпечення безперервного навчання працівників. Визначено правові основи участі соціальних партнерів у формуванні та реалізації державної політики щодо освіти дорослих в Україні. Внесено пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства та законопроєктів у сфері професійного розвитку працівників із метою підвищення ролі професійних спілок та організацій роботодавців у просуванні професійного розвитку працівників.

Ключові слова: навчання протягом життя, освіта дорослих, професійний розвиток, безперервне навчання, інформальне навчання (самоосвіта), соціальний діалог, професійні спілки, організації роботодавців.

ВСТУП

Питання, що стосуються професійного розвитку працівників у сучасний період розглядаються на рівні Міжнародної організації праці (далі – МОП) у контексті навчання протягом життя (lifelong learning). Ця концепція набуває значного поширення протягом останнього десятиліття, що зумовлено її значною роллю як для працівників і роботодавців, так і для держав у контексті розвитку трудового, інтелектуального потенціалу. Щодо України, то відображенням концепції навчання протягом життя є система освіти дорослих, закріплена Законом України "Про освіту", а також нормативно закріплений Законом України "Про професійний розвиток працівників" принцип безперервності процесу професійного розвитку працівників (ст. 4).

МОП визначає навчання протягом життя одним із ключових факторів упровадження гідної праці, оскільки воно дозволяє підвищити вартість і продуктивність праці, забезпечує можливості для економічних перетворень, створення робочих місць, інклюзивності, демократії та сталого зростання [1, с. 51]. Причому розроблення та впровадження систем навчання протягом життя є спільною відповідальністю соціальних партнерів – представників держави, роботодавців і працівників. Саме на основі дво- або тристороннього соціального діалогу можливо забезпечити дійсно комплексний підхід, який враховуватиме інтереси всіх сторін і сприятиме ефективнішому виконанню програм і заходів щодо навчання протягом життя.

Незважаючи на наявність значної кількості досліджень у вітчизняній науці трудового права стосовно професійного розвитку працівників, питання місця соціального діалогу в цьому процесі залишається не вивченим. Тому **метою статті** є аналіз актів МОП і національного законодавства щодо ролі соціального діалогу у просуванні навчання протягом життя, внесення пропозицій стосовно вдосконалення нормативного забезпечення та напрямів взаємодії соціальних партнерів із питань професійного розвитку працівників в Україні.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Підходи МОП до регламентації участі соціальних партнерів у забезпечення професійного розвитку працівників. Уперше на рівні МОП необхідність упровадження заходів із професійного розвитку працівників у контексті безперервного навчання було визначено Конвенцією № 142 про професійну орієнтацію та професійну підготовку в галузі розвитку людських ресурсів 1975 р. (ратифікована Україною 03.05.1979) [2]. Відповідно до ст. 5 Конвенції, політика та програми професійної орієнтації і професійної підготовки готуються та здійснюються у співробітництві з організаціями роботодавців і працівників. Також у ст. 3 наголошено на необхідності включати до системи професійної інформації щодо зайнятості дані, які містяться у колективних угодах (що можна розуміти як орієнтацію МОП на включення окремих аспектів професійного навчання працівників до таких угод).

Хоча в Конвенції № 142 регулюють питання безперервного навчання, але дефініція цього поняття у ній відсутня. Пізніше у Рекомендації МОП № 195 про розвиток людських ресурсів: навчання, підготовка кадрів і безперервне навчання 2004 р. визначено, що термін "безперервне навчання" охоплює всю навчальну діяльність, що здійснюється протягом усього життя для розвитку компетентностей і кваліфікації [3]. Рекомендація містить значну кількість положень, які визначають роль соціального діалогу в упровадженні безперервного навчання працівників, зокрема зобов'язання для держав:

– у співпраці із соціальними партнерами забезпечувати доступність безперервного навчання для всіх (п. 4 a) та загалом зміцнювати соціальний діалог із питань підготовки кадрів на різних рівнях (п. 5 f);

– залучати соціальних партнерів до розроблення національної стратегії у сфері освіти та підготовки кадрів (п. 5 a), моніторингу тенденцій щодо компетентностей, затребуваних у певний період (п. 9 a), проведення досліджень у сфері розвитку людських ресурсів і підготовки кадрів (п. 19);

– підтримувати ініціативи соціальних партнерів щодо підготовки кадрів (п. 9 c), з іншого боку, також спонукати роботодавців до використання передових практичних методів розвитку людських ресурсів (п. 9 g).

Рекомендація № 195 також визначає роль кожної зі сторін соціального діалогу у реалізації процесу безперервного навчання, зокрема, необхідність держави інвестувати кошти та вдосконалювати систему освіти й підготовки кадрів; роботодавців, – забезпечувати професійний розвиток своїх працівників, а також надавати можливість іншим особам отримати виробничий досвід; працівників, – використовувати можливості для розвитку своєї компетентності та професійної кар'єри (п. 4 b, п. 6.1) [3].

Оскільки підвищення кваліфікації, перепідготовка значною мірою впливають на ринок праці та рівень зайнятості, окремі питання щодо навчання протягом життя

[6] Наукове дослідження проведено в межах держбюджетної теми № 0119U100306 "Соціально-правові засади збереження та розвитку трудового потенціалу України".

© Сахарук І. С., 2021

відображено у документах МОП із приводу зайнятості. Так, у Рекомендації МОП № 122 щодо політики в галузі зайнятості 1964 р. наголошено на необхідності роботодавцям забезпечувати надання потрібних засобів для навчання і перенавчання та пов'язаних із цим фінансових можливостей (п. 29.1е) [4]. А Рекомендація МОП № 169 щодо політики в галузі зайнятості 1984 р. передбачає необхідність додатково вживати спеціальних заходів в інтересах молоді, у тому числі заохочувати роботодавців державного та приватного секторів наймати та професійно навчати молодь (п. 17.1а); забезпечити спрощення переходу від навчання у школі до праці та сприяти можливостям працевлаштування після завершення професійної підготовки (п. 17.1е) [5].

Важливу роль у реалізації концепції навчання протягом життя відіграє Конвенція МОП № 140 про оплачувані учбові відпустки 1974 р. (ратифікована Україною 26.09.2002) [6]. Конвенція закликає держави проводити цілеспрямовану політику для створення можливостей використання оплачуваних відпусток для професійної підготовки, здобуття освіти або профспілкового навчання (ст. 2), до розроблення якої мають долучатись організації роботодавців і працівників (ст. 6). Конвенція передбачає, що умови надання учбових відпусток можуть регламентуватись не лише законодавством, але й колективними договорами (ст. 5).

Аналізуючи регламентацію концепції навчання протягом життя на рівні МОП, варто окремо відмітити Тристоронню декларацію принципів щодо багатонаціональних підприємств і соціальної політики, прийняту в останній, п'ятій редакції 2017 р. [7]. Декларація містить окремий розділ "Професійна підготовка", положення якого направлені на регламентацію заходів для багатонаціональних підприємств у сфері професійної підготовки та профорієнтації, які мають здійснюватися у тісній прив'язці до зайнятості. Згідно з документом, професійна підготовка працівників, що забезпечується багатонаціональними корпораціями, повинна максимально сприяти розвитку затребуваних професійних навичок і компетенцій, сприяти розширенню професійних можливостей і безперервному навчанню працівників відповідної країни (п. 38). Такі положення особливо актуальні для України, оскільки дозволяють розширювати трудовий потенціал держави, залучаючи до професійного розвитку вітчизняних працівників роботодавців (багатонаціональні корпорації) з величезним досвідом і можливостями, сучасними підходами до навчання. Відповідні заходи професійної підготовки, згідно з положеннями Декларації, коли це можливо і доречно, мають організовуватись у співпраці з організаціями роботодавців і працівників, органами влади, тобто на засадах соціального партнерства.

У Декларації століття МОП щодо майбутнього сфери праці 2019 р. [8] наголошено, що загальною відповідальністю урядів і соціальних партнерів є сприяння набуттю всіма працівниками навичок, компетенцій і кваліфікацій протягом їхнього трудового життя, у тому числі з метою усунення існуючого й очікуваного дефіциту професійних навичок. Одним із ключових завдань у Декларації МОП визначає необхідність упровадження ефективних заходів державної політики для

– забезпечення повної, продуктивної, вільно обраної зайнятості та гідної праці для всіх, зокрема і шляхом спрощення переходу від освіти та професійної підготовки до трудової діяльності, особливо щодо молоді;

– зміцнення здатності всіх людей скористатися можливостями, що відкриваються в сучасний період у сфері праці, зокрема і за допомогою забезпечення дієвого навчання протягом життя та якісної освіти для всіх.

Міжнародна організація праці також учергове у Декларації наголосила, що соціальний діалог, у тому числі колективні переговори та тристороння співпраця, є найважливішою основою всіх дій МОП і сприяє ефективному розробленню політики та прийняттю рішень у її державах-членах [8]. Відповідно, і для ефективного впровадження навчання протягом життя соціальний діалог відіграє ключову роль. Це показує аналіз Декларації століття МОП та інших указаних вище документів. Тому можна зробити висновок, що розроблення й упровадження системи навчання протягом життя вимагає спільного підходу ключових зацікавлених сторін – держав, роботодавців і працівників.

Причому одну з ключових ролей у цьому процесі саме соціального діалогу можна пояснити і тим, що всі його сторони зацікавлені у підвищенні якості освіти та професійної підготовки працівників, оскільки кожна отримує від цього лише переваги. Тому відповідні підходи до організації систем навчання протягом життя слід упроваджувати і в Україні. Тим більше, що ключові конвенції МОП у цій сфері № 140 та № 142 були ратифіковані нашою державою.

Роль соціальних партнерів у забезпеченні професійного розвитку працівників в Україні. Положення проаналізованих вище конвенцій МОП не достатньою мірою імплементовані у національне трудове законодавство. Так, відповідно до ст. 5 Закону України "Про професійний розвиток працівників" від 12.01.2012 р., професійні спілки та їхні об'єднання, організації роботодавців та їхні об'єднання беруть участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері професійного розвитку працівників, здійсненні заходів, передбачених колективними договорами й угодами [9]. Водночас, Закон України "Про колективні договори та угоди" від 01.07.1993 р., перераховуючи основні умови, що визначаються у колективному договорі (стаття 7) та колективній угоді (стаття 8), питання професійного розвитку працівників не містить [10]. Звичайно, перелік умов колективних договорів та угод не є вичерпним, проте, законодавчо унормовані умови є, на нашу думку, усе ж ключовим орієнтиром у здійсненні колективних переговорів. Саме тому, варто доповнити ст. 7, 8 Закону, вказавши і на умови щодо професійного розвитку працівників як такі, що регламентуються колективним договором чи колективною угодою.

Наприклад, Генеральна угода про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2019–2021 роки також установила рекомендацію включати до галузевих (міжгалузевих), територіальних угод і колективних договорів положення щодо професійного розвитку, а саме "проведення підвищення кваліфікації працівників не рідше одного разу на п'ять років, зокрема, у періоди їхньої неповної зайнятості, та працівників, які перебувають під загрозою вивільнення" (п. 1.7) [11]. Зазначаючи цю рекомендацію як позитивну, вважаємо, що положення колективних договорів у частині професійного розвитку працівників не повинні обмежуватись лише періодичністю підвищення кваліфікації, а мають містити й детальніші зобов'язання сторін у цій сфері, а також регулювати ті питання, які нині не закріплені в національному законодавстві, зокрема, щодо шляхів підтвердження результатів неформального навчання, механізмів реалізації обов'язку роботодавця забезпечувати професійний розвиток працівників тощо. Сама

Генеральна угода на 2019–2021 роки включає зобов'язання сторін соціального діалогу розвивати механізми стимулювання участі роботодавців у підготовці кадрів (п. 1.6.6.) і системи підтвердження результатів неформального навчання (п. 1.6.3.) [11].

Закон України "Про професійний розвиток працівників" регламентує повноваження органів державної влади, роботодавців і профспілок у сфері професійного розвитку працівників. Державне управління у цій сфері здійснюється Міністерством розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства та Міністерством освіти і науки України, тоді як безпосереднє управління, відповідно до ст. 3 Закону, здійснюють роботодавці шляхом організації професійного навчання працівників, їхньої атестації [9].

Щодо профспілок, їхніх об'єднань та організацій роботодавців як сторін соціального діалогу на територіальному, галузевому, національному рівнях, їхні повноваження зосереджено у трьох напрямах:

1) розроблення та реалізація державної політики у сфері професійного розвитку працівників;

2) здійснення громадського контролю за дотриманням законодавства у цій сфері;

3) участь у моніторингу ринку праці та прогнозуванні його розвитку, формуванні державного замовлення на підготовку фахівців.

Державна політика у сфері професійного розвитку працівників. Стосовно розроблення державної політики у сфері професійного розвитку працівників варто відмітити відсутність будь-яких стратегічних кроків із боку всіх соціальних партнерів. Наприклад, серед завдань реформи ринку праці питання вдосконалення інституту професійного розвитку працівників не піднімається [12], як і в численних законопроєктах щодо внесення змін до трудового законодавства, зареєстрованих у парламенті за останні три роки.

Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 р. містить єдину згадку про освіту дорослих, указуючи, що вона потребує якісного поліпшення [13]. Стаття 18 Закону України "Про освіту" від 05.09.2017 р. визначає освіту дорослих складовою освіти впродовж життя, а її складниками називає, зокрема і професійне навчання працівників, курси перепідготовки та/або підвищення кваліфікації, безперервний професійний розвиток [14]. Міністерством освіти і науки України розроблено та винесено на громадське обговорення (у вересні 2020 р.) проєкт Закону України "Про освіту дорослих", який складниками освіти дорослих визначає, зокрема, професійну підготовку, підвищення кваліфікації, стажування, перепідготовку, професійне навчання працівників, безперервний професійний розвиток та інформальну освіту (самоосвіту) [15]. Отже, проєктом визначено значно більше елементів освіти дорослих порівняно із Законом України "Про освіту", хоча окремі з них, такі як: професійна підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації є складовими професійного навчання працівників згідно зі ст. 1 Закону України "Про професійний розвиток працівників". Зауважимо, що професійне навчання працівників у проєкті "Про освіту дорослих" регламентовано окремим складником освіти дорослих.

Також, згідно зі ст. 6 проєкту визначено, що державна політика у сфері освіти дорослих визначається окремими органами державної влади й органами місцевого самоврядування [15]. Однак, не встановлено участь інших суб'єктів соціального діалогу, – професійних спілок і роботодавців і їхніх об'єднань, що суперечить проаналізованим вище підходам МОП щодо регламентації навчання протягом життя. Тому вважаємо, що проєкт потребує доопрацювання з метою приведення його у відповідність до вже існуючих нормативних актів у сфері професійного розвитку працівників, а також урахування міжнародних стандартів у цій сфері. 21 вересня 2021 р. колегією Міністерства освіти і науки України схвалено рішення щодо доопрацювання законопроєкту "Про освіту дорослих" та направлення його на розгляд Кабінету Міністрів України. Тому, хоча МОН України і здійснює певну діяльність, направлену на реалізацію державної політики у сфері освіти дорослих (зокрема і політики щодо професійного розвитку працівників як її частини), вони тривалі в часі та не достатньо системні.

Згідно з результатами дослідження державної політики у сфері освіти дорослих в Україні, проведеного 2021 р. командою українських експертів, у державі нині відсутня координація у формуванні державної політики у сфері освіти дорослих на національному рівні, а також система централізованого збору відповідних статистичних даних, яка б дозволила формувати обґрунтовану державну політику [16]. Аналогічний висновок можна зробити і щодо державної політики стосовно професійного розвитку працівників.

Вважаємо, що професійним спілкам та організаціям роботодавців варто ініціювати розроблення стратегічних напрямів державної політики у сфері навчання протягом життя та професійного розвитку працівників як його частини. Адже вони є суб'єктами, які відповідно до Закону України "Про професійний розвиток працівників" визначені учасниками розроблення та реалізації державної політики у цій сфері, крім того, повинні бути зацікавлені у впровадженні концепції навчання протягом життя не менше, ніж держава в особі відповідних органів влади.

Участь професійних спілок та організацій роботодавців у формуванні державного замовлення на підготовку фахівців. Відповідно до п. 1.6. Генеральної угоди на 2019–2021 роки, її сторони повинні спрямувати зусилля на модернізацію механізму прогнозування потреб у кадрах (п. 1.6.3.) та вдосконалення системи середньострокового прогнозування розвитку ринку праці у професійно-кваліфікаційному розрізі (п. 1.6.7) [11]. Участь профспілок та організацій роботодавців у моніторингу ринку праці та прогнозуванні його розвитку, формуванні державного замовлення на підготовку фахівців закріплена і Законом України "Про професійний розвиток працівників". Водночас, правовий механізм реалізації профспілками та роботодавцями відповідних завдань установлено лише щодо участі у формуванні державного замовлення на підготовку фахівців.

Відповідно до Закону України "Про формування та розміщення державного замовлення на підготовку фахівців, наукових, науково-педагогічних і робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовку кадрів" від 20.11.2012 р., середньостроковий прогноз потреби у фахівцях і робітничих кадрах на ринку праці складається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державного замовлення з урахуванням пропозицій спільного представницького органу всеукраїнських профспілок та профспілкових об'єднань, а також спільного представницького органу сторони роботодавців на національному рівні [17]. Для врахування пропозицій професійних спілок і роботодавців у процесі формування державного замовлення відповідні спільні представницькі органи на національному рівні подають кожного року до Мінекономіки – "прогнозні показники на плановий рік, рік, що настає за плановим роком, та наступні два бюджетні періоди щодо потреб економіки у фахів-

цях і робітничих кадрах за видами економічної діяльності та професіями відповідно до Класифікатора професій, у тому числі у розрізі регіонів" [18, п. 6]. У проєкті Закону про формування та розміщення державного та/або регіонального замовлення на підготовку фахівців із вищою, фаховою передвищою освітою, наукових, науково-педагогічних кадрів, кваліфікованих робітників і слухачів підготовчих відділень закладів вищої освіти, на післядипломну освіту № 5467 від 05.05.2021 [19] відображено аналогічний механізм участі професійних спілок та організацій роботодавців у формуванні державного замовлення (ст. 2), а також регіонального замовлення (ст. 3). Одночасно, проєктом установлено, що у показниках державного замовлення враховуються потреби "оборони України, державної безпеки і захисту державного кордону, інших військових формувань і правоохоронних органів, державних підприємств, організацій, закладів та установ (крім виборних посад і посад, які заміщуються на умовах конкурсного відбору)". Потреби інших юридичних осіб публічного та приватного права у працівниках можуть бути враховані, однак лише за спеціальностями, яким надається особлива підтримка та за умови прийняття ними на себе зобов'язань із практичної підготовки здобувачів фахової передвищої освіти.

Вважаємо такий підхід суперечливим, оскільки державне замовлення повинно забезпечувати, у першу чергу, збалансування попиту та пропозиції на ринку праці. Відповідно, у його формуванні мають ураховуватись поточні потреби роботодавців у працівниках у цілому. Крім того, згідно з Рекомендаціями МОП № 195 держава повинна підтримувати ініціативи соціальних партнерів щодо підготовки кадрів (п. 9 с). Наприклад, у Законі України "Про вищу освіту" визначено, що показники державного замовлення на підготовку фахівців із вищою освітою формуються за участю, зокрема і роботодавців та їхніх об'єднань (ст. 72) [20], без конкретизації щодо того, що це стосується лише державних підприємств, організацій, установ. З іншого боку, не визначено роль професійних спілок щодо формування державного замовлення у сфері вищої освіти, що також не відповідає підходам МОП стосовно необхідності зміцнювати соціальний діалог із питань підготовки кадрів на різних рівнях (п. 5 f Рекомендації № 195).

Крім того, як справедливо зауважено у висновку Комітету з питань освіти, науки та інновацій Верховної Ради України, "законопроєктом не вказано, як будуть особи публічного і приватного права брати на себе зобов'язання щодо практичної підготовки здобувачів і працевлаштування випускників закладів фахової передвищої освіти, а також, яким чином передбачається збирати і контролювати достовірність наданої інформації стосовно вищезазначених зобов'язань" [21]. Тому проєкт у цій частині потребує конкретизації.

ВИСНОВКИ

Розроблення та впровадження систем навчання протягом життя є спільною відповідальністю соціальних партнерів – представників держави, роботодавців і працівників. Саме на основі дво- або тристороннього соціального діалогу можна забезпечити дійсно комплексний підхід, який враховуватиме інтереси всіх сторін і сприятиме ефективнішому виконанню програм і заходів щодо навчання протягом життя.

Міжнародна організація праці регламентує необхідність зміцнювати соціальний діалог із питань професійного розвитку працівників, у тому числі залучати соціальних партнерів до розроблення національної стратегії у сфері освіти та підготовки кадрів, моніторингу тенденцій щодо компетентностей, затребуваних у певний період тощо. Законодавство України певною мірою також регламентує участь сторін соціального діалогу у забезпеченні професійного розвитку працівників. Проте з метою підвищення ефективності такої участі, а також імплементації основних положень конвенцій МОП у цій сфері необхідним є вдосконалення законодавства як у сфері колективних переговорів, так і щодо професійного розвитку. Зокрема, запропоновано доповнити норму Закону України "Про колективні договори та угоди" щодо змісту колективних договорів та угод положенням про регламентацію умов щодо професійного розвитку працівників. Внесено пропозиції щодо вдосконалення окремих положень проєкту закону "Про освіту дорослих".

В Україні на сьогодні відсутня скоординована та системна державна політика щодо професійного розвитку працівників. Вважаємо, що професійним спілкам та організаціям роботодавців варто ініціювати розроблення стратегічних напрямів такої політики, вносити пропозиції щодо вдосконалення існуючих проєктів законів щодо освіти дорослих, формування державного замовлення підготовки фахівців тощо. Крім того, потрібно нормативно врегулювати механізм залучення професійних спілок та організацій роботодавців до реалізації державної політики у сфері професійного розвитку працівників, участі у моніторингу ринку праці.

Список використаних джерел:

1. Social dialogue, skills and Covid-19. ILO. 2020. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_758550.pdf (дата звернення: 20.09.2021).

2. Конвенція МОП №142 про професійну орієнтацію та професійну підготовку в галузі розвитку людських ресурсів 1975 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_057#Text (дата звернення: 20.09.2021).

3. Рекомендації МОП №195 про розвиток людських ресурсів: навчання, підготовка кадрів та безперервне навчання 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_532#Text (дата звернення: 20.09.2021).

4. Рекомендація МОП №122 щодо політики в галузі зайнятості 1964 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_246#Textю (дата звернення: 20.09.2021).

5. Рекомендація МОП №169 щодо політики в галузі зайнятості 1984 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_278#Text (дата звернення: 20.09.2021).

6. Конвенція МОП №140 про оплачувані учбові відпустки 1974 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_261#Text (дата звернення: 20.09.2021).

7. Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration). 5th Edition. ILO, 2017. URL: https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm (дата звернення: 20.09.2021).

8. ILO Centenary Declaration for the Future of Work. ILO, 2019. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf (дата звернення: 20.09.2021).

9. Про професійний розвиток працівників: Закон України від 12.01.2012 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4312-17#Text (дата звернення: 20.09.2021).

10. Про колективні договори та угоди: Закон України від 01.07.1993 року зі змінами та доповненнями. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3356-12#Text (дата звернення: 20.09.2021).

11. Генеральна угода про регулювання основних принципів і норм реалізації соціально-економічної політики і трудових відносин в Україні на 2019-2021 роки. URL: https://fpsu.org.ua/images/images/2019/June/260619/%D0%93%D0%A3_2019-2021.pdf (дата звернення: 20.09.2021).

12. Інформація про реформу ринку праці / Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=596eb7ae-1738-4939-8e80-ae3b4f57ddec&title=InformatsiiaProReformuRinkuPratsi (дата звернення: 20.09.2021).

13. Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року: Указ Президента України від 25.06.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/344/2013#Text (дата звернення: 20.09.2021).

14. Про освіту: Закон України від 05.09.2017 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text (дата звернення: 20.09.2021).

15. Про освіту дорослих: проєкт Закону України 2020. URL: https://mon.gov.ua/ua/news/mon-proponuye-dlya-gromadskogo-obgovorennya-proyekt-zakonu-ukrayini-pro-osvitu-doroslih (дата звернення: 20.09.2021).

16. Відбулась презентація дослідження "Державна політика у сфері освіти дорослих в Україні" / Українська асоціація освіти дорослих. URL: http://www.uaod.org.ua/novini/vidbulasya-prezentaciya-doslidjennya-derjavna-politika-u-sferi-osviti-doroslih-v-ukrani/ (дата звернення: 20.09.2021).

17. Про формування та розміщення державного замовлення на підготовку фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовку кадрів: Закон України від 20.11.2012 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5499-17#Text (дата звернення: 20.09.2021).

18. Про затвердження Порядку формування державного замовлення на підготовку фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовку кадрів: Постанова Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2013 р. № 306. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/306-2013-%D0%BF#n12 (дата звернення: 20.09.2021).

19. Про формування та розміщення державного та/або регіонального замовлення на підготовку фахівців з вищою, фаховою передвищою освітою, наукових, науково-педагогічних кадрів, кваліфікованих робітників та слухачів підготовчих відділень закладів вищої освіти, на післядипломну освіту: проект Закону №5467 від 05.05.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71847 (дата звернення: 20.09.2021).

20. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text (дата звернення: 20.09.2021).

21. Висновок Комітету з питань освіти, науки та інновацій Верховної Ради України від 02.07.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71847 (дата звернення: 20.09.2021).

References:

1. Social dialogue, skills and Covid-19. ILO. 2020. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_758550.pdf

2. Human Resources Development Convention, 1975 (No.142), ILO. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_057#Text

3. The ILO's Recommendation No. 195 (2004) provides policy guidelines on human resources development, education, training and lifelong learning. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_532#Text

4. Employment Policy Convention, 1964 (No.122), ILO. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_246#Textю

5. Employment Policy (Supplementary Provisions) Recommendation, 1984 (No.169), ILO. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_278#Text

6. Paid Educational Leave Convention, 1974 (No. 140), ILO. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_261#Text

7. Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration). 5th Edition. ILO, 2017. URL: https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm

8. ILO Centenary Declaration for the Future of Work. ILO, 2019. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf

9. Pro profesiyniy rozvitok pratsivnikiv [On professional development of employees]: Zakon Ukraïni vid 12.01.2012 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4312-17#Text

10. Pro kolektivni dogovori ta ugodi [About collective agreements and contracts]: Zakon Ukraïni vid 01.07.1993 zi zminami ta dopovnennyami. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3356-12#Text

11. General'na ugoda pro regulyuvannya osnovnikh printsipiv i norm realizatsiï sotsial'no-ekonomichnoï politiki i trudovikh vidnosin v Ukraïni na 2019-2021 roki [General agreement on the regulation of the basic principles and norms of implementation of socio-economic policy and labor relations in Ukraine for 2019-2021]. URL: https://fpsu.org.ua/images/images/2019/June/260619/%D0%93%D0%A3_2019-2021.pdf

12. Informatsiya pro reformu rinku pratsi [Information on labor market reform] / Ministerstvo rozvitku ekonomiki, torgivli ta sil's'kogo gospodarstva [Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture]. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=596eb7ae-1738-4939-8e80-ae3b4f57ddec&title=InformatsiiaProReformuRinkuPratsi

13. Natsional'na strategiya rozvitku osviti v Ukraïni na period do 2021 roku [National strategy for the development of education in Ukraine for the period up to 2021]: Ukaz Prezidenta Ukraïni vid 25.06.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/344/2013#Text

14. Pro osvitu [On education]: Zakon Ukraïni vid 05.09.2017 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text

15. Pro osvitu doroslikh [On adult education]: proekt Zakonu Ukraïni 2020. URL: https://mon.gov.ua/ua/news/mon-proponuye-dlya-gromadskogo-obgovorennya-proyekt-zakonu-ukrayini-pro-osvitu-doroslih

16. Vidbulas' prezentatsiya doslidzhennya "Derzhavna politika u sferi osviti doroslikh v Ukraïni" [Presentation of the study "State policy in the field of adult education in Ukraine"] / Ukraïns'ka asotsiatsiya osviti doroslikh [Ukrainian Association of Adult Education]. URL: http://www.uaod.org.ua/novini/vidbulasya-prezentaciya-doslidjennya-derjavna-politika-u-sferi-osviti-doroslih-v-ukrani/

17. Pro formuvannya ta rozmishchennya derzhavnogo zamovlennya na pidgotovku fakhivtsiv, naukovikh, naukovo-pedagogichnikh ta robitnichikh kadriv, pidvishchennya kvalifikatsiï ta perepidgotovku kadriv [On the formation and placement of the state order for the training of specialists, scientific, scientific-pedagogical and working staff, advanced training and retraining]: Zakonu Ukraïni vid 20.11.2012 roku. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5499-17#Text

18. Pro zatverdzhennya Poryadku formuvannya derzhavnogo zamovlennya na pidgotovku fakhivtsiv, naukovikh, naukovo-pedagogichnikh ta robitnichikh kadriv, pidvishchennya kvalifikatsiï ta perepidgotovku kadriv [About the statement of the Order of formation of the state order for preparation of experts, scientific, scientific and pedagogical and working shots, advanced training and retraining of shots]: Postanova Kabinetu Ministriv Ukraïni vid 15 kvitnya 2013 r. № 306. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/306-2013-%D0%BF#n12

19. Pro formuvannya ta rozmishchennya derzhavnogo ta/abo regional'nogo zamovlennya na pidgotovku fakhivtsiv z vishchoyu, fakhovoyu peredvishchoyu osvitoyu, naukovikh, naukovo-pedagogichnikh kadriv, kvalifikovanikh robitnikiv ta slukhachiv pidgotovchikh viddilen' zakladiv vishchoï osviti, na pislyadiplomnu osvitu [On the formation and placement of state and / or regional orders for the training of specialists with higher, professional higher education, scientific, scientific and pedagogical staff, skilled workers and students of preparatory departments of higher education institutions, for postgraduate education]: proekt Zakonu №5467 vid 05.05.2021 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71847

20. Pro vishchu osvitu [About higher education]: Zakon Ukraïni vid 01.07.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text

21. Visnovok Komitetu z pitan' osviti, nauki ta innovatsiy Verkhovnoï Radi Ukraïni [Conclusion of the Committee on Education, Science and Innovation of the Verkhovna Rada of Ukraine] vid 02.07.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71847

Received: 21/09/2021
Accepted: 11/10/2021

I. Sakharuk, PhD (Law), Associated Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE ROLE OF SOCIAL DIALOGUE FOR IMPROVING THE SYSTEM OF EMPLOYEE'S PROFESSIONAL DEVELOPMENT IN UKRAINE

The article is examining the role of social dialogue and its subjects in promoting the concept of lifelong learning for employees. It has been proven that the development and implementation of lifelong learning systems is a shared responsibility of the social partners – government officials, employers and employees. The bilateral or tripartite social dialogue will ensure a truly integrated approach, that takes into account the interests of all parties and promotes more effective implementation of lifelong learning programs.

The main documents of the International Labour Organization about the professional development of employees have been reviewed. Based on their analysis, the author identifies the main tasks and directions of influence of trade unions and employers to ensure continuous training of employees. It is emphasized that the ILO regulates the need for strengthening the social dialogue on professional development, including involvement of the social partners in the development of national strategies in the field of education and training, monitoring trends in competencies etc.

Legal basis for the participation of social partners in the formation and implementation of state policy on adult education in Ukraine was determined.

Proposals were made to improve national legislation and draft laws in the sphere of professional development of employees to increase the role of trade unions and employers' organizations in promoting the lifelong learning.

Keywords: lifelong learning, adult education, professional development, informal learning (self-education), social dialogue, trade unions, employers' organizations.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 88-91
УДК 321.01 + 342.7
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-17

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Д. Г. Севрюков, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0003-4106-6375
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПЕРСПЕКТИВИ СУВЕРЕНІТЕТУ ДЕРЖАВИ У ПОСТПАНДЕМІЧНОМУ СВІТІ

Досліджено особливості траєкторії змін суверенітету держави у сучасних кризових умовах, спричинених пандемією COVID-19, які визначають його подальші перспективи. У роботі використано дослідницькі парадигми біовлади (М. Фуко), надзвичайного стану (К. Шмітт, Дж. Агамбен), що дозволяє не обмежувати предмет дослідження юридичними позитивістськими формами й орієнтує на міждисциплінарний науковий пошук. У надзвичайній ситуації межа між нормою та аномією виявляється рухливою та залежить від рішення суб'єкта, який монополізує право представляти всіх та опікуватися суспільною безпекою та здоров'ям населення. Безпека як публічновладний інтерес набуває більшого значення, ніж інтерес приватний, стримування та подолання загроз потребує виняткових суверенних рішень. Крайня необхідність, яка виправдовує надзвичайні заходи, збільшує розрив між доцільністю та правом – політикою, яка може бути (хоч і необов'язково) формально коректною, але ставить під сумнів право та права і претендує на те, щоб стати буденною практикою. Переосмислення державою політики управління біологічним життя загалом, з одного боку, та лояльність (принаймні мовчазна згода) населення в обмін на гарантії безпечного середовища, з іншого, зміцнюють суверенітет держави та локалізують світ права і прав.

Ключові слова: надзвичайний стан, суверенне рішення, біовлада, пандемія, верховенство права, баланс інтересів.

ВСТУП

Свого часу монографію, яка була присвячена концептуальному та контекстуальному дослідженню західноєвропейської ідеї суверенітету, а також особливостям трансформації суверенітету держави за умов глобалізації та інтеграції, було завершено такою тезою: "Те, що суверенітет держави в багатьох питаннях ставиться під сумнів, указує на те, що світ змінився, і стратегії панування мають бути переосмислені відповідно до викликів часу" [1, с. 208]. Глобальна криза, спричинена пандемією COVID-19, створює нові виклики, а відповіді, які знаходять держави, тією чи іншою мірою змінюють наявні соціальні, економічні, політичні моделі, зокрема й управлінську практику. Наслідки пандемії сприяють "зміцненню державного суверенітету, локалізації явищ і процесів, які до кризи вже не були обмежені конкретними просторовими межами" [2, с. 186]. Стрімке настання короновірусної кризи з тотальними локдаунами, (при)зупиненнями різноманітних форм діяльності, пріоритетністю безпеки та здоров'я населення уможливлює надзвичайний характер державного врядування. У ситуації розхитаності усталеного стану речей у соціальній дійсності утворюється простір можливостей для коригування засад і принципів функціонування інститутів, перегляду системи цінностей, а легітимний вибір між правом і неправом, свободою та насильством, автономією особистістю та стигматизацією і сегрегацією стає неочевидним. Людина, з її правами, свободами й обов'язками, стає об'єктом державної біополітики та новітніх форм дисциплінарних практик. У такому контексті потребує дослідження суверенітет держави, траєкторії змін у кризових умовах, які визначають його подальші перспективи.

Потрібно зазначити, що різноманітні теоретично-правові аспекти суверенітету сучасної держави досліджувалися у працях багатьох вчених, серед яких варто назвати таких: М. Баймуратов, Ю. Битяк, М. Грачов, Р. Джексон, О. Джураєва, В. Людвік, Ж. Мере, Н. Пастухова, О. Петришин, Ю. Тодика та ін. Різні теорії суверенітету, його розуміння як властивості, якості, стану або спроможності влади, співвідношення видів, дослідження про сучасні трансформації державного суверенітету під впливом глобалізаційних та інтеграційних процесів, є підґрунтям для наукового пошуку відповідей на питання про його подальшу еволюцію. Учення про надзвичайний стан (К. Шмітт, В. Беньямін, Дж. Агамбен та багато інтерпретацій їхніх праць, зокрема, публікації І. Чубарова, Т. Воропая та ін.) як простір невизначеності між правом і неправом, із суперечливою постаттю суверена, є значущими для проблематики державного суверенітету в сучасних умовах пріоритетності надзвичайних управлінських рішень, які претендують на статус нової нормальності. Засадничі зв'язки суверенності та біовлади (біополітики), які розробляв М. Фуко, були розвинені у працях М. Діна, В. Чешко та ін., та стали важливими аналітичними текстами про методи та форми політичної влади в сучасних державах (концепція "gouvernementalite"). Натомість у цій роботі зазначені підходи використано для виявлення суперечливих тенденцій у розвитку сучасної суверенної держави.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Суверенітет як доктринальне поняття має тривалу та суперечливу історію концептуалізації. Теж саме стосується історії юридичної позитивації суверенітету як нормативного принципу. Генеалогічні схеми перетворень уявлень про суверенітет, їхні види та співвідношення, а також історичний розвиток конституційного та міжнародно-правового визначення суверенітету, указують на важливість урахування історичного та соціокультурного контекстів, тобто часу та місця, неуніверсальність і варіативність явища.

Сучасне розуміння поняття суверенітету насамперед спирається на ідеологеми та міфологеми Просвітництва, які збагачувались подальшими доктринальними досягненнями доби модерну. Ж. Боден, який обґрунтував ієрархічний принцип державного суверенітету, Й. Альтузій, який запропонував доволі продуману схему поєднання федералізму, конституціоналізму та народного суверенітету, Т. Гоббс із теорією репрезентованого суверенітету у політичному тілі держави як нейтральної інстанції, що представляє та захищає всіх і кожного, а також численні інші мислителі Нового часу, сформували образ суверенної сучасної держави, але саме філософи-просвітники систематизували інтелектуальну спадщину і сформулювали принципи, які були вписані у контекст держави-нації. Раціональні індивіди, які мають суверенні права, укладають суспільний договір і в такий спосіб конституюють народ і державу. Відтак населення держави стає державоутворюючим народом, політичною нацією та гегемоном, а верховна влада набула легітимних підстав для формування та здійснення полі-

© Севрюков Д. Г., 2021

тики заради "національних інтересів", "національної безпеки" та "національного добробуту".

Принцип народного суверенітету визнається первинним і легітимним джерелом суверенітету держави. Суверенітет народу утворює ідеологічну основу для легітимації верховної влади сучасної держави, принципів і цілей її функціонування. Державний суверенітет є юридичним і політичним вираженням влади народу як джерела верховної влади. Характерним є наступне визначення суверенітету – "це політико-правовий стан держави, який виражається у наявності власної Верховної Влади, яка виконує свої функції та повноваження, результатом чого є незалежне та самостійне існування державоутворюючого народу, що дає йому можливість збереження своєї самобутності, відтворення, добробуту та процвітання" [3, с. 293–294]. Набір повноважень, який розкриває зміст суверенності держави, пов'язаний із цілями існування та функціонування держави як соціального інституту. Проблема співвідношення мегацілей держави (від збереження народу до сприяння добробуту) та владних повноважень їхнього досягнення обумовлює постійну актуальність дискурсів про природу, зміст і межі врядування, право сили та силу права, розвиток доктринальних уявлень, механізмів і процедур верховенства права.

Заслуговує на увагу теза про те, що "державний суверенітет виступає як визнана народом (легітимна), зовні непохідна, постійна, юридично необмежена верховна влада держави, що володіє універсальними повноваженнями на управління державою в цілому, концентруючи у своїх руках монопольне право на прийняття остаточних рішень з усіх важливих питань загальнодержавного (загальнонаціонального) значення" [4, с. 21]. У такому розумінні державного суверенітету важливим є твердження про "юридично необмежену верховну владу" та "монопольне право на прийняття остаточних рішень з усіх важливих питань загальнодержавного (загальнонаціонального) значення". Локківська індивідуалістична теорія народного суверенітету та більш сучасні концепції "суверенітету конституції", що ґрунтуються на повазі до визнаних засадничих норм, яких повинні дотримуватися законодавець чи урядовець, щоб не поставити під сумнів свій легітимний статус, ставлять принципові питання про юридичні межі діяльності верховної влади. Дискусії щодо претензій правителя на самодостатнє суверенне рішення, що апріорі втілює в собі справедливість, ведуться давно. Якщо йдеться про державу модерну, то різноманітні схеми інтерпретацій від Т. Гоббса до децізіонізму К. Шмітта, гарантійної теорії конституції Дж. Сарторі, теорії конституції як інструмент контролю й обмеження політичної влади К. Льовенштейна та ін. обертаються навколо інтелектуальних спроб, з одного боку, обґрунтувати право верховного володаря монополізувати мову конституційного права та повноваження на те, щоб мовити від імені всіх, з іншого, установити належні перешкоди свавільному здійсненню державної влади.

Монополізація остаточного рішення, що нормує суспільні відносини, несе в собі конфліктний потенціал у взаєминах між публічновладними та громадянськими інституціями. "Громадяни приймають диктат Держави або з причини того, що їхня власна воля знаходить своє часткове вираження у волі Держави, або тому, що, допускаючи добрість її намірів, вони ухвалюють рішення не чинити опір її втіленню. Але тоді стає очевидним, що закон – аж ніяк не наказ, це продукт згоди, який влаштовує усі сторони" [5, с. 158]. Традиційна дихотомія правового/неправового закону, яка належить до невизначеної зони, в якій справедливий чи соціально обґрунтований статус норми або навпаки виявляється у результаті суб'єктивних тлумачень і впливу численних неюридичних чинників. Причому у процесі легітимації юридичної інновації має бути обґрунтована відповідність нормативних суджень або суверенних рішень визнаним засадничим правилам і соціальним/правовим очікуванням народу. Водночас, народу "не відповідає жодний готовий природний об'єкт. "Народ" щоразу відтворюється перформативними висловами й актами, які засновують його як політичну силу та реальність" [6, с. 11]. З механічної сукупності індивідів утворюється особлива єдність, яка не зводиться до окремих її одиниць. Гегемонія такої єдності, яка виражається у принципі народного суверенітету, конструюється засобами соціальної філософії, конституційного, міжнародного права і є певним симулякром – порожньою формою, що наповнюється конкретними смислами залежно від місця та часу. Реальна значущість народного суверенітету обумовлюється дійсним балансом сил між державними та громадянськими інституціями. Досягнуті соціальні компроміси чи консенсуси визначають актуальний зміст і практичне значення конституційних принципів і цінностей у конкретній державі. Однією з ключових проблем у правовотворчості та правозастосуванні є забезпечення балансу публічних і приватних інтересів.

За умов усталеної конституційної демократії більше шансів на те, що взаємопов'язана сукупність принципів і процедур, які складають смислове, нормативне й інституційне ядро верховенства права, будуть використані з метою оптимального врівноваження інтересів, а сам принцип верховенства права не залишатиметься беззмістовною абстракцією. У випадку владного втручання у сферу людських прав і свобод належне застосування принципу пропорційності передбачає пошук розумної, справедливої і гармонійної рівноваги між конкуруючими інтересами, обґрунтування виправданості та придатності втручання (обмеження), адекватності засобів досягнення легітимної мети, зважування негативних і позитивних наслідків тощо. Головною метою є недопущення того, щоб публічновладні обмеження вихолощували справжній зміст прав і загрожували самій їхній сутності. Усі стандарти верховенства права орієнтовані на стримування нормотворчої свободи та правозастосовної умоглядності держави. Разом із тим, принципи правової визначеності, законності, рівності, справедливого правосуддя, інші формальні та змістовні вимоги верховенства права утворюють доктринальну та нормативну основу для захисту людини від свавілля.

Однак глобальна пандемія коронавірусу COVID-19 принесла режим надзвичайності, що розхитала усталені порядки як у "молодих", так і в розвинутих демократіях. У надзвичайній ситуації межа між нормою та аномією виявляється рухливою та залежить від рішення суб'єкта, який монополізує право представляти всіх та опікуватися суспільною безпекою та здоров'ям населення. Безпека як публічно владний інтерес набуває більшого значення, ніж інтерес приватний, стримування та подолання загроз потребує виняткових суверенних рішень. Свого часу Карл Шмітт, прагнучи легітимувати постать суверена-дивотворця, який своїми рішеннями формує порядок із хаосу, писав, що "винятковий випадок так само залишається доступним для юридичного пізнання, тому що обидва елементи, як норма, так і рішення, залишаються у межах юридичного" [7, с. 25] Норма є результатом суверенного рішення, в якому знімаються всі сумніви щодо розмежування права та неправа.

Натомість у вченні Джорджо Агамбена надзвичайний стан – це стан аномії, де відсутня чітка межа між правом і політикою. Крайня необхідність, яка виправдовує надзвичайні заходи, збільшує розрив між доцільніс-

тю та правом – політикою, яка може бути (хоч і необов'язково) формально коректною, але ставить під сумнів право та права та претендує на те, щоб стати буденною практикою. Дж. Агамбен вказує на те, "що надзвичайний стан усе більше прагне стати домінувальною управлінською парадигмою сучасної політики. Перетворення тимчасового та виняткового заходу на управлінську технологію загрожує радикально перетворити – і фактично вже відчутно перетворило – структуру та смисл різних традиційних конституційних форм" [8, с. 9]. У іншій книзі свого циклу про "людину священну" – Homo sacer – Дж. Агамбен знов акцентує увагу на тому, "що саме надзвичайний стан як фундаментальна політична структура у наш час усе більше виходить на перший план і прагне того, щоб нарешті стати правилом" [9, с. 29]. Політична влада за своєю природою трансгресивна та схильна до авторитарних методів і практик (якщо відсутні стримуючі перешкоди), а з появою тригерів, які спонукають до вжиття комплексних надзвичайних заходів, створюються умови для посилення можливостей уряду втручатися у різні сфери життя людей. Звичний світ перестає бути сталим. Відкритість кордонів і загалом право на вільне пересування залежить від спонтанних рішень владних інституцій. Умови доступу до професійної діяльності, економічних, соціальних, культурних та інших благ стає предметною сферою біополітики, в якій контролюючі, примусово-репресивні заходи відіграють ключову роль. Ресурсні можливості соціальної держави публічновладні інституції застосовують головним чином на патерналістських засадах, довільно визначаючи адресатів, обсяг і форми матеріальної підтримки. Унаслідок адміністративних рішень, спрямованих на турботу про життя та здоров'я – автономія особистості, право на приватне життя, свобода від дискримінації, свободи слова, вираження думки, пересування, право на підприємництво – зазнають обмежень.

Чим довшою є боротьба з ворогом (агресором, тероризмом або епідемією), тим простіше надзвичайні акти замінюють собою попередні правила. За Агамбеном усталений режим надзвичайності асоціюється з концтабором. "Табір з'являється у той момент, коли політична система сучасної національної держави, яка базувалася на функціональному зв'язку між певним локусом (територія) та юридичним порядком (держава), що регулюється автоматичними правилами фіксації життя (народження або приналежності до народу), входить у полосу тривалої кризи, і держава вирішує безпосередньо включити до переліку своїх завдань турботу про біологічне життя нації" [10, с. 222]. У сучасних умовах звісно йдеться не про Освенцим, а про приховану за завісою конституційної, демократичної держави систему соціального управління, в якій використовуються інструменти масового контролю (системи відстежування переміщень, контактів, стану здоров'я). Небезпека "цифрового концтабору", який раптом перестає бути суто китайським феноменом, полягає у зміні принципів соціального управління, взаємодії людини, суспільства та держави. Стрімкий характер переходу європейськими країнами у минулому столітті від демократій до автократій (з претензією на тоталітаризм) свідчить про те, що метафора табору відносно сучасності не належить суто жанру антиутопій. "Політика безпеки та нормалізація насильства, табір як прихована матриця та номос політичного простору, у якому ми живемо, – це і є *політична сутність сучасності"* [11]. Переосмислення державою політики управління "тілами" та біологічним життям загалом ("голим життям" у Агамбена), з одного боку, та лояльність (принаймні мовчазна згода) населення в обмін на гарантії безпечного середовища, з іншого, зміцнюють суверенітет держави та локалізують світ права і прав.

ВИСНОВКИ

Процеси глобалізації, які спричинили посилення взаємозалежності між країнами, відкриття кордонів, інтеграцію та конкуренцію ринків, мобільність капіталів, сприяли актуалізації дискурсів про "ерозію" та навіть "втрату" державою суверенітету. Регіональна європейська інтеграція також тисне на суверенітет держав-членів. Однак передача частини владних повноважень наднаціональним структурам не є відмовою від суверенітету, а є актом суверенного самообмеження. Перерозподіл владних повноважень здійснюється через узгоджені рішення, що відповідає засадничій ідеї інтеграції, та застосовується насамперед для оптимізації здійснення державних функцій, досягнення певного якісного стану, достатнього для реалізації суспільних цілей.

З настанням пандемічної кризи відносна відкритість і прозорість глобалізованого й інтегрованого світу стикається з новою реальністю, в якій зміцнюється суверенність нормативних рішень державних органів щодо управління людьми та територією. Якщо безпека здоров'я населення у тривалому стані надзвичайності залишатиметься пріоритетною для держави, то наслідками "нової нормальності" може бути девальвація стандартів верховенства права, які за походженням орієнтовані на захист індивідуальних прав і свобод, заміна усталених норм приписами, що спочатку мали тимчасовий характер. Крайня необхідність виправдовує застосування дисциплінарних примусових заходів, посилення контролю за населенням, запровадження обмежень та інших інновацій. Поєднання проблеми безпеки в надзвичайних умовах і біополітики держави легітимують пріоритетність публічних інтересів над приватними та застосування виняткових суверенних рішень із метою подолання загроз. Надзвичайне врядування формує управлінську технологію, яка має юридичні форми, але може імітувати право в контексті його ідеї.

Зростання авторитарних тенденцій у державному управлінні, правові гарантії та захист прав, свобод людини, засадничих демократичних принципів, співвідношення безпеки та свободи визначають перспективи подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Севрюков Д. Суверенітет. Генеалогія ідеї в контексті політичної та правової історії [Текст] : монографія / Севрюков Д. – Київ : Талком, 2018.

2. Іншин М. І., Севрюков Д.Г. Соціальне громадянство: історія та сучасність : монографія. Київ : Видавництво Людмила, 2020.

3. Грачев Н.И. Происхождение суверенитета. Верховная власть в мировоззрении и практике государственного строительства традиционного общества : монография / Грачев Н.И. – Москва : Зерцало-М, 2009.

4. Державний суверенітет в умовах європейської інтеграції : монографія / Ю. П. Битяк, І.В. Яковюк, С. Г. Серьогіна та ін. ; за ред. Ю. П. Битяка, І. В. Яковюка. – Київ : Ред. журн. "Право України", 2012.

5. Ласки Г. Дж. О суверенитете государства // Вестник Московского государственного областного университета. Серия: История и политические науки. 2020. № 4. 152–161.

6. Корецкая М. А. Народ как носитель суверенности и границы политической теологии// Социодинамика. – 2019 – № 1. С. 10–19.

7. Шмитт К. Политическая теология. Москва : "КАНОН-пресс-Ц", 2000.

8. Агамбен Дж. Homo sacer: чрезвычайное положение / Пер. с ит. М. Велижева, И. Левиной, О. Дубицкой, П. Соколова под. ред. Л. Воропай. Москва : Европа, 2011.

9. Агамбен Д. Homo sacer. Суверенная власть и голая жизнь. Москва : Европа, 2011.

10. Агамбен Дж. Homo sacer: чрезвычайное положение. Вказ. тв.

11. Ломако Л.Л., Мальцев К.Г., Мальцева А.В. Нормализация насилия: стратегия безопасности и современная форма "политического". Гуманитарный вестник, 2020, вып. 6.

References:

1. Sevrjukov, D. (2018) Suverenitet. Genealogija ideї v konteksti politichnoї ta pravovoї istoriї [Tekst] : monografija / Sevrjukov D. – K. : Talkom (in Ukrainian).

2. Inshyn M. I., Sevriukov D.H. (2020). Sotsialne hromadianstvo: istoriia ta suchasnist/ monohrafiia. Kyiv: Vydavnytstvo Liudmyla (in Ukrainian).

3. Grachev, N.I. (2009) Proishozhdenie suvereniteta. Verhovnaja vlast' v mirovozzrenii i praktike gosudarstvennogo stroitel'stva tradicionnogo obshhestva : monografija / Grachev N.I. – Moskva : Zercalo-M (in Russian).
4. Derzhavnij suverenitet v umovah єvropejs'koї integracії : monografija / Ju. P. Bitjak, I.V. Jakovjuk, S. G. Ser'ogina ta in. ; za red. Ju. P. Bitjaka, I. V. Jakovjuka. – K. : Red. zhurn. "Pravo Ukraїni", 2012 (in Ukrainian).
5. Laski, G. Dzh. (2020) O suverenitete gosudarstva [On the Sovereignty of the State] // Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. Serija: Istorija i politicheskie nauki. (4). [Bulletin of the Moscow Regional State University. Series: History and Political Sciences], (4) 2020, 152–161 (in Russian).
6. Koreckaja, M. A. (2019) Narod kak nositel' suverennosti i granicy politicheskoj teologii// Sociodinamika. – No 1. – S. 10–19 (in Russian).
7. Shmitt, K. (2000) Politicheskaja teologija. M. (in Russian).
8. Agamben Dzh. (2011) Homo sacer: chrezvychajnoe polozhenie / Per. s it. M. Velizheva, I. Levinoj, O. Dubickoj, P. Sokolova pod. red. L. Voropaj. M.: Evropa (in Russian).
9. Agamben D. (2011) Homo sacer. Suverennaja vlast' i golaja zhizn'. Moskva, Evropa (in Russian).
10. Agamben Dzh. (2011) Homo sacer: chrezvychajnoe polozhenie. Vkaz. tv.
11. Lomako L.L., Mal'cev K.G., Mal'ceva A.V. (2020) Normalizacija nasilija: strategija bezopasnosti i sovremennaja forma "politicheskogo". Gumanitarnyj vestnik, (6). [Normalizing violence: a security strategy and a contemporary form of the "political"], (6) (in Russian).

Received: 27/07/2021
1st Revision: 05/08/2021
Accepted: 20/09/2021

D. Sevriukov, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE PROSPECTS OF THE SOVEREIGNTY OF THE STATE IN THE POSTPANDEMIC WORLD

The article is dedicated to the study of the features of the trajectory of changes of sovereignty of the State under current crisis conditions caused by the pandemic COVID19, which shape its future prospects. The research paradigms of biopower (M. Foucault), state of emergency (K. Schmitt, J. Agamben) are used in the work, allowing not to limit the subject of study to legal positivist forms and focuses on interdisciplinary scientific research.

The processes of globalization, which led to increased interdependence between countries, the opening of borders, integration and competition of markets, capital mobility, contributed to the actualization of discourses on "erosion" and even "loss" of State sovereignty. Regional European integration also puts pressure on the sovereignty of Member States. However, the transfer some of the power to supranational structures is not a renunciation of sovereignty, but an act of sovereign self-restraint. The redistribution of authority is carried out through coordinated decisions, that correspond to the basic idea of integration, and is used primarily to optimize the implementation of public functions, to achieve a certain quality status sufficient to accoplish social goals.

With the onset of the pandemic crisis, the relative openness and transparency of the globalized and integrated world face a new reality, that strengthens the sovereignty of regulatory decisions of public authorities on the governance of people and territory. If public health in the long-term state of emergency remains a priority for the state, the consequences of the "new normality" may be the devaluation of the rule of law, which originally aims at protecting individual rights and freedoms, replacing established rules with temporary regulations. Extreme necessity justifies the use of disciplinary coercive measures, increased control over the population, the introduction of restrictions and other innovations. The combination of emergency security and state biopolitics legitimizes the priority of public interests over private ones and the use of exceptional sovereign solutions to overcome threats. Emergency governance shapes management technology, which has legal forms but can mimic law in the context of its idea.

The growth of authoritarian tendencies in public administration, legal guarantees and protection of human rights, freedoms, fundamental democratic principles, the relationship between freedom and security determine the prospects for further research.

Keywords: state of emergency, sovereign decision, biopower, pandemic, rule of law, balance of interests.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 91-96
УДК 364.2
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-18

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv, Publishing center "Kyiv University", 2021

Л. М. Сіньова, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-5514-3549
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗАПОЧАТКУВАННЯ ТА РОЗВИТОК СОЦІАЛЬНОЇ РОБОТИ В НІМЕЧЧИНІ[7]

Досліджено особливості історичного розвитку соціальної роботи в Німеччині. У XIX ст. здоров'я громадян Німеччини більше розглядалося як суспільна цінність. До середини XX ст. у Німеччині поширено англо-американські методи соціальної роботи, що і нині вважають класичними. Більшість шкіл соціальної роботи були засновані церквою та відводили жінкам чітко визначену місію в межах ідеологічних і соціальних цілей, оскільки жінки розглядалися як природне і традиційне втілення благодійності. У 1970-х рр. відбулося переосмислення соціальної роботи в Німеччині через те, що вчені та практики дійшли висновку про недостатність використання класичних методів соціальної роботи, а також про незначне використання терапевтичних засобів у тих випадках, коли йшлося про охоплення і розв'язання проблеми загалом. У науковому світі Німеччини відбувалися дискусії про користь системних підходів у соціальній роботі.

На сьогодні місія соціальної роботи – це надавати можливість людям максимально розвивати власний потенціал, збагачувати своє життя та попереджувати виникнення дисфункцій. Професійна соціальна робота спрямована на захист людини, розв'язання її проблем і соціальні перетворення у суспільстві.

Досліджено розвиток соціальної педагогіки як науки та самостійної галузі знань і практичної діяльності соціальної роботи в Німеччині. Таким чином, для успішного розвитку в Україні системи професійної підготовки соціальних працівників із соціального захисту прав молодим фахівцям необхідно досліджувати та використовувати міжнародний досвід. Запровадження німецького досвіду в систему професійної підготовки соціальних педагогів України сприятиме задоволенню потреби держави у висококваліфікованих мотивованих фахівцях.

Ключові слова: бідність, благодійність, життєві обставини, соціальне забезпечення, соціальний працівник, соціальний педагог, соціальна допомога, соціальні послуги.

ВСТУП

В Україні та в усьому світі через пандемію зросла кількість людей, яким потрібна допомога соціальних робітників, тому затребуваність зростає з кожним днем, але, чи буде ця робота престижною в майбутньому, покаже час, оскільки заробітна плата в Україні таких працівників є однією з найменших. Тому держава має звернути увагу на цю сферу [1, с. 72]. Особливо цікавим і актуальним для України є досвід Німеччини у підготовці фахівців соціальної та соціально-педагогічної робо-

[7] Наукове дослідження проведено в межах держбюджетної теми НДР № 20БФ042-01 "Правове забезпечення соціальної безпеки в євроінтеграційних умовах".

© Сіньова Л. М., 2021

ти. Саме у Німеччині гармонійно поєднується функціонування двох фахівців – соціального педагога та соціального працівника. Вони взаємно доповнюють один одного, без утворення конкуренції розв'язують завдання соціально-педагогічної діяльності. Існує програма "Sozial wesen", яка об'єднує елементи як соціальної роботи, так і соціальної педагогіки. Тобто в цій країні збережено інститут соціальної педагогіки, як науки та спеціальності, що потрібно врахувати в системі професійної підготовки соціальних педагогів в Україні [2, с. 385].

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

1853 р. в Еберфельді розроблено скоординовану, ефективну систему розподілу пожертвувань. Місто було поділене на райони або квартали, де призначили відповідального з добровольців, чиє "робоче навантаження" становило до чотирьох родин. Ці добровольці приймали заявки на допомогу і брали на себе функцію ретельного оцінювання особистих обставин заявників відповідно до положення, розробленого міською адміністрацією [3, с. 374]. ІЗ середини XIX ст. в Німеччині були створені головні об'єднання, які визначають структури вільної благодійної допомоги й нині. До них належать Благодійна справа німецької євангельської церкви, Німецьке благодійне об'єднання (католицька церква), Головний благодійний центр євреїв у Німеччині, Робоча благодійність, Німецький Червоний Хрест та Німецьке паритетне об'єднання милосердя" [4, с. 34]. 1905 р. відкрилася перша християнська соціальна жіноча школа. У наступні чотири роки з'явилися ще 13 соціальних шкіл, де можна було отримати професію попечительки благодійної установи [5].

До Першої світової війни формували основу практичної соціальної роботи економіка і медицина, гігієна і психіатрія. Із заснуванням перших середніх спеціальних навчальних закладів (Fachschulen) під час війни прийшло усвідомлення того, що проблеми зі здоров'ям тісно пов'язані із соціальними проблемами, такими як: бідність, злидні, невлаштованість. Уже після 1918 р. виникли заклади для пацієнтів, що страждали різними хворобами (туберкульоз, венеричні захворювання), психічних хворих, п'яниць. У другій половині XX ст., передусім в останні його десятиліття, з'явилися поруч із відомими раніше бідністю і злиднями нові фактори ризику – неправильне харчування або небезпечні види спорту [6, с. 34].

Слід наголосити, що індустріалізація країни спричинила різке зубожіння сімей робітничого класу, а як результат, – зросла кількість користувачів соціальних послуг. Оскільки церкви і приватні благодійні установи виявилися неспроможними впоратися із ситуацією, у другій половині XIX ст. виникла необхідність у державному регулюванні цього процесу, тобто у державному соціальному забезпеченні. 1880 р. за ініціативою Німецького конгресу з доброчинності створено Німецьку доброчинну спілку турботи про бідних, яку 1919 р. перейменували на Німецьку спілку державної і приватної опіки. Це центральна спілка, яка діє і нині: вона об'єднує державні, приватні, громадські установи, а також окремих фахівців, що визначають стратегію розвитку соціальної роботи в Німеччині. 1990 р. після об'єднання НДР і ФРН кількість її учасників збільшилося до 3 тис. осіб. Держава делегувала до її складу своїх представників на федеральному рівні, рівні федеральних земель вільних міст і округів. Важлива роль відводиться представникам громадських організацій, куди входять: Об'єднання доброчинності для робітників, католицький "Карітас", Паритетний Союз, Німецький Червоний Хрест, Союз милосердя Євангельської церкви тощо [7].

Відмінність європейської моделі на прикладі розвитку соціальної роботи у Німеччині наочно демонструє, як у діяльності кожного спеціаліста втілюється соціальна політика держави. Зволікання у розв'язанні окремих питань може призвести до соціального вибуху. Докази тому вже є в історії, наприклад, із приходом фашистів до влади і припиненням демократичного розвитку країни доброчинність була підмінена "гігієною раси", а соціальна робота була зведена до жорсткого контролю над населенням. У практиці сучасної соціальної роботи Німеччини "відчувається реальний взаємозв'язок розв'язання соціальних і економічних проблем як гарантія існування правової соціальної держави" [8, с. 120]. Отже, з початком індустріалізації в Німеччині в XIX ст. здоров'я її громадян усе більше розглядалося як суспільна цінність. А страхування і соціальна гігієна були спрямовані на його захист і підтримку. Тоді ж створено для цього правові основи у Пруссії: Закон про страхування громадян у зв'язку з хворобою (1883), Закон про страхування громадян у зв'язку з нещасним випадком (1884), Закон про страхування громадян у зв'язку з настанням похилого віку й інвалідності (1889) [6, с. 34].

Професія соціального працівника в Німеччині виникла на початку XX ст. як суто жіноча. Перші законодавчі акти про підготовку соціальних працівників з'явилися 1918 р. У перші десятиліття соціальна допомога надавалася клієнтам тільки в критичних ситуаціях як прояв турботи. З розвитком законодавства із соціального забезпечення потребуючий соціальної допомоги став розглядатися як об'єкт благодійної діяльності, що надалі вплинуло на розуміння сутності професії і вибір терміна "соціальний працівник", що вже широко використовувався в інших країнах світу [9, с. 117]. У ті часи соціальна робота в Німеччині належала до кола професій, через які жінки із середнього класу отримували можливість вийти на суспільну арену, забезпечити собі вид заняття, який давав їм особисте задоволення і був соціально бажаний. Більшість шкіл соціальної роботи, заснованих церквою, відводила жінкам чітко визначену місію в межах ідеологічних і соціальних цілей, оскільки жінки розглядалися як природне і традиційне втілення благодійності. Однак були школи, створені самими жінками. У Німеччині це була широка організація "Загальнонімецька жіноча спілка", яка була заснована на жіночому конгресі 1865 р. [10, с. 73].

У 20-х рр. XX ст. благодійні союзи входили до складу Імперського Товариства основних незалежних профспілок із благодійності. Почали формуватися державні органи соціального забезпечення, що існують і в теперішній час. До перших методик соціальної роботи належить патронажний метод, що включає питання про причини виникнення проблеми. Метод заснований на принципах свідомої участі клієнтів у розв'язанні проблеми, їхній активності, принципі поваги до людської гідності, відповідальності перед суспільством, усвідомлення соціальним працівником своїх слабких і сильних сторін. У роки правління Гітлера соціальна робота стала одним зі знарядь нацистів і звелася до жорсткого контролю над населенням. Відродження демократичних норм соціального життя почалося після повалення фашизму [5]. Слід наголосити, що до середини XX ст. у Німеччині одержали поширення англо-американські методи соціальної роботи, що сьогодні вважаються класичними. До них відносять: індивідуальну допомогу, групову терапію і роботу в громаді. Розвиток власне німецьких досліджень у сфері теорії і практики соціальної роботи в цей період ще відставало від розвитку експериментальних досліджень в інших країнах (США, Голландії, Швейцарії) [11].

Соціальна робота у будь-якій країні зберігає свою національну специфіку, обумовлену соціально-економо-

мічними та політичними умовами, історичними, духовно-моральними, культурними й етичними особливостями. Сучасна система професійної підготовки соціальних педагогів в Україні характеризується бурхливими змінами, які іноді мають хаотичний, не досить виважений характер, тому доцільним є звернення до досвіду зарубіжних країн, які мають давню історію підготовки соціальних педагогів. У світі існує кілька тисяч вищих шкіл соціальної роботи та спеціалізованих факультетів при університетах, що здійснюють підготовку професійних соціальних працівників [2, с. 385]. Однак 1970-ті стали роками переосмислення соціальної роботи в Німеччині через те, що вчені та практики дійшли висновку про недостатність використання класичних методів соціальної роботи, а також про незначне застосування терапевтичних засобів у тих випадках, коли йшлося про охоплення і розв'язання проблеми загалом. У науковому світі Німеччини відбувалися дискусії про користь системних підходів у соціальній роботі. На їхній базі було відпрацьовано основні моделі й вироблено принципи сучасного розвитку соціальної роботи на національному рівні в цій країні [12].

Соціальна робота – це мистецтво налагоджувати зв'язки між людьми, це покликання душі, яка співчуває та розділяє біль кожної обездоленої людини. Щоденно беручи на себе тяготи і труднощі людей, соціальні робітники реально сприяють стабільності нашого суспільства, відродженню в ньому духовності й людяності [13, с. 106–109]. Соціальна робота – як вид діяльності – вид професійної діяльності, направленої на задоволення соціально гарантованих й особистісних інтересів і потреб різних груп населення, на створення умов, які допомагають відновленню або поліпшенню здатності людей до соціального функціонування [14]. Соціальна робота – унікальний вид професійної діяльності зі створення соціальних умов для поліпшення умов життя окремої особистості, підвищення добробуту населення. Місія соціальної роботи – надавати можливість людям максимально розвивати власний потенціал, збагачувати своє життя та попереджувати виникнення дисфункцій. Професійна соціальна робота спрямована на захист людини, розв'язання її проблем і соціальні перетворення у суспільстві. Фахівці соціальної роботи, таким чином, є агентами змін у суспільстві, а також у житті окремих людей, сімей і громад, є регуляторами правових, економічних взаємовідносин особистості з державою [15].

В Законі України "Про соціальну роботу із сім'ями, дітьми та молоддю" [16] від 21 червня 2001 р. № 2558-III визначено, що

соціальна робота із сім'ями, дітьми та молоддю – професійна діяльність, спрямована на запобігання, мінімізацію негативних наслідків і подолання складних життєвих обставин сімей, дітей і молоді, посилення їхньої здатності до реалізації власного життєвого потенціалу;

фахівець із соціальної роботи – особа, яка має відповідну освіту та кваліфікацію, відповідає вимогам, установленим центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері соціального захисту населення.

У Законі України "Про соціальні послуги" [17] від 17 січня 2019 р. № 2671-VIII визначено, що соціальні послуги – дії, спрямовані на профілактику складних життєвих обставин, подолання таких обставин або мінімізацію їхніх негативних наслідків для осіб/сімей, які в них перебувають. Особі/сім'ї можуть надаватися одна або одночасно декілька соціальних послуг. Порядок організації надання соціальних послуг затверджується Кабінетом Міністрів України.

У сучасній Німеччині замість терміна "соціальна робота" більше вживають словосполучення – "соціальна педагогіка". У німецьких колах науковців вважається недоцільним розмежовувати ці два терміни, тому їх використовують як синоніми. "Соціальною педагогікою" в Німеччині вважають сукупність усіх соціальних професій і видів діяльності соціальних служб. Тут загальноприйнятою є думка, що молодим безробітним людям, безхатченкам, або просто матеріально незабезпеченим більше потрібна матеріальна допомога, а не педагогічний вплив. 1968 р. у Німеччині для підготовки соціальних педагогів засновано університетську спеціалізацію, тому німецькі соціальні педагоги вважаються найбільш висококваліфікованими із широким колом професійних компетенцій порівняно з підготовкою соціальних педагогів в інших країнах Європи. Крім того, німецькі роботодавці вимагають від соціальних педагогів більше додаткових спеціальних знань у галузі культури, музики та терапії. Більше затребуваними є соціальні педагоги, які готові до постійного оновлення знань і співпраці з волонтерами і працівниками державних управлінь. Зосереджується увага на рівні комунікабельності соціальних працівників, навичках групової роботи та взаємодії з клієнтами, їхньому ставленні до відповідальності, організаторських здібностей, схвалюється готовність їх до самопожертв [18].

Соціальна педагогіка – галузь педагогіки, що вивчає закономірності соціально-культурної адаптації людини, групи, суспільства з метою гармонізації, гуманізації їхніх взаємовідносин на внутрішньо-, між- та надособовому рівнях. Соціальна педагогіка є галуззю педагогіки. Основна категорія, яку вона розглядає – соціалізація особистості (входження особистості в соціальне середовище, прийняття норм, цінностей і правил цього середовища). Термін "соціальна педагогіка" вперше був введений у дискусію про виховання К. Магером 1844 р. і далі поширений А. Дистервегом. З моменту виникнення цього поняття до теперішнього часу в німецькій науково-педагогічній літературі простежують два його різні трактування, що визначають різні підходи в розвитку цієї галузі наукового знання. Згідно з першим трактуванням, соціальна педагогіка особливо виділяє соціальну сторону у вихованні (К. Магер); згідно з другим трактуванням – вона виступає як педагогічна допомога в певних соціальних умовах, ситуаціях (А. Дистервег) [19].

Соціальна робота існувала в людському суспільстві як допомога і взаємодопомога споконвіку, спираючись на загальнолюдські духовні цінності. Соціальний працівник – це посередник між суспільством, соціальною групою, сім'єю та індивідом. Соціальний працівник – це безперервна освіта і самоосвіта впродовж життя; це висока відповідальність перед суспільством за долю людей, які довірили свої проблеми, які потребують допомоги [13, с. 106–109]. Разом із розвитком соціальної педагогіки як науки в Німеччині активно розвивається сфера професійної діяльності фахівця в галузі соціальної педагогіки. З 1908 р. ведеться підготовка соціальних педагогів; на початку 1970-х рр. в університетах Німеччини розпочато підготовку соціальних педагогів із вищою освітою. Слід зазначити, що в Німеччині, поряд із соціальною педагогікою, протягом XX ст. активно розвивалася як самостійна галузь знання і практичної діяльності соціальна робота. Однак оскільки професійна діяльність соціальних педагогів і соціальних працівників має багато спільного, із часом вони були об'єднані в одну професійну сферу, яка нині регулюється єдиним стандартом, де назви цих фахівців вживаються як синоніми: соціальний працівник/соціальний педагог. Вони виконують у суспільстві такі функції: виховну, інформаційну, консультативну, підтримки, допомоги, організації,

захисту та представлення інтересів клієнта. Однак в їхній діяльності є і свої відмінності. Головне полягає в тому, що традиційними адресатами соціальної педагогіки є діти і молодь; вона концентрує свою увагу на допомозі у вихованні й освіті [19].

У Федеральному Законі Німеччини про соціальне страхування від 23 березня 1994 р. міститься перелік соціальних послуг, які надаються в цій країні. Зокрема у § 21 визначено, що до них належать допомога на харчування у вигляді одноразових виплат, ремонт одягу, білизни та взуття, закупівля пального для окремих опалювальних приладів, надання спеціальних освітніх ресурсів для студентів, ремонт побутових приладів, догляд за квартирою [20]. Головним завданням, окресленим у восьмій книзі Соціального Кодексу Німеччини є підтримка сучасної сім'ї у її виховних функціях, тому сприяння вихованню в сім'ї охоплює цілий спектр послуг інституту допомоги молоді, спрямованих як на батьків, так і на молодих людей, що перебувають у різних життєвих ситуаціях. До них належать: сімейна освіта (готує молодих людей до подружніх відносин і спільного життя з дітьми, до співпраці з дитячим садком, групою продовженого дня, соціальною сім'єю, центром матерів); консультації із загальних питань виховання та розвитку молоді; сімейне дозвілля та відпочинок (особливо у проблемних родинах, за потреби включає патронаж дітей) [21, с. 238].

Слід наголосити, що соціальна і соціально-педагогічна робота в Німеччині здійснюється на трьох рівнях: державному, регіональному та місцевому. На державному рівні реалізацією займається Міністерство соціального забезпечення, основними напрямами діяльності якого є:

– керівництво практичним і функціональним розвитком соціального обслуговування населення;

– визначення пріоритетних ліній у сфері соціального забезпечення;

– упровадження соціальних інновацій;

– підготовка необхідних законопроєктів і постанов;

– організація курсів підвищення кваліфікації фахівців соціальної та соціально-педагогічної діяльності [9, с. 118].

У ФРН нині домінує думка про те, що, як із погляду професійної діяльності, так і з теоретичної, недоцільно говорити про їхнє розмежування. У цій країні виходять із міркування, що безпритульні й бездоглядні молоді люди потребують не лише педагогічної, але й матеріальної підтримки, і навпаки – молоді безробітні або наркомани потребують не лише матеріальної допомоги, а й педагогічного впливу [22, с. 5–6].

Правові основи соціально-педагогічної роботи з дітьми, молоддю та сім'ями закріплено у Восьмій книзі Соціального кодексу Німеччини, в якій зафіксовано принципи, основні види і форми надання соціально-педагогічних послуг. Серед них найбільш сімейно орієнтованими є сприяння вихованню в сім'ї та допомога у вихованні. Їхнім завданням є впливати на усвідомлення сім'єю її відповідальності за виховання дітей. До соціально-педагогічних послуг щодо сприяння процесу виховання в сім'ї належать: сімейна освіта, сімейне консультування, організація сімейного дозвілля і відпочинку. Допомога у вихованні передбачає кваліфіковану підтримку сімей, її окремих членів у складних життєвих ситуаціях і надається у формі амбулаторних (консультування з питань виховання, підтримка у вихованні, соціально-педагогічна допомога сім'ї), частково стаціонарних (виховання в денній групі або в соціальній сім'ї) та стаціонарних (влаштування дітей у прийомну сім'ю чи заклад інтернатного типу) видів допомоги. Для здійснення соціально-педагогічної допомоги сім'ї фахівці використовують різноманітні методи, сукупність яких значною мірою визначає ефективність сімейно орієнтованої діяльності [23, с. 9–10].

Основними тенденціями, які властиві адміністративно-правовому регулюванню соціального обслуговування в зарубіжних країнах, є постійне розширення спектра соціальних послуг; приділення особливої уваги соціальному обслуговуванню дітей, особливо дітей з інвалідністю та дітей, позбавлених батьківського піклування; звільнення центральних державних органів від багатьох соціальних функцій та їхнє перенесення на місцеві органи самоврядування; активна взаємодія з громадськими організаціями; рівний розвиток суб'єктів надання соціальних послуг різних форм власності; посилення гарантування прав громадян у сфері соціального обслуговування з боку держави, зокрема і шляхом здійснення контрольної діяльності [24, с. 114–115].

Як наголошує С. О. Кубіцький, за останні 40 років теорія і практика соціальної роботи і соціальної педагогіки в Німеччині значно розвинулися. Активізація соціально-педагогічної діяльності мотивувалася процесом удосконалення соціальної структури суспільства, що поставило перед соціальною роботою і соціальною педагогікою багато нових і складних проблем – починаючи з допомоги біженцям, цілим родинам, переселеним з інших країн, літнім і мало захищеним людям, роботи в соціально-педагогічних інститутах і різних соціальних службах і аж до кооперації з громадянськими ініціативами і групами самодопомоги у соціальній роботі в даний час [9, с. 118].

Як зазначає У. Штрауб у своїй статті "Соціальна робота і зв'язки з громадськістю в Німеччині" особливе місце у підготовці соціальних працівників/соціальних педагогів займають PR-технології, тобто "паблік релейшенз технології", що позначають процес комунікації, створення соціальних зв'язків із громадськістю. Студенти навчаються використовувати різні PR-методи в соціальній роботі: флаєри, постери, готові звіти, сайти інтернету, безпосередні контакти, пресу, телебачення тощо. У. Штрауб зазначає, що це підвищує соціальний статус професії соціального педагога, привертає увагу суспільства до нерозв'язаних проблем, слугує більшій конкретизації практичних результатів соціальної роботи [25, с. 75–87].

Однією з новітніх програм, що функціонують у Німеччині, є програма FSJ (Соціальний рік у Німеччині), що є важливим здобутком у сфері надання соціальних послуг. Ця програма є державною і дозволяє молодим людям віком від 18 до 26 років включно впродовж року здійснювати практичну діяльність у соціальній сфері в Німеччині. Програма триває один рік і за бажанням може бути продовженою до 18 місяців. Під час своєї практики її учасники отримують фіксовану грошову винагороду, що менша ніж мінімальна заробітна плата, але дає можливість забезпечити своє перебування в Німеччині. FSJ надає можливість вивчити мову, подорожувати Німеччиною й набути професійних навичок у соціальній роботі. Крім того, одна з можливостей її – почати нове життя, стати самостійним і незалежним. Допомога іншим – ось що робить нас соціальними людьми. Це додаткова практика для вже практикуючих соціальних працівників працювати в інших регіонах, з іншими людьми, їхніми проблемами. Крім того, це чудова база для вступу до університету [26].

Для успішного розвитку в Україні системи професійної підготовки соціальних працівників із соціального захисту прав молоді необхідно досліджувати міжнародний досвід, у першу чергу країн Європи, як ближчих за деякими факторами ментальності суспільств та відповідно до державної стратегії України до Європейської інтеграції. Однак використовувати досвід країн Європи

необхідно в системі вітчизняної вищої освіти з урахуванням політичних і соціально-економічних відмінностей, зокрема і в культурно-історичних традиціях. Ключовою метою соціального працівника має бути створення найбільшого психологічного комфорту та захисту молодої особистості, і у процесі досягнення цієї мети необхідно об'єднувати зусилля всіх фахівців соціально-педагогічної та соціальної сфери. Результатом діяльності соціальних працівників повинна бути не тільки ефективна система соціального захисту та допомоги, але й забезпечення процесу саморозвитку особистості [18].

Для переймання та застосування зарубіжного досвіду методів соціальної роботи та соціального захисту населення соціальним працівникам в Україні, передусім необхідно вивчити зміст технологій соціальної роботи в європейських країнах, а саме: детальне вивчення стану соціально-педагогічної роботи з підтримки та захисту дітей і молоді в європейських країнах із визначенням їхніх основних аспектів; застосування європейського досвіду підготовки соціальних працівників у вітчизняній системі освіти [18].

Посол Німеччини в Україні Анка Фельдгузен зазначила, що Україна перебуває на дуже важливому етапі перебудови системи соціальних послуг і адаптації послуг до потреб мешканців громад. Від того, як місцеве самоврядування впорається із цим завданням, залежить благополуччя вразливих категорій населення і громади загалом. У цей переломний момент уряд Німеччини стає партнером для областей України, чиї сили відбирає збройний конфлікт і наслідки пандемії. Таким чином, наступні роки принесуть довготривалі результати. Сталість цих результатів громади зможуть підтримувати та примножувати самостійно [27].

Варто зазначити, що професійними функціями фахівця із соціальної роботи мають бути: 1) допомогти тій категорії осіб, які опинилися у складних життєвих обставинах, шляхом надання соціальних послуг або заходів соціальної підтримки; 2) сприяти та визначати індивідуальні потреби особі чи сім'ї, переліку й обсягу соціальних послуг, яких потребує особа чи сім'я; 3) мінімізувати негативні наслідки складних життєвих обставин і попереджати щодо негативних явищ у суспільстві; 4) для більш детального аналізу узагальнювати інформацію щодо стану та життєвих обставин об'єкта соціальних послуг із метою визначення видів та обсягів послуг, їхнього впливу на подолання складних життєвих обставин; 5) захищати права та представляти інтереси клієнтів у різних інстанціях; 6) надавати консультації та вирішувати конфліктні ситуації, контролювати та дотримуватись соціальних норм і гарантій; 7)·розробляти та реалізовувати соціальні програми та проєкти.

ВИСНОВКИ

Як бачимо, соціальні й економічні успіхи Німеччини – це явище не тимчасове, а постійне, яке спостерігається ще з перших повоєнних років. Завдяки програмі соціального забезпечення у Німеччині, особи, що потребують допомоги, можуть гідно жити, тому країна має імідж із добре функціонуючою системою соціального захисту у світі. Причому мало хто з німців на цьому спекулює, і нині рівень безробіття в країні найнижчий з часів возз'єднання Німеччини – менше п'яти відсотків. Слід наголосити, що соціальна робота є важливою частиною діяльності німецької спільноти і в Україні. Основними її напрямками є: оздоровлення літніх людей і осіб з обмеженими фізичними можливостями (зокрема і дітей); адресна допомога самотнім та нужденним людям за місцем проживання, волонтерська допомога; "Зимова допомога" (продовольчі набори для самотніх і нужденних людей похилого віку, осіб з інвалідністю та багатодітних сімей); допомога мало забезпеченим етнічним німцям медичним обладнанням; допомога студентам із соціально незахищених сімей; семінари BIZ із соціальної роботи та ін.

Таким чином, запровадження німецького досвіду в системі професійної підготовки соціальних педагогів України має сприяти всебічному розвитку професійних навичок і знань, що зможе задовольнити потреби держави у висококваліфікованих мотивованих фахівцях.

Список використаних джерел:

1. Сіньова Л.М. Волонтерство та соціальна робота в Україні в період карантину // *Art and Science. Multilingual scientific journal.* 2020, Vol. 1 (1) 100 с.
2. Сайко Н. Система професійної підготовки соціальних педагогів в Німеччині *Витоки педагогічної майстерності.* 2017. Випуск 19 С. 385-390.
3. Особливості здійснення соціальної роботи в Німеччині на кінец XX – на початок XXI ст. URL: https://knowledge.allbest.ru/sociology/3c0a65635a2bd68a5c53b89421206c26_0.html (дата звернення 20.04.2021)
4. Heinz Dorothea. Das sozial Gesicht des Staates. Guten Tag, № 6, 1991.
5. Соціальна робота в Німеччині URL: https://moyaosvita.com.ua/sociologiya/socialna-robota-v-nimechchini/ (дата звернення 08.06.2021)
6. Кнодель Л.В. Професійна підготовка соціальних працівників для клінічної соціальної роботи в Німеччині // *Вісник Дніпропетровського Університету економіки та права імені Альфреда Нобеля* Серія "Педагогіка і психологія". 2011. № 1 (1) С. 33-36
7. Лях Т.Л. Історичні засади соціально-педагогічної діяльності волонтерів за кордоном URL: https://core.ac.uk/download/pdf/19667262.pdf (дата звернення 22.06.2021)
8. Основы социальной работы: Учебник /Отв. ред. П.Д. Павленок. – М.: ИНФРА-М, 1997. – 368 с.
9. Кубіцький С.О. Технології соціально-педагогічної роботи в зарубіжних країнах: Навч. посіб. – 3-те вид. доп. і перероб. – К.: Міленіум, 2015. – 300 с.
10. Корнюшина Р.В. Зарубежный опыт социальной работы / Р.В. Корнюшина. – Владивосток: Издательство Дальневосточного университета, 2004. – 85 с.
11. Бурая Н. П. Соціальна робота : навч посібник / Н. П. Бурая. – Харків : Університет внутрішніх справ, 1995. – 104 с.
12. Сіньова Л.М. Соціально-правовий захист соціальних працівників в період карантину // *Тенденції розвитку науки трудового права та права соціального забезпечення*: тези доповідей учасників міжнародної наук.-практ. конф. (м. Київ, 23 квітня 2021 р.) / за ред. проф. М.І. Іншина, ас. М.Б. Мельник. – Київ: "Освіта Україна", 2021. – 112 с.
13. Кизименко Л.Д., Бєдна Л.М. Словник-довідник соціального працівника URL: http://ipp.lp.edu.ua/Library/004/004.html (дата звернення 22.06.2021)
14. Соціальна робота URL: http://www.ndu.edu.ua/index.php/ua/component/k2/item/2697-231-sotsialna-robota (дата звернення 22.06.2021)
15. Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю: Закон України від 21 червня 2001 року № 2558-III // *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2001, № 42, ст.213
16. Про соціальні послуги: Закон України від 17 січня 2019 року № 2671-VIII // *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2019, № 18, ст.73.
17. Співак Я.О. Професійна підготовка соціальних працівників із соціального захисту прав молоді: міжнародний досвід URL: http://nvd.luguniv.edu.ua/archiv/2018/N1-2(37-38)/syommd.PDF (дата звернення 22.06.2021)
18. Юрченко Д.О. Розвиток соціальної педагогіки у Німеччині URL: http://eprints.kname.edu.ua/45040/1/182-185.pdf (дата звернення 22.06.2021)
19. Bundessozialhilfegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Marz 1994 (BGBl. I S. 646, 2975), zuletzt geandert durch Art. 4 des Gesetzes zur Familienforderung vom 22. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2552). URL: http://www.gesetzesweb.de/BSHG.html (дата звернення 25.06.2021)
20. Schleicher, H. Familie und Recht: Kindschaftsrecht, Jugendhilferecht, Jugendschtrafrecht, Ehe und Scheidungsrecht / Hans Schleicher. Koln: FortisVerlag, 2003. – 459 с.
21. Ашиток Н. Професії соціальний педагог і соціальний працівник: спільне і відмінне // *Людинознавчі студії. Серія "Педагогіка"*. Випуск С. 4-13.
22. Дужа-Задорожна М.П. Професійна підготовка соціальних педагогів до роботи з сім'єю у вищих навчальних закладах Німеччини Автореферат кандидата педагогічних наук Львівському національному університеті імені Івана Франка, Тернопіль 2014, 23 с.
23. Любецька М.М. Аналіз зарубіжного досвіду надання соціальних послуг, здійснення соціального супроводу сімей (осіб), які перебувають у складних життєвих обставинах *Державне управління Інвестиції: практика та досвід* № 19/2018 С. 109-116 URL: http://www.investplan.com.ua/pdf/19_2018/24.pdf (дата звернення 29.04.2021)
24. Штрауб У. Социальная работа и связи с общественностью в Германии // *Журнал исследований социальной политики*. – 2002. – № 5 (1). – С.75 –87.
25. Палагнюк Ю.В., Письмиченко О.С. Особливості розвитку соціальних послуг у системі соціальної політики Німеччини Т*еорія та*

практика державного управління і місцевого самоврядування 2018 № 1 URL: http://el-zbirn-du.at.ua/2018_1/20.pdf (дата звернення 22.06.2021)

26. Уряд Німеччини виділив 10 мільйонів євро на розвиток соціальних послуг і відповідь на COVID-19 у громадах на сході України URL: https://www.unicef.org/ukraine/press-releases/spilno-prolongation (дата звернення 22.06.2021)

References:

1. Sinova, L.M. (2020) Volonterstvo ta sotsial'na robota v Ukrayini v period karantynu [Volunteering and social work in Ukraine during the quarantine period]. *Mystetstvo ta nauka. Bahatomovnyy naukovyy zhurnal – Art and Science. Multilingual scientific journal, 1* 72-85 (in Ukrainian).

2. Saiko, N. (2017) Systema profesiynoyi pidhotovky sotsial'nykh pedahohiv v Nimechchyni [The system of professional training of social educators in Germany]. *Vytoky pedahohichnoyi maysternosti – The origins of pedagogical skills*, *19* 385–390 (in Ukrainian).

3. Osoblyvosti zdiysnennya sotsial'noyi roboty v Nimechchyni na kinets KHKH – na pochatok KHKHI st. [Features of social work in Germany at the end of the XX – beginning of the XXI century] Retrieved from https://knowledge.allbest.ru/sociology/3c0a65635a2bd68a5c53b89421206c26_0.html (in Ukrainian).

4. Heinz Dorothea. (1991) Das sozial Gesicht des Staates [The social face of the state] *Huten Teh – Guten Tag*, 6 (in Germany).

5. Sotsial'na robota v Nimechchyni [Social work in Germany] Retrieved from https://moyaosvita.com.ua/sociologiya/socialna-robota-v-nimechchini/ (in Ukrainian).

6. Knodel, L.V. (2011) Profesiyna pidhotovka sotsial'nykh pratsivnykiv dlya klinichnoyi sotsial'noyi roboty v Nimechchyni [Professional training of social workers for clinical social work in Germany] *Visnyk Dnipropetrovs'koho Universytetu ekonomiky ta prava imeni Al'freda Nobelya Seriya "Pedahohika i psykholohiya" – Bulletin of the Dnipropetrovsk University of Economics and Law named after Alfred Nobel Series "Pedagogy and Psychology", 1* 33-36 (in Ukrainian).

7. Lyakh, T.L. Istorychni zasady sotsial'no-pedahohichnoyi diyal'nosti volonteriv za kordonom [Historical principles of social and pedagogical activity of volunteers abroad] Retrieved from https://core.ac.uk/download/pdf/19667262.pdf (in Ukrainian).

8. Pavlenok, P.D. (1997) *Osnovy sotsial'noy raboty [Fundamentals of Social Work]* Moscow: INFRA-M, (in Russian).

9. Kubitsky, S.O. (2015) *Tekhnolohiyi sotsial'no-pedahohichnoyi roboty v zarubizhnykh krayinakh [Technologies of socio-pedagogical work in foreign countries]*: Kyiv: Millennium (in Ukrainian).

10. Kornyushina, R.V. (2004) *Zarubezhnyy opyt sotsial'noy raboty [Foreign experience of social work]* Vladivostok: Far Eastern University Publishing House (in Russian).

11. Buraya, N.P. (1995) *Sotsial'na robota [Sotsialna robota]* Kharkiv: University of Internal Affairs (in Ukrainian).

12. Sinova, L.M. (2021) Sotsial'no-pravovyy zakhyst sotsial'nykh pratsivnykiv v period karantynu [Socio-legal protection of social workers during quarantine] *Tendentsiyi rozvytku nauky trudovoho prava ta prava sotsial'noho zabezpechennya: tezy dopovidey uchasnykiv mizhnarodnoyi nauk.-prakt. konf. Trends in the development of the science of labor law and social security law: abstracts of reports of participants in international scientific-practical. conf.* (pp. 106-109) Kyiv: "Education Ukraine", (in Ukrainian).

13. Kizimenko, L.D., Bedna, L.M. Slovnyk-dovidnyk sotsial'noho pratsivnyka [Dictionary of the social worker] Retrieved from http://ipp.lp.edu.ua/Library/004/004.html (in Ukrainian).

14. Sotsial'na robota [Social work] Retrieved from http://www.ndu.edu.ua/index.php/en/component/k2/item/2697-231-sotsialna-robota (in Ukrainian).

15. Pro sotsial'nu robotu z sim'yamy, dit'my ta moloddyu: Zakon Ukrayiny [On social work with families, children and youth] № 2558-III-VR (2001). Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine] (VVR), (42) 213 (in Ukrainian).

16. Pro sotsial'ni posluhy: Zakon Ukrayiny [On social services] № 2671-VIII-VR (2019). Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny [Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine] (VVR), (18) 73 (in Ukrainian).

17. Singer, Ya.O. Profesiyna pidhotovka sotsial'nykh pratsivnykiv iz sotsial'noho zakhystu prav molodi: mizhnarodnyy dosvid [Training of social workers in the social protection of youth rights: international experience] Retrieved from http://nvd.luguniv.edu.ua/archiv/2018/N1-2(37-38)/syommd.PDF (in Ukrainian).

18. Yurchenko, D.O. Rozvytok sotsial'noyi pedahohiky u Nimechchyni [Development of social pedagogy in Germany] Retrieved from http://eprints.kname.edu.ua/45040/1/182-185.pdf (in Ukrainian).

19. Federal'nyy zakon pro sotsial'ne zabezpechennya [Federal Social Welfare Act in the version] published on March 23, (1994) Federal'nyy visnyk zakonu (Federal Law Gazette I p. 646, 2975), last amended by Art. 4 of the Law on Family Support of December 22, 1999 (Federal Law Gazette I p. 2552). Retrieved from http://www.gesetzesweb.de/BSHG.html (in Germany).

20. Schleicher, H. (2003) *Sim'ya ta pravo: pravo dytynstva, pravo dobrobutu molodi, kryminal'ne pravo molodi, pravo shlyubu ta rozluchennya [Family and Law: Childhood Law, Youth Welfare Law, Youth Criminal Law, Marriage and Divorce Law]* Koln: Fortis Verlag, (in Germany).

21. Ashitok. N. Profesiyi sotsial'nyy pedahoh i sotsial'nyy pratsivnyk: spil'ne i vidminne [Professions social pedagogue and social worker: common and different] *Lyudynoznavchi studiyi. Seriya "Pedahohika". [Anthropological Studies. Series "Pedagogy"].* 4-13 (in Ukrainian).

22. Duzha-Zadorozhna, M.P. (2014) Profesiyna pidhotovka sotsial'nykh pedahohiv do roboty z sim"yeyu u vyshchykh navchal'nykh zakladakh Nimechchyny [Professional training of social pedagogues to work with the family in higher educational institutions of Germany] Abstract of the Candidate of Pedagogical Sciences L'vivs'komu natsional'nomu universyteti imeni Ivana Franka [at Ivan Franko National University of Lviv], Ternopil (in Ukrainian).

23. Lyubetska, M.M. (2018) Analiz zarubizhnoho dosvidu nadannya sotsial'nykh posluh, zdiysnennya sotsial'noho suprovodu simey (osib), yaki perebuvayut' u skladnykh zhyttyevykh obstavynakh [Analysis of foreign experience in providing social services, providing social support to families (persons) in difficult life circumstances] *Derzhavne upravlinnya Investytsiyi: praktyka ta dosvid [Public Administration Investments: practice and experience]* 19 109-116 Retrieved from http://www.investplan.com.ua/pdf/19_2018/24.pdf (in Ukrainian).

24. Straub, W. (2002) Sotsial'na robota ta zv'yazky z hromads'kistyu v Nimechchyni [Social work and public relations in Germany] *Zhurnal doslidzhen' sotsial'noyi polityky [Journal of Social Policy Research].* 5 (1). 75–87 (in Russian).

25. Palagniuk, Yu.V., Pismichenko, O.S. (2018) Osoblyvosti rozvytku sotsial'nykh posluh u systemi sotsial'noyi polityky Nimechchyny [Features of the development of social services in the social policy system of Germany] *Teoriya ta praktyka derzhavnoho upravlinnya i mistsevoho samovryaduvannya [Theory and practice of public administration and local self-government]* 1 Retrieved from http://el-zbirn-du.at.ua/2018_1/20.pdf (in Ukrainian).

26. Uryad Nimechchyny vydilyv 10 mil'yoniv yevro na rozvytok sotsial'nykh posluh i vidpovid' na COVID-19 u hromadakh na skhodi Ukrayiny [The German government has allocated 10 million euros for the development of social services and the response to COVID-19 in communities in eastern Ukraine] Retrieved from https://www.unicef.org/ukraine/press-releases/spilno-prolongation (in Ukrainian).

Received: 27/06/2021
Accepted: 20/11/2021

L. Sinova, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ORIGINATION AND DEVELOPMENT OF SOCIAL WORK IN GERMANY

The article examines the features of the historical development of social work in Germany. In the XIX century where the health of German citizens was seen more than a social value. By the middle of the XX century. Anglo-American methods of social work, which are still considered classical, became widespread in Germany. Most schools of social work were founded by the church and gave women a clearly defined mission within ideological and social goals, as women were seen as a natural and traditional embodiment of charity. In the 1970s, there was a rethinking of social work in Germany due to the fact that scientists and practitioners concluded that the use of classical methods of social work was insufficient, as well as the use of therapeutic tools in cases of coverage and solution in were generally seen as insufficient. In the scientific world of Germany there were discussions about the benefits of systemic approaches in social work.

Today, the mission of social work is to enable people to maximize their potential, enrich their lives and prevent dysfunction. Professional social work is aimed at protecting people, solving their problems and social transformations in society.

The development of social pedagogy as a science and an independent branch of knowledge and practical activity of social work in Germany is studied. Thus, for the successful development of the system of professional training of social workers in social protection of rights in Ukraine, young professionals need to research and use international experience. The introduction of the German experience in the system of professional training of social pedagogues of Ukraine will help meet the needs of the state in highly qualified motivated specialists.

Keywords: poverty, charity, life circumstances, social security, social worker, social pedagogue, social assistance, social services.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 97-101
УДК 343.163
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-19

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

М. М. Стефанчук, д-р юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-6239-9091
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗВІЛЬНЕННЯ ПРОКУРОРІВ ПІД ЧАС АТЕСТАЦІЇ: ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ

Висвітлено проблемні аспекти практичної реалізації положень законодавства, яким регламентовано процедуру звільнення прокурорів із посади під час атестації, у частині визначення підстав для такого звільнення.

Метою наукової статті визначено виявлення проблемних аспектів законодавчої регламентації підстав для звільнення прокурорів під час атестації, судової практики застосування цього законодавства та формулювання пропозицій щодо їхнього врегулювання.

Установлено, що сучасний етап реформування прокуратури в Україні втілено у першочергових заходах із реформування органів прокуратури, які безпосередньо торкнулися таких гарантій незалежності прокурора, як особливий порядок його призначення на посаду та звільнення з посади. Констатовано, що недоліки законодавства у частині закріплення процедури атестації прокурорів сформували поширену практику оскарження результатів проведеної атестації в суді звільненими прокурорами.

Проаналізовано судову практику у сфері вирішення спорів щодо звільнення прокурорів під час атестації, яка свідчить про відсутність єдиної та одноманітної позиції судів при вирішенні цієї категорії справ.

Аргументовано, що відсутність єдиної та одноманітної судової практики вирішення спорів щодо звільнення прокурорів під час атестації є свідченням невідповідності законодавства, яким регламентовано особливості звільнення прокурорів із посад під час атестації, принципу правової визначеності, як одному з елементів верховенства права, за змістом якого юридичні норми мають бути чіткими і точними, забезпечувати стан їхнього однакового застосування й виключати необмеженість їхнього трактування у правозастосовній практиці.

Запропоновано для обґрунтованого визначення підстав для звільнення прокурорів під час атестації застосовувати способи тлумачення відповідних правових норм з урахуванням вимог принципу правової визначеності та критерію "якість закону", як складової принципу верховенства права та гарантії застосування судом найбільш сприятливого для особи способу тлумачення закону.

Ключові слова: реформа прокуратури, атестація прокурорів, підстави для звільнення прокурорів, правова визначеність, "якість закону".

ВСТУП

Законом України "Про прокуратуру" від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII (далі Закон № 1697-VII) серед гарантій незалежності прокурора закріплено, поміж інших, *особливий порядок його призначення на посаду та звільнення з посади*, а також визначено, що прокурор призначається на посаду безстроково та може бути звільнений із посади, його повноваження на посаді можуть бути припинені лише з підстав і в порядку, *передбачених законом* (ст. 16).

Показово, що у редакції Закону № 1697-VII, до внесення змін до нього Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури" від 19 вересня 2019 р. № 113-IX (далі – Закон № 113-IX) [1], прокурор міг бути звільнений із посади, його повноваження на посаді могли бути припинені лише з підстав і порядку, передбачених виключно Законом № 1697-VII.

Отже, вказані заходи з реформи органів прокуратури призвели до певного звуження гарантій незалежності прокурора, які були закріплені у Законі № 1697-VII як втілення європейських стандартів організації та діяльності прокуратури. Так, у Звіті Венеціанської комісії з Європейських стандартів щодо незалежності судової системи: ч. II – Служба обвинувачення, ухваленому на 85-му пленарному засіданні (Венеція, 17–18 грудня 2010 р.) [2], зазначено, що якості, які вимагаються від обвинувача, подібні до якостей судді та потребують наявності відповідних процедур призначення та просування по службі. Із цих причин необхідно забезпечити належний термін перебування на посаді та відповідні заходи щодо просування по службі, дисциплінарних заходів і звільнення, що забезпечить неможливість переслідування обвинувача на підставі того, що він прийняв непопулярне рішення (п. 18). Аби уникнути неправомірних вказівок, необхідно розробити каталог гарантій невтручання у діяльність обвинувача. Такі гарантії повинні охоплювати призначення, дисциплінарні заходи/усунення з посади, а також специфічні правила ведення справ і процесу прийняття рішень (п. 32). Обвинувачі мають перебувати на посаді аж до виходу на пенсію, оскільки призначення на лімітовані періоди з можливістю перепризначення містять ризик того, що обвинувач буде приймати рішення не на основі закону, але з думкою зробити приємне тому, хто його чи її перепризначатиме (п. 50).

Першочергові заходи з реформи органів прокуратури, запроваджені Законом № 113-IX, безпосередньо торкнулися таких гарантій незалежності прокурора, як особливий порядок його призначення на посаду та звільнення з посади, та стали предметом численних судових позовів. Ба більше, вони є предметом к**онституційного подання щодо їхньої відповідності Конституції України, у якому суб'єкт права на конституційне подання обстоює позицію, що прийняття оспорюваного Закону обумовило звуження змісту й обсягу існуючих прав громадян, запровадило дуалізм правових засад організації і діяльності прокуратури України, статусу прокурорів [3].**

У експертному науковому середовищі також піддають критиці законодавчі зміни у досліджуваній сфері, за якими відбулося звуження змісту й обсягу існуючих гарантій трудових прав прокурорів, попри пряму заборону таких дій у ст. 22 Конституції України [4, с. 151], а також стверджується, що недоліки процедури проведення атестації прокурорів створюють передумови для незаконних і необґрунтованих рішень щодо звільнення прокурорів з обійманих ними посад, та про неможливість поновлених за рішеннями судів прокурорів відновити свої трудові права через прогалини і колізії у законодавстві [5, с. 583].

Попри те, що на розв'язання деяких з означених проблем спрямовані зміни, внесені до Закону № 113-IX Законом України від 15 червня 2021 р. № 1554-IX "Про внесення змін до розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону України "Про внесення змін до деяких законодав-

© Стефанчук М. М., 2021

чих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури" (далі – Закон № 1554-IX) [6], потребують додаткового наукового дослідження проблемні питання особливостей законодавчого визначення підстав для звільнення прокурорів під час атестації.

Проблематика діяльності органів прокуратури неодноразово ставала предметом наукових дискусій багатьох науковців, які досліджували процеси реформування органів прокуратури, серед яких: В. М. Бабкова, Ю. М. Дьомін, Л. Р. Грицаєнко, Л. М. Давиденко, В. В. Долежан, П. М. Каркач, І. М. Козьяков, М. В. Косюта, А. В. Лапкін, О. М. Литвак, І. Є. Марочкін, М. І. Мичко, М. В. Руденко, В. В. Сухонос, О. М. Толочко, М. К. Якимчук та ін. Питання звільнення прокурорів із посад безпосередньо досліджувалися такими вченими: В. С. Бабкова, П. М. Каркач, С. К. Костенко, А. В. Лапкін, Л. М. Москвич, С. В. Подкопаєв, О. М. Толочко, Р. Р. Трагнюк та ін.

Проте, незважаючи на таке значне доктринальне розроблення, на сучасному етапі реформування прокуратури в Україні потребують окремого дослідження проблемні аспекти законодавчого визначення підстав для звільнення прокурорів під час атестації з огляду на значну кількість позовних заяв, предметом спору в яких є законність рішення кадрових комісій з атестації прокурорів, накази про звільнення з посад прокурорів, а також у зв'язку з відсутністю єдиної правозастосовної практики розгляду та вирішення судами спорів у цій категорії справ.

Відповідно, **метою наукової статті** є виявлення проблемних аспектів законодавчої регламентації підстав для звільнення прокурорів під час атестації, судової практики застосування цього законодавства та формулювання пропозицій щодо їхнього вирішення.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Правова регламентація підстав для звільнення прокурорів під час атестації. Закон № 113-IX, згідно з пояснювальною запискою до кореспондуючого законопроєкту, був спрямований на запровадження першочергових і, багато в чому, тимчасових заходів, пов'язаних передусім із кадровим перезавантаженням органів прокуратури шляхом атестації чинних прокурорів. Сама ж процедура здійснення цієї атестації була регламентована розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції чинній, до внесених Законом № 1554-IX змін*)*, а також затвердженим наказом Генерального прокурора від 3 жовтня 2019 р. № 221 Порядком проходження прокурорами атестації [7].

Так, у п. 7 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554-IX змін*)* було передбачено, що прокурори, які на день набрання чинності цим Законом займають посади прокурорів у Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах, можуть бути переведені на посаду прокурора в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах лише у разі успішного проходження ними атестації, яка проводиться у порядку, передбаченому цим розділом. Водночас у п. 19 вказаного розділу Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554 -IX змін) установлено, що прокурори, які на день набрання чинності цим Законом займають посади у Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах, звільняються Генеральним прокурором, керівником регіональної (обласної) прокуратури з посади прокурора на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII за умови настання однієї з таких підстав:

1) неподання прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури у встановлений строк заяви до Генерального прокурора про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію;

2) рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури;

3) в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах відсутні вакантні посади, на які може бути здійснено переведення прокурора Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури, який успішно пройшов атестацію;

4) ненадання прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури, у разі успішного проходження ним атестації, згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду в Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі.

Слід звернути увагу на те, що у п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII підставою для звільнення прокурора з посади визначено ліквідацію чи реорганізацію органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або – скорочення кількості прокурорів органу прокуратури.

Водночас дослідники зазначають, що під час звільнення прокурорів із посад у порядку атестації відповідні рішення кадрових комісій і накази Генерального прокурора, керівників регіональних прокуратур не містили обґрунтування того, що ліквідація чи реорганізація відповідних органів прокуратури відбувались фактично. Відповідними наказами Генерального прокурора перейменовувались органи прокуратури без зміни ідентифікаційних кодів юридичних осіб в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань, що давало підстави для висновку, що насправді було змінено лише назви цих органів, а отже підстава для звільнення прокурорів, передбачена п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII, не мала фактичного підтвердження [5, с. 581].

Як наслідок сформувалась поширена практика оскарження результатів проведеної атестації в суді звільненими прокурорами, у зв'язку із чим, зокрема, до Офісу Генерального прокурора впродовж грудня 2019 – серпня 2021 р. надійшло понад 2000 позовів про скасування наказів про звільнення, а у провадженні Верховного Суду перебувають справи, предметом спору в яких є законність рішення кадрових комісій з атестації прокурорів відповідних прокуратур про неуспішне проходження атестації, а також накази про звільнення з посади прокурора, поновлення на посаді прокурора, стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу.

Судова практика у сфері досліджуваних питань. Правовий аналіз судової практики у сфері досліджуваних питань свідчить про відсутність єдиної та одноманітної позиції судів під час вирішення цієї категорії справ.

Так, Офісом Генерального прокурора та Полтавською обласною прокуратурою оскаржено в касаційному порядку рішення судів першої та апеляційної інстанції, в яких вони дійшли висновків про те, посилання на п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697 в нормі підп. 1 п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX вказує на обов'язкову необхідність сукупності двох юридичних фактів для прийняття рішення про звільнення, оскільки законодавець міг би ввести окрему норму, яка передбачала б звільнення у зв'язку з відмовою від

атестації чи у разі неуспішного її проходження, однак натомість зробив посилання на існуючу в законі підставу звільнення, що передбачена у вигляді ліквідації, реорганізації, скорочення [8; 9].

Протилежне бачення викладено у Рішенні Івано-Франківського адміністративного суду від 23 грудня 2020 р. справа № 300/1452/20, у якому суд дійшов висновку, що законодавець фактично доповнив Законом № 113-IX підстави для звільнення прокурора, передбачені у п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII. Причому, згідно з логікою законодавця, наявність підстав для звільнення прокурора, передбачених п. 19 розд. II "Прикінцевих і перехідних положень" Закону № 113-IX, є безумовною підставою для звільнення такого прокурора на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII навіть за відсутності ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або в разі скорочення кількості прокурорів органу прокуратури. Водночас суд погодився з тим, що застосована у Законі № 113-IX юридична техніка в частині формулювання норм щодо звільнення особи є невдалою, однак, за твердженням суду, такою є воля законодавця, який висловлює волю народу [10].

У Рішенні Миколаївського окружного адміністративного суду від 22 червня 2021 р. у справі № 400/2005/20 серед іншого зазначено, що проведення атестації та звільнення прокурорів із підстав, передбачених п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII не є примхою відповідачів, а є прямою вимогою Закону № 113-IX у цьому випадку, який є спеціальним і таким, що прийнятий пізніше, а тому підлягає пріоритетному застосуванню до спірних правовідносин. Посилання позивача на звичайний порядок звільнення у разі ліквідації, реорганізації та скорочення штатів, на думку суду, не є доречним, оскільки, у цьому випадку, сам законодавець передбачив не звичайну процедуру звільнення ad hoc, саме з метою проведення реформи прокуратури [11].

Відсутність одноманітної судової практики у сфері досліджуваних питань спонукала Офіс Генерального прокурора ініціювати передачу цієї справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду у зв'язку з тим, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики. Однак, Ухвалою Верховного Суду від 11 серпня 2021 р. у справі № 440/2682/20 [12] відмовлено у задоволенні такого клопотання представника Офісу Генерального прокурора. Так, Верховний Суд, проаналізувавши зазначені скаржником підстави, якими він обґрунтовує необхідність передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду, дійшов висновку про відсутність у спірних відносинах виключної правової проблеми, оскільки такі правовідносини врегульовано нормами права, та повною мірою дозволяють вирішити спір.

Проаналізувавши вказані правові позиції судів, вважаємо, що для обґрунтованого визначення підстав для звільнення прокурорів під час атестації необхідно застосовувати способи тлумачення досліджуваних правових норм з урахуванням вимог принципу правової визначеності та критерію "якість закону", як складової принципу верховенства права та гарантії застосування судом найбільш сприятливого для особи способу тлумачення закону.

Таким чином, за результатами буквального та системного способів тлумачення досліджуваних правових норм та з урахуванням вимог принципу правової визначеності можна дійти висновку про те, що факти, наведені у п. 1, 2, 3, 4 абз. 1 п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554-IX змін), не можуть бути визначені як самостійна та безумовна підстава для звільнення прокурора на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-V, оскільки для звільнення прокурора за таких обставин необхідним є настання *складного юридичного факту*, тобто одного із фактів, визначених у п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-V (ліквідація чи реорганізація органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або –- скорочення кількості прокурорів органу прокуратури) та настання однієї з підстав, визначених законодавцем у п. 1–4 абз. 1 п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554-IX змін).

Водночас, з урахуванням закріпленого законодавцем складного юридичного факту, необхідного для настання такого правового наслідку як звільнення прокурора з посади на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII за умови настання однієї з підстав, визначених законодавцем у п. 1–4 абз. 1 п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554-IX змін), з певною вірогідністю можна стверджувати про те, що юридичні факти, викладені в п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII перебувають у паралельному причинно-наслідковому зв'язку з юридичними фактами, наведеними в п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX (у редакції, чинній до внесених Законом № 1554-IX змін).

Вірогідність обраного підходу певним чином підтверджується результатами правового аналізу змін, унесених до розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX Законом № 1554-IX, у якому законодавець визначив самостійними підставами для звільнення з визначених посад прокурорів такі:

1) неподання прокурором чи слідчим органів прокуратури у встановлений строк заяви до Генерального прокурора про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію;

2) рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації;

3) в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах відсутні вакантні посади, на які може бути переведено прокурора чи слідчого органів прокуратури, який успішно пройшов атестацію;

4) ненадання прокурором чи слідчим органів прокуратури, у разі успішного проходження ним атестації, згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду в Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі.

Причому в абз. 7 п. 19 розд. II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону № 113-IX законодавець визначив, що указані у цьому пункті прокурори можуть бути звільнені з посади прокурора також і за інших підстав, передбачених Законом України "Про прокуратуру", у переліку яких є підстави, визначені п. 9 ч. 1 ст. 51: ліквідація чи реорганізація органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або – скорочення кількості прокурорів органу прокуратури.

Отже, проаналізована судова практика у сфері вирішення спорів щодо звільнення прокурорів під час атестації є свідченням невідповідності законодавства, яким регламентовано особливості звільнення прокурорів із посад під час атестації, принципу правової визначеності, як одному з елементів верховенства права, яке, згідно з конституційними положеннями, визнається і діє в Україні. Принцип правової визначеності вимагає, щоб юридичні

норми були чіткими і точними, забезпечували стан їхнього однакового застосування та виключали необмеженість їхнього трактування у правозастосовній практиці [13]. Інакше кажучи, досліджувана проблема правозастовної практики щодо звільнення прокурорів під час атестації зумовлена невідповідністю законодавства у сфері досліджуваних питань критеріям "якості закону".

Критерій "якість закону" у визначенні підстав для звільнення прокурорів під час атестації. У практиці вирішення публічно-правових спорів нині актуальним є питання застосування критерію "якість закону", як складової принципу верховенства права та гарантії застосування судом найбільш сприятливого для особи способу тлумачення закону. Так, у п. 11 та 75 Висновку № 11 (2008) Консультативної Ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи "Щодо якості судових рішень" [14] зазначено про те, що до зовнішніх показників, від яких залежить якість судового рішення, відноситься якість законів, прийнятих законодавчими органами (зокрема і чіткість у змісті законів).

У дослідженні Європейської Комісії "За демократію через право" під назвою "Мірило правовладдя" ("Rule of law checklist", розроблене і затверджене на 106-й пленарній сесії 11–12 березня 2016 р.) [15], міститься висновок про те, що поняття "якість закону", зокрема, охоплює такі два складові елементи: передбачуваність актів права; сталість і послідовність актів права. Причому "передбачуваність" означає не лише те, що приписи акта права мають бути проголошеними ще до їхньої імплементації, а й що вони мають бути передбачуваними за своїми наслідками: їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю та зрозумілістю, аби суб'єкти права мали змогу впорядкувати свою поведінку згідно з ними.

Отже, застосування судами критерію "якість закону" сприяє сталому формуванню судової практики, за якої встановлення судом, що окремі положення закону не відповідають критерію "якість закону", зобов'язують такий суд застосувати найбільш сприятливий для особи спосіб тлумачення закону [16]. Так, Велика Палата Верховного Суду у постанові від 6 листопада 2018 р. у справі № 812/292/18 зазначила, що норми законодавства, які допускають неоднозначне або множинне тлумачення, завжди трактуються на користь особи [17].

З урахуванням вищевикладеного судова оцінка юридичної техніки, що застосована у Законі № 113-IX (у редакції, чинній, до внесених Законом України від 15.06.2021 р. № 1554-IX змін), як невдалої, свідчить про констатацію судом невідповідності законодавчих положень у цій частині критерію "якості закону". Застосування ж в обґрунтуванні судових рішень нормативно-правових актів із констатованою невдалою юридичною технікою лише тому, що такою є воля законодавця, який висловлює волю народу, підважує важливий юридичний захист особи супроти держави та її органів і посадових осіб, зміст якого викладено у Доповіді Венеціанської комісії "Про верховенство права" [18], яка прийнята на 86-й пленарній сесії 25–26 березня 2011 р. та зводиться до того, що парламентові не може бути дозволено зневажати основоположні права людини внаслідок ухвалення нечітких законів (п. 47).

ВИСНОВКИ

За результатами проведеного дослідження слід констатувати недоліки законодавчої регламентації процедури проведення атестації прокурорів, зокрема у частині визначення підстав звільнення прокурорів з посади під час такої атестації, які сформували поширену практику оскарження результатів проведеної атестації в суді звільненими прокурорами.

Відсутність єдиної та одноманітної судової практики вирішення спорів щодо звільнення прокурорів під час атестації є, зокрема і свідченням невідповідності законодавства, яким регламентовано особливості звільнення прокурорів із посад під час атестації, принципу правової визначеності, як одному з елементів верховенства права, за змістом якого юридичні норми повинні бути чіткими і точними, забезпечувати стан їхнього однакового застосування та виключати необмеженість їхнього трактування у правозастосовній практиці.

Для обґрунтованого визначення підстав для звільнення прокурорів під час атестації доцільним видається застосування способів тлумачення досліджуваних правових норм з урахуванням вимог принципу правової визначеності та критерію "якість закону".

Убачається перспективним та обґрунтованим вирішення цієї категорії публічно-правових спорів із застосуванням судами критерію "якість закону", що сприяє сталому формуванню судової практики, за якої встановлення судом, що окремі положення закону не відповідають критерію "якість закону", зобов'язують такий суд застосувати найбільш сприятливий для особи спосіб тлумачення закону.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури: Закон України від 19 вересня 2019 року № 113- IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 42. Ст. 238.

2. CDL-AD(2010)040-e. Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service – adopted by the Venice Commission – at its 85th plenary session (Venice, 17-18 December 2010). URL: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e (дата звернення: 10.09.2021).

3. До КСУ надійшло конституційне подання 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури". URL: https://ccu.gov.ua/novyna/do-ksu-nadiyshlo-konstytuciyne-podannya-50-narodnyh-deputativ-ukrayiny-shchodo-vidpovidnosti (дата звернення: 10.09.21).

4. Москвич Л. М. Звільнення прокурорів: проблеми сучасного правового регулювання та практики. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні*: Матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.). Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2020. С. 149-151.

5. Трагнюк Р.Р. Проблеми звільнення прокурорів під час атестації. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 4. С. 580-583.

6. Про внесення змін до розділу II "Прикінцеві і перехідні положення" Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури": Закон України від 15 червня 2021 року № 1554-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 35. Ст. 294.

7. Про затвердження Порядку проходження прокурорами атестації: наказ Генерального прокурора від 3 жовтня 2019 року № 221. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0221900-19#Text (дата звернення: 10.09.21).

8. Рішення Полтавського окружного адміністративного суду від 9 вересня 2020 року . Справа № 440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91951945 (дата звернення: 10.09.21).

9. Постанова Другого апеляційного адміністративного суду від 16 грудня 2020 р. Справа № 440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93706287 (дата звернення: 10.09.21).

10. Рішення Івано-Франківського адміністративного суду від 23 грудня 2020 року. Справа № 300/1452/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94000462 (дата звернення: 10.09.21).

11. Рішення Миколаївського окружного адміністративного суду від 22 червня 2021 року. Справа № 400/2005/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97907656 (дата звернення: 10.09.21).

12. Ухвала Верховного Суду від 11 серпня 2021 року. Справа №440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98947174# (дата звернення: 10.09.21).

13. У справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X "Перехідні положення" Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками: Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005. *Офіційний вісник України*. 2005. № 39. Ст. 2490.

14. Opinion No.11 (2008) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions. URL: https://rm.coe.int/16807482bf (дата звернення: 10.09.21).

15. CDL-AD (2016)007-e. Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e (дата звернення: 10.09.21).

16. Берназюк Я. Категорія "якість закону" як складова принципу верховенства права та гарантія застосування судом найбільш сприятливого для особи тлумачення закону. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1011199/ (дата звернення: 10.09.21).

17. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 6 листопада 2018 року. Справа № 812/292/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77911136 (дата звернення: 10.09.21).

18. Report on the Rule of Law – Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011). CDL-AD(2011)003rev-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e (дата звернення: 10.09.21).

References:

1. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo pershocherhovykh zakhodiv iz reformy orhaniv prokuratury [On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Priority Measures for Reform of Prosecutor's Bodies]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 19 veresnia 2019 r. № 113- IX. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2019. № 42. St. 238 (in Ukrainian).

2. CDL-AD(2010)040-e. Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service – adopted by the Venice Commission – at its 85th plenary session (Venice, 17-18 December 2010). URL: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e (in English).

3. Do KSU nadiishlo konstytutsiine podannia 50 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy Zakonu Ukrainy "Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo pershocherhovykh zakhodiv iz reformy orhaniv prokuratury" [The CCU received a constitutional petition from 50 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Law of Ukraine "On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Priority Measures for Reform of Prosecutor's Bodies" with the Constitution of Ukraine]. URL: https://ccu.gov.ua/novyna/do-ksu-nadiyshlo-konstytuciyne-podannya-50-narodnyh-deputativ-ukrayiny-shchodo-vidpovidnosti (in Ukrainian).

4. Moskvych L. M. Zvilnennia prokuroriv: problemy suchasnoho pravovoho rehuliuvannia ta praktyky [Dismissal of prosecutors: problems of current legal regulation and practice]. *Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini [Current challenges and problems of judicial reform in Ukraine*:]: Materialy IV Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (Chernivtsi, 16 zhovtnia 2020 r.). Chernivtsi: Chernivetskyi nats. un-t, 2020. S. 149-151 (in Ukrainian).

5. Trahniuk R.R. Problemy zvilnennia prokuroriv pid chas atestatsii [Problems of dismissal of prosecutors through attestation]. *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal*. 2021. № 4. S. 580-583 (in Ukrainian).

6. Pro vnesennia zmin do rozdilu II "Prykintsevi i perekhidni polozhennia" Zakonu Ukrainy "Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo pershocherhovykh zakhodiv iz reformy orhaniv prokuratury" [On Amendments to Section II "Final and Transitional Provisions" of the Law of Ukraine "On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Priority Measures for Reform of Prosecutor's Bodies]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 15 chervnia 2021 roku № 1554-IX. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2021. № 35. St. 294 (in Ukrainian).

7. Pro zatverdzhennia Poriadku prokhodzhennia prokuroramy atestatsii [On approval of the Order of passing by prosecutors attestation]: nakaz Heneralnoho prokurora vid 3 zhovtnia 2019 roku № 221. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0221900-19#Text (in Ukrainian).

8. Rishennia Poltavskoho okruzhnoho administratyvnoho sudu vid 9 veresnia 2020 roku. Sprava № 440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91951945 (in Ukrainian).

9. Postanova Druhoho apeliatsiinoho administratyvnoho sudu vid 16 hrudnia 2020 r. Sprava № 440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93706287 (in Ukrainian).

10. Rishennia Ivano-Frankivskoho administratyvnoho sudu vid 23 hrudnia 2020 roku. Sprava № 300/1452/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94000462 (in Ukrainian).

11. Rishennia Mykolaivskoho okruzhnoho administratyvnoho sudu vid 22 chervnia 2021 roku. Sprava № 400/2005/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97907656 (in Ukrainian).

12. Ukhvala Verkhovnoho Sudu vid 11 serpnia 2021 roku. Sprava № 440/2682/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98947174# (in Ukrainian).

13. U spravi za konstytutsiinym podanniam 51 narodnoho deputata Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen statti 92, punktu 6 rozdilu X "Perekhidni polozhennia" Zemelnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro postiine korystuvannia zemelnymy diliankamy (2005) [In the case of the constitutional petition of 51 People's Deputies of Ukraine on the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the provisions of Article 92, paragraph 6 of Section X "Transitional Provisions" of the Land Code of Ukraine (case concerning the permanent use of land plots]: Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 22.09.2005 r. № 5-rp/2005. Ofitsiinyi visnyk Ukrainy [The Official Bulletin of Ukraine]. 39. St. 2490 (in Ukrainian).

14. Opinion No.11 (2008) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions. URL: https://rm.coe.int/16807482bf (in English).

15. CDL-AD(2016)007-e. Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e (in English).

16. Bernaziuk Ya. Katehoriia "iakist zakonu" yak skladova pryntsypu verkhovenstva prava ta harantiia zastosuvannia sudom naibilsh spryiatlyvoho dlia osoby tlumachennia zakonu (The category of "quality of the law" as a component of the principle of the rule of law and a guarantee of the court's application of the most favorable interpretation of the law for a person). URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1011199/ (in Ukrainian).

17. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 6 lystopada 2018 roku. Sprava № 812/292/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77911136 (in Ukrainian).

18. Report on the Rule of Law – Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011). CDL-AD(2011)003rev-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e (in English).

Received: 13/09/2021
Accepted: 10/10/2021

M. Stefanchuk, Dr. Sci. (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

DISMISSAL OF PROSECUTORS DURING ATTESTATION: DETERMINATION OF GROUNDS

The problematic aspects of the practical implementation of the provisions of the legislation, which regulate the procedure for dismissal of prosecutors during the attestation, in terms of determining the grounds for such dismissal, are highlighted.

The purpose of this scientific article is to identify problematic aspects of the legal regulation of the grounds for dismissal of prosecutors during the attestation, the judicial practice of their application and the formulation of proposals for their solution.

It is established that the current stage of reforming of the Public Prosecutor's Office in Ukraine is embodied in the priority measures of such reforming, which which affected such guarantees of independence of the prosecutors as a special procedure for their appointment and dismissal. It is stated that the shortcomings of the legislation regulating the procedure of attestation of prosecutors have formed the common practice of appealing the results of attestation in court by dismissed prosecutors.

It is analyzed that the judicial practice in the sphere of resolving disputes concerning the dismissal of prosecutors during attestation indicates the lack of unified and uniform position of courts in resolving this category of cases.

It is argued that the lack of unified and uniform judicial practice in resolving disputes concerning the dismissal of prosecutors during attestation is evidence of inconsistency of the legislation regulating the peculiarities of dismissal of prosecutors during attestation with the principle of legal certainty. This principle, as one of the elements of the Rule of Law, requires that legal norms must be clear and precise, ensure the state of their uniform application and exclude their different interpretations, in particular in judicial practice.

It is proposed to use a number of ways to interpret the relevant problematic legal norms, taking into account the requirements of the principle of legal certainty and the criterion of "quality of law", as a guarantee of the court's most favorable for a person way of interpreting the law.

Keywords: reform the Public Prosecutor's Office, attestation of prosecutors, grounds for dismissal of the prosecutors, legal certainty, "Quality of law".

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 102-108
УДК 347.9
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-20

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

О. І. Угриновська, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-3642-5903,

В. Р. Січка, магістр
ORCID ID: 0000-0002-3864-3381
Львівський національний університет імені Івана Франка, Львів, Україна

ВІДШКОДУВАННЯ ВИТРАТ НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Досліджено інститут відшкодування витрат на професійну правничу допомогу в цивільному судочинстві України з погляду повноти його регламентації у нормативно-правових актах. Авторами у межах цієї роботи проаналізовано всі складові елементи успішного відшкодування витрат на професійну правничу допомогу, виокремлено їхні особливості та здійснено аналіз практики Верховного Суду із цього питання. З урахуванням судової практики розкрито критерії визначення розміру витрат на професійну правничу допомогу.

Проаналізовано окремі особливості відшкодування гонорару успіху, зменшення розміру витрат на професійну правничу допомогу та їхнього розподілу за результатами розгляду справи. Так, звертається увага на те, що гонорар успіху підлягає відшкодуванню за умови дотримання критеріїв сумірності при визначенні його розміру. За наслідками проведеного дослідження зроблено висновок, що для зменшення розміру витрат на професійну правничу допомогу необхідно, щоб інша сторона заявила клопотання про зменшення їхнього розміру, а для гарантованого розподілу потрібно подати попередній розрахунок таких витрат. Сформульовано висновок щодо ролі й місця суду у питаннях зменшення та розподілу витрат на професійну правничу допомогу, зокрема звернено увагу на те, що під час цього процесу суд повинен виступати виключно незалежним арбітром.

Окрему увагу приділено процесу доказування та документального підтвердження наявності витрат на професійну правничу допомогу у конкретній судовій справі. Висвітлено позицію судів стосовно оцінювання доказів щодо наявності витрат на професійну правничу допомогу в кожній конкретній справі.

Ключові слова: адвокат, гонорар успіху, клієнт, судові витрати.

ВСТУП

Кінцевою метою судочинства є захист порушеного чи оспорюваного права, для реалізації якого необхідний доступ до правосуддя. Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. у ст. 6 передбачає право особи на справедливий суд, а її порушення неодноразово стали підставою для звернення до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). У своїх рішеннях ЄСПЛ тлумачить доступ до правосуддя, як здатність особи безперешкодно отримати судовий захист, доступ до незалежного й безстороннього вирішення спорів за встановленою процедурою на засадах верховенства права. Також практика ЄСПЛ виробила стандарти доступу до правосуддя, яких повинна дотримуватись держава: доступ до суду; незалежність і безсторонність суду; справедливий і публічний розгляд справи; правова допомога.

Право на правову допомогу є мінімальною гарантією доступності особи до цивільного судочинства. Згідно з рішенням ЄСПЛ у справі № 76760/12 (N.J.D.B. v. The United Kingdom) до базових положень права на правову допомогу як мінімального стандарту доступності правосуддя в цивільних справах варто зараховувати те, що особи на власний розсуд обирають, яким видом правової допомоги їм користуватися, і несуть особисту відповідальність за неналежні наслідки такого вибору. Держава не повинна втручатися в можливість особи робити вибір, що відповідає диспозитивності як одній із сутнісних засад цивільного судочинства [1].

Відсутність деталізованої судової процедури відшкодування витрат на професійну правничу допомогу зазвичай ускладнює стороні можливість отримання справедливої компенсації її витрат на адвоката.

Актуальність статті зумовлена необхідністю виявлення формальних та юридичних критеріїв, що застосовують суди у разі вирішення питання про те, який розмір відшкодування витрат на професійну правничу допомогу слід здійснити в даній справі.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Критерії визначення розміру витрат на професійну правничу допомогу: принцип сумірності. Адвокат і клієнт самостійно, за взаємною згодою визначають розмір гонорару, який підлягає сплаті за надані адвокатом послуги, а суд не уповноважений його змінювати й іншим чином втручатись у відносини адвоката з клієнтом. Таку позицію висловив ВС у справі № 910/23210/17, прийнявши постанову від 20.11.2018 р. Водночас, це не обмежує суд у можливості за певних обставин зменшити розмір відшкодування таких витрат, який підлягає стягненню з іншої сторони за результатами розгляду справи.

Чинне цивільно-процесуальне законодавство та практика його застосування сформулювали критерії, які слід застосовувати для визначення розміру витрат на правничу допомогу.

ЄСПЛ, визначаючи розмір судових витрат на підставі ст. 41 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, враховує критерій реальності адвокатських витрат (установлення їхньої дійсності та необхідності), а також критерій розумності їхнього розміру, з урахуванням конкретних обставин справи та фінансового стану обох сторін. Зокрема, у рішеннях від 12 жовтня 2006 р. у справі "Двойних проти України" (п. 80), від 10 грудня 2009 р. у справі "Гімайдуліна та інші проти України" (п. 34–36), від 23 січня 2014 р. у справі "«Схід/Захід Альянс Лімітед» проти України" від 26 лютого 2015 р. у справі "Баришевський проти України" (п. 95) зазначено, що заявник має право на компенсацію судових та інших витрат, лише якщо буде доведено, що такі витрати були фактичними і неминучими, а їхній розмір – обґрунтованим. У рішенні ЄСПЛ від 28 листопада 2002 р. у справі "Лавентс проти Латвії" зазначено, що відшкодуванню підлягають витрати, які мають розумний розмір.

Надалі вищезазначені міжнародні стандарти було рецепійовано в правозастосовну практику Верховного Суду, зокрема в постанові від 19.02.2020 р. по справі

© Угриновська О. І., Січка В. Р., 2021

№ 755/9215/15-ц, Велика Палата ВС зазначає, що законодавчими критеріями відшкодування судових витрат є: 1) їхня дійсність; 2) необхідність; 3) розумність їхнього розміру, з урахуванням складності справи та фінансового стану учасників справи. Касаційний цивільний суд в ухвалі від 11 лютого 2019 р. по справі № 335/9780/15 роз'яснив, що симбіоз критеріїв дійсності та необхідності і є критерієм реальності адвокатських послуг, про який згадує у своїх рішеннях ЄСПЛ.

Із зазначених вище критеріїв випливає, що основним принципом, який застосовується судом у вирішенні питання про відшкодування витрат на правничу допомогу, є принцип сумірності.

Згідно з положеннями ЦПК України розмір витрат на оплату послуг адвоката має бути сумірним із:

- складністю справи та виконаних адвокатом робіт (наданих послуг);
- часом, витраченим адвокатом на виконання відповідних робіт (надання послуг);
- наданих адвокатом послуг і виконаних робіт;
- ціною позову та (або) значенням справи для сторони, зокрема і впливом вирішення справи на репутацію сторони або публічним інтересом до справи.

Документи, що підтверджують наявність витрат на професійну правничу допомогу, є доказами й оцінюються відповідно до положень ст. 89 ЦПК України. Отже сумірність є оціночною категорією і відповідно предметом власного переконання судді, що спричиняє значні проблеми на практиці.

Позиція ВС, викладена у справі № 753/15683/15 є яскравим прикладом колосально широкого розуміння цього принципу. Ціна позову у справі становила 110 млн грн кредитної заборгованості, а розмір витрат на правову допомогу склав 0,1 % від ціни позову. Верховний Суд, розподіляючи витрати, понесені банком на професійну правничу допомогу, дійшов висновку про те, що поданий договір про юридичні послуги з адвокатським об'єднанням, меморіальний ордер, опис наданих послуг і додаткових витрат та акт приймання виконаної роботи не є безумовною підставою для відшкодування судових витрат у зазначеному розмірі, оскільки вони не відповідають критерію розумної необхідності.

Верховним Судом зазначено, що оскільки послуги надавали троє адвокатів, які займалися юридичним супроводом справи, то фактично виконувалася одна і та сама робота, а витрати на професійну правничу допомогу в розмірі 120 тис. грн є завищеними та становлять надмірний тягар для відповідача. За таких обставин суд стягнув з відповідача лише 5 тис. грн, що складає 4,5 % заявленої до компенсації суми.

Цим рішенням суд фактично звузив конституційне право сторони на вільний вибір представника, вказавши на надлишковість надання правничої допомоги. Проте, враховуючи ціну позову та вагомість справи для банку, вказаний висновок, можна вважати безпідставним [2].

Отже, запровадивши вимогу сумірності розміру оплати послуг адвоката з характером і складністю справи, законодавець не надав об'єктивних і чітких критеріїв оцінки вказаного поняття. Унаслідок цього ми маємо неоднорідну судову практику та тенденцію до втручання судом у діяльність адвокатів [2].

Підтвердження витрат на професійну правничу допомогу та їхні складові. Стягнення витрат на професійну правничу допомогу відбувається незалежно від того, чи брав правник участь у справі на підставі довіреності, чи відповідно до договору. Головним завданням стягувача є доведення таких витрат та їхнє документальне підтвердження, адже відсутність документального підтвердження цих витрат та їхнього розрахунку є підставою для відмови у задоволенні вимог про відшкодування витрат на професійну правничу допомогу.

Докази наявності витрат на професійну правничу допомогу необхідно подати до моменту закінчення судових дебатів у справі або протягом п'яти днів після ухвалення рішення суду, якщо до закінчення судових дебатів у справі сторона зробила про це відповідну заяву.

У своїй постанові від 26.02.2020 р., по справі № 127/21552/17, ВС вказує, що розмір та склад витрат, які пов'язані з правовою допомогою, входять до предмета доказування по справі. Для їхнього підтвердження суду необхідно надати:

- договір про надання правової допомоги (договір доручення, договір про надання юридичних послуг та ін.);
- акт приймання-передачі наданих послуг;
- розрахунок витрат на професійну правничу допомогу;
- документи, що свідчать про оплату гонорару й інших витрат, пов'язаних із наданням правової допомоги, оформлені у встановленому законом порядку (квитанція до прибуткового касового ордера, платіжне доручення з відміткою банку або інший банківський документ, касові чеки, посвідчення про відрядження) [15].

Одночасно постановою від 09.10.2020 р. у справі № 509/5043/17 Верховний Суд розширив цей список, відмовивши у стягненні витрат на правничу допомогу, у зв'язку з тим, що на підтвердження понесених витрат за отримання правничої допомоги суду було надано тільки копію договору про надання професійної правничої допомоги, копію ордера та квитанцію, проте не надано детальний опис робіт (наданих послуг), виконаних адвокатом, та здійснених ним витрат, необхідних для надання правничої допомоги.

Договір про надання правничої допомоги, як документ, що підтверджує витрати на професійну правничу допомогу, теж повинен відповідати певним вимогам. Важливо передбачити у ньому весь перелік послуг, які адвокат надаватиме у цій справі, оскільки незазначення в договорі про правничу допомогу певного виду послуг є підставою для відмови у відшкодуванні цих витрат (постанова ВС від 22.12.2018 р. по справі № 826/856/18, справа про відшкодування витрат за надану адвокатом послугу "зібрання необхідних доказів". Відмова в задоволенні заяви, оскільки ці послуги вказано тільки у акті виконаних робіт, проте не передбачено договором).

Також договір про надання правничої допомоги має містити зазначення номера справи, на цьому наголошує ВС у справі № 910/4201/19, постанова від 07.09.2020 р. Цим підкреслено, що договір про надання правової допомоги та подані на підтвердження його виконання докази входять у предмет доказування у конкретній судовій справі.

Документальне підтвердження здійснення витрат на професійну правничу допомогу є тільки половиною шляху до успіху, адже суди перевіряють чи зазначені у підтверджуючих документах послуги належать до правничої допомоги.

Перелік видів адвокатської діяльності наведено у ст. 19 Закону України "Про адвокатуру й адвокатську діяльність", цей перелік є відкритим, адже адвокат може здійснювати всі види адвокатської діяльності не заборонені законом.

Суди у своїх рішеннях не націлені на перелічення широкого спектра видів адвокатської діяльності, проте чітко визначають, які послуги, надані адвокатом, не можна віднести до правничої допомоги.

Для прикладу, Одеський апеляційний суд у постанові від 25.09.2020 р. по справі 522/18592/16-ц робить

висновок, що часові витрати на доїзд адвоката сторони до суду і подання позовної заяви безпосередньо до канцелярії не можуть бути віднесені до жодного з видів правничої допомоги, а тому витрати на здійснення вказаних видів робіт не можуть бути відшкодовані як витрати на професійну правничу допомогу.

Вирішуючи питання щодо належності різних видів допомоги адвоката до правничої допомоги, Велика Палата Верховного Суду у постанові від 19.02.2020 р. по справі № 755/9215/15-ц зробила висновок про те, що не можна вважати такими, що пов'язані саме з розглядом справи, складання та подачу скарг на ім'я голови Дніпровського районного суду м. Києва, до ВККС України, Вищої ради юстиції, а тому не можуть бути враховані при відшкодуванні витрат на гонорар адвоката.

Виконання адвокатом технічних завдань в інтересах клієнта, а також час очікування судових засідань теж не належать до правничої допомоги

Одночасно невирішеним на рівні касаційної інстанції є таке коло питань:

– чи можливо відшкодувати за рахунок витрат на професійну правничу допомогу час, витрачений адвокатом на виконання технічних завдань в інтересах клієнта?

– чи підлягає відшкодуванню час, витрачений адвокатом на очікування судових засідань?

На нашу думку, не слід ігнорувати положення ч. 9 ст. 83 ЦПК України, яка передбачає, що копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Попри те, що час, витрачений адвокатом на копіювання доказів і надсилання їх поштою чи надання особисто іншим учасникам, не є кваліфікованою юридичною роботою, цей час витрачено з метою реалізації процесуального права на подання документів, є невіддільною частиною представництва інтересів клієнта в суді та пов'язаний зі справою.

Щодо часу, витраченого адвокатом на очікування проведеннях судових засідань, варто зазначити, що зміщення графіка судових засідань, є дуже поширеною практикою в українських судах. Цей процес не залежить від волі адвоката, є необхідним для представництва інтересів клієнта та безпосередньо пов'язаний із розглядом справи судом, тому суду варто враховувати його під час розподілу судових витрат за критерієм реальності [2]. Відповідно до ст. 247 ЦПК України у всіх судах здійснюється обов'язкове фіксування судового засідання звукозаписувальними засобами, там вказується і час початку засідання, що полегшує процес доказування його затримки.

Гонорар успіху: проблеми відшкодування. Умовною винагородою є такий спосіб оплати послуг адвоката, коли винагорода виплачується виконавцеві лише, коли справа закінчується успішно для замовника. Цей спосіб додає серйозної мотивації адвокатові, адже він або не береться за справу, якщо вважає її завідомо безперспективною, або зробить усе для перемоги, оскільки згідно з договором діє принцип "немає виграшу – немає оплати" (no win no fee). Менш радикальний прояв цього способу передбачає встановлення фіксованої суми плати за надання послуг, тобто окремим пунктом погоджують гонорар успіху (success fee) – певну суму, зазвичай у відсотках від суми, присудженої до стягнення, таким чином визначаючи додатковий платіж, який адвокат отримає за умови позитивного для клієнта результату наданих йому послуг.

Гонорар успіху є поширеним явищем у Сполучених Штатах Америки та Великій Британії. Цей правовий інститут широко застосовують і в країнах континентальної Європи, до яких належить і Україна. Німецькими правниками переважно укладаються угоди про гонорари з механізмом оплати на основі фіксованої грошової суми або погодинної ставки й компенсації прямих витрат, а гонорари успіху дозволені як додаткова форма винагороди адвоката в разі надання правової допомоги за тарифами, установленими законом. У Франції законодавчо передбачено різні способи розрахунків гонорару: відрядна оплата за надані послуги; відрядна абонентська плата; оплата на основі погодинної ставки, водночас гонорари успіху дозволені у формі застереження pactum de quota litis. З аналогічними застереженнями гонорари успіху як форму визначення ціни договору застосовують в Італії, Фінляндії та ін.

Досі практика українських судів категорично заперечувала право на відшкодування гонорару успіху, як складової частини витрат на професійну правничу допомогу, про що свідчить постанова Касаційного цивільного суду у складі ВС у справі № 462/9002/14-ц, згодом аналогічна правова позиція була висловлена й у інших постановах Верховного Суду, для прикладу у постанові ВС від 03.07.2019 р. у справі № 757/20995/15-ц.

Водночас, ще у рішенні від 19.10.2000 р. у справі "Іатрідіс проти Греції" ЄСПЛ легітимізує "гонорар успіху", визначаючи його як угоду, згідно з якою клієнт зобов'язується виплатити адвокату як винагороду певний відсоток від присудженої йому судом грошової суми, якщо рішення буде на користь клієнта. Якщо така угода є юридично дійсною, то ЄСПЛ наголошує, що така сума підлягає сплаті адвокату. Водночас відшкодування судових витрат передбачає, що встановлено їхню реальність, необхідність і, крім того, умову розумності їхнього розміру. За наявності таких угод у вирішенні питання відшкодування судових витрат ЄСПЛ керується не ними, а іншими наведеними вище критеріями, які стосуються роботи адвоката, насамперед принципом розумності судових витрат.

Нова правозастосовна ера відшкодування гонорару успіху адвоката розпочалась із винесенням ВП ВС постанови від 12.05.2020 р. у справі № 904/4507/18. У цій постанові ВП ВС зазначила, що суди першої та другої інстанції відмовили у стягненні додаткової винагороди адвоката у сумі 5 000 грн за досягнення позитивного рішення, мотивуючи це тим, що ця винагорода не є ціною договору (платою за надані послуги) відповідно до ст. 632, 903 ЦК України та ст. 30 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність", а є платою за сам результат, досягнення якого відповідно до умов договору не ставиться в залежність від фактично наданих послуг.

Саме відсутність чіткого законодавчого регулювання виплати "гонорару успіху" та брак чітких правових підходів із цього питання у судовій практиці про стягнення судових витрат, передбачених договором про надання правничої допомоги у вигляді бонусу, залежного від результатів розгляду справи, стало чинником, за якого питання виплати "гонорару успіху" становить виключну правову проблему.

Розв'язуючи зазначену правову проблему, ВП ВС виходила з того, що домовленості про сплату гонорару успіху за надання правничої допомоги є такими, що склалися між адвокатом і клієнтом, у межах правовідносин яких слід розглядати питання щодо дійсності такого зобов'язання. У контексті вирішення судом питання про розподіл судових витрат суд повинен оцінювати розумність витрат, їхню сумірність із ціною позову, складністю справи та її значенням для позивача.

Відмовляючи в задоволенні заяви про розподіл витрат на професійну правничу допомогу адвоката, передбачену договором, ідеться у прес-релізі ВП ВС, суди

попередніх інстанцій не навели доводів і доказів нерозумності цих витрат, їхньої несумірності із ціною позову, складністю справи та її значенням для позивача.

Велика Палата ВС дійшла висновку, що загальна сума витрат на адвокатські послуги не виходить за розумні межі визначення гонорару, тож додаткове судове рішення про відмову у стягненні 5 000 грн слід скасувати та прийняти нове рішення – про відшкодування позивачеві цих витрат пропорційно до розміру задоволених позовних вимог.

Попри те, що ВП ВС своєю позицією здійснила переворот щодо питання відшкодування гонорару успіху залишилось ще чимало невирішених питань, наприклад: чи буде задоволено вимогу відшкодування гонорару успіху, коли він визначений у відсотковому співвідношенні з виграною сумою; яким буде порядок відшкодування значних розмірів гонорару успіху у немайнових спорах?

Порядок зменшення розміру судових витрат на професійну правничу допомогу. Верховний Суд у постанові від 14.05.2019 р. по справі № 817/1356/18 зазначив, що чинним процесуальним законодавством не передбачено обов'язку сторони, яка заявляє клопотання про відшкодування витрат на правничу допомогу, доводити обґрунтованість їхньої ринкової вартості [12].

Проте суд може зменшити розмір судових витрат за дотримання певних умов. По-перше, якщо їхній розмір не відповідає хоча б одному з критеріїв, що були розглянуті у розд. 1, наприклад:

- заявлені судові витрати завищено, враховуючи обставини справи (ціна позову, тривалість справи, виклик свідків, призначення експертизи тощо);
- суду не надано достатніх доказів фактичного здійснення витрат (відсутні акт прийому-передачі юридичних послуг, платіжне доручення та квитанції про сплату за надані послуги тощо);
- заявлені судові витрати були недоцільні або необов'язкові (не підтверджено нагальну потребу у вивченні додаткових джерел права, завищено обсяг часу на технічну підготовку документів тощо).

По-друге, за наявності клопотання про зменшення розміру судових витрат.

Право заперечувати розмір витрат на професійну правничу допомогу у наданому стороною розрахунку судових витрат має інша сторона шляхом подання відповідного клопотання. Обов'язок доведення несумірності витрат покладається на сторону, яка заявляє клопотання про зменшення розміру витрат на оплату правничої допомоги адвоката, які підлягають розподілу між сторонами. Тобто суд не може на власний розсуд зменшувати розмір витрат на оплату правничої допомоги, який підлягає відшкодуванню, і тим більше доводити їхню несумірність.

Такого висновку дійшла ВП ВС у додатковій постанові по справі № 755/9215/15-ц від 19.02.2020 р.: "Саме зацікавлена сторона має вчинити певні дії, спрямовані на відшкодування з іншої сторони витрат на професійну правничу допомогу, а інша сторона має право на відповідні заперечення проти таких вимог, що виключає ініціативу суду з приводу відшкодування витрат на професійну правничу допомогу одній зі сторін без відповідних дій із боку такої сторони".

Таким чином, у зменшенні розміру судових витрат судді мають виступати тільки як арбітри та надавати оцінку доказам та доводам, що наводяться сторонами. Вирішення питання про зменшення судових витрат судом на власний розсуд може бути підставою для оскарження такого рішення.

Незважаючи на законодавчі положення та сталу практику суди нерідко виходять за межі своїх повноважень та, за відсутності поданого другою стороною клопотання, зменшують розмір судових витрат. Верховний Суд у постанові від 30.09.2020 р. по справі № 201/14495/16-ц самостійно зменшив розмір відшкодування витрат на правову допомогу, обґрунтовуючи це тим, що заява про ухвалення додаткового рішення щодо відшкодування за рахунок позивача понесених відповідачем і третьою особою витрат на правничу допомогу не надсилалась протилежній стороні і це позбавило її можливості доводити несумірність цих витрат, тому колегія суддів самостійно визначила розмір витрат, що підлягають відшкодуванню, виходячи з критерію їхньої розумної необхідності.

Із зазначених законодавчих положень, про відшкодування судових витрат, є такі винятки:

1) суд може відмовити стороні у відшкодуванні відповідних судових витрат, за винятком суми сплаченого нею судового збору, у разі неподання нею попереднього розрахунку суми судових витрат;

2) суд може відмовити стороні у відшкодуванні судових витрат повністю або частково, якщо розмір судових витрат, заявлених до відшкодування та підтверджених відповідними доказами, значно більший або значно менший від того, що був наданий у попередньому розрахунку судових витрат (якщо сторона не доведе необхідності таких дій);

3) у випадку зловживання стороною чи її представником процесуальними правами або, якщо спір виник унаслідок неправильних дій сторони, суд має право покласти на таку сторону судові витрати повністю або частково незалежно від результатів вирішення спору.

Якщо звернути увагу на формулювання цих норм у ЦПК України та на вживання термінів "може" та "має право", можна дійти висновку, що в суду є процесуальна можливість перерозподілити судові витрати у цих випадках за власною ініціативою. Але варто пам'ятати, що цивільний процес за своєю суттю є диспозитивним, тому така позиція є дискримінаційною щодо сторони, яка сплатила чи має сплатити визначений договором розмір гонорару та має передбачене законом право на його відшкодування [21].

Відсутність у ЦПК України прямої вказівки на можливість суду з власної ініціативи зменшувати розмір судових витрат, зокрема витрат на професійну правничу допомогу, також наштовхує на думку, що встановлена законодавцем можливість сторони оспорювати суму витрат на професійну правничу допомогу виключає право суду на власний розсуд визначати їхній розмір, а тому він повинен бути лишень незалежним арбітром [21].

Розподіл витрат за результатами розгляду справи. Звернення до суду, для захисту своїх прав, тягне за собою фінансові витрати. Ці витрати несе сторона, яка ініціює судовий процес або окрему дію в межах розгляду справи судом.

Одним з основних принципів цивільного судочинства, згідно з п. 12 ч. 3 ст. 2 ЦПК України, є відшкодування судових витрат стороні, на користь якої ухвалено судове рішення.

Чинне законодавство передбачає обов'язок сторони попередньо розрахувати судові витрати. Цей імператив конкретизовано у правовій позиції Верховного Суду у постанові від 08.04.2021 р. у справі № 161/20630/18, відповідно до якої у разі неподання попереднього розрахунку суду стороною, у суду є право, а не обов'язок відмовити у відшкодуванні відповідних судових витрат. Тобто неподання стороною попереднього розрахунку судових

витрат не є безумовною підставою для відмови у відшкодуванні відповідних судових витрат, проте з метою убезпечення свого права на відшкодування витрат на професійну правничу допомогу, з огляду на неоднорідну судову практику, під час звернення у всі судові інстанції варто подавати попередній розрахунок цих витрат.

Розподіл судового збору відбувається пропорційно до розміру задоволених позовних вимог, інші судові витрати, зокрема і витрати на професійну правничу допомогу, розподіляються між сторонами таким чином:

– у разі задоволення позову покладаються на відповідача;

– у випадку відмови в позові покладаються на позивача;

– у разі часткового задоволення позову покладаються на обидві сторони пропорційно розміру задоволених позовних вимог.

До 2019 р. суди, ухвалюючи рішення у частині розподілу витрат на професійну правничу допомогу, відверто ігнорували положення п. 1 ч. 2 ст. 137 ЦПК України та рекомендували сторонам надавати докази тільки вже фактично понесених стороною витрат на правову допомогу. Наприклад, така позиція зазначена у постанові Київського апеляційного суду від 15.11.2018 р. у справі № 758/16719/17.

Усе змінилось із винесенням ВС постанови від 03.10.2019 р. у справі № 922/445/19, у якій Верховний Суд наголосив, що витрати на професійну правничу допомогу в разі підтвердження обсягу наданих послуг, виконаних робіт та їхньої вартості підлягають розподілу за результатами розгляду справи незалежно від того, чи їх уже фактично сплачено стороною/третьою особою, чи тільки має бути сплачено.

Відповідно до ч. 8 ст. 141 ЦПК України, відшкодування судових витрат, зокрема і на професійну правничу допомогу, здійснюється за наявності відповідної заяви (клопотання) сторони, яку вона зробила до закінчення судових дебатів, а в суді касаційної інстанції – до прийняття постанови у справі. Якщо учасник справи до закінчення судових дебатів не заявив клопотання про компенсацію витрат на професійну правничу допомогу, суд не має підстав для розгляду питання про розподіл здійснених учасником витрат на професійну правничу допомогу. Схожих висновків дійшов ВС у постановах від 22.03.2018 р. у справі № 910/9111/17 та від 14.01.2019 р. у справі № 927/26/18.

У процесі вирішення питання про розподіл судових витрат суд враховує:

1) чи пов'язані ці витрати з розглядом справи. Щоб суд зміг установити, що витрати, пов'язані з розглядом конкретної справи, предмет спору, а по можливості і номер судової справи мають бути зазначені в договорі про надання правової допомоги, у довіреності, в актах прийому-передачі, у квитанціях, платіжних дорученнях тощо;

2) чи є розмір таких витрат обґрунтованим і пропорційним до предмета спору з урахуванням ціни позову, значення справи для сторін, зокрема, чи міг результат її вирішення вплинути на репутацію сторони або чи викликала справа публічний інтерес;

3) поведінку сторони під час розгляду справи, що призвела до затягування розгляду справи, зокрема, подання стороною явно необґрунтованих заяв і клопотань, безпідставне твердження або заперечення стороною певних обставин, які мають значення для справи, безпідставне завищення позивачем позовних вимог тощо;

4) дії сторони щодо вжиття заходів досудового порядку врегулювання спору мирним шляхом під час розгляду справи, стадію розгляду справи, на якій такі дії вчинялися.

Варто зауважити, що якщо суд апеляційної чи касаційної інстанції не передає справу на новий розгляд, а самостійно змінює попереднє рішення чи ухвалює нове рішення, до дискреції цього суду належить і розподіл судових витрат за результатами розгляду справи.

ВИСНОВКИ

Право на професійну правничу допомогу – це гарантована Основним Законом держави можливість особи отримати високоякісні правничі послуги, які може забезпечити лише професійний адвокат, який пройшов спеціальну підготовку. Розмір витрат на правничу допомогу визначається на договірній основі між стороною справи й адвокатом.

Законодавцю доцільно було б дати законодавче визначення витрат на правничу допомогу та надати перелік її складових, у першу чергу тих, стосовно яких зараз наявна неоднакова судова практика.

Практика цивільного судочинства не дає однозначного тлумачення критеріям, закріпленим у законодавстві щодо питання відшкодування витрат на правову допомогу. Можна сподіватися, що із часом судова практика сформує загальні позиції щодо тлумачення критеріїв у питанні відшкодування правової допомоги, а найголовніше деталізує їх, щоб створити межі для дискреційних повноважень суду.

Компенсацію витрат на професійну правничу допомогу після завершення судового розгляду гарантовано процесуальними кодексами, зокрема і шляхом винесення додаткових постанов про розподіл судових витрат. Водночас багато питань суд вирішує на власний розсуд і практика їхнього розгляду є досить неоднозначною. Так, у низці випадків суди можуть обмежитися наданим адвокатом переліком робіт, не аналізуючи відповідність якості процесуального документа витраченому на нього часу. В інших випадках суди аналізують виконані роботи щодо обґрунтованості заявлених витрат на них, навіть якщо інша сторона сама не спростовує наданих опонентом доказів адвокатських витрат.

Декілька порад, що допоможуть у відшкодуванні витрат на професійну правничу допомогу:

– подбайте про якісне документальне підтвердження наявності витрат на професійну правничу допомогу, врахуйте висновки ВС із цього питання;

– гонорар успіху підлягає відшкодуванню за умови сумірності із ціною позову, складністю справи та її значення для відповідача;

– зменшити витрати на професійну правничу допомогу можна, тільки якщо вони не відповідають критеріям визначення їхнього розміру та за умови подання іншою стороною клопотання про їхнє зменшення;

– у процесі розподілу витрат на професійну правничу допомогу немає значення чи такі витрати вже сплачено, чи тільки має бути сплачено, важливо попередньо подати попередній орієнтовний розрахунок таких витрат.

Правила та критерії відшкодування витрат на правничу допомогу також виробляються та відшліфовуються судовою практикою. Ці процеси відбуваються під пильним прицілом практикуючих юристів і наукової спільноти, тому у близькому майбутньому очікуємо дайджест практики судової практики ВС про відшкодування витрат на професійну правничу допомогу у цивільному судочинстві України та комплексні дослідження науковців, які продемонструють ідеальну формулу відшкодування витрат на професійну правничу допомогу.

Список використаних джерел:

1. Заботін В. Право на правову допомогу як мінімальний стандарт доступності цивільного судочинства. Підприємництво, господарство і

право. 2017. № 4. Ст. 8-12. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/4/3.pdf

2. Заміховський М. Витрати на професійну правничу допомогу: рух назад? Юридична газета online. 2018. № 50. Ст. 652. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vitrati-na-profesiynu-pravnichu-dopomogu-ruh-nazad.html

3. Ізарова І., Калужна О., Угриновська О. Доступ до правосуддя в умовах сталого розвитку: до 30-річчя незалежності України. ВД "Дакор". Київ. 2021. 476 с.

4. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI (з наступними змінами і доповненнями). Відомості Верховної Ради. 2013. № 27. Ст. 282.

5. Ухвала Верховного Суду від 11 лютого 2019 року у справі № 335/9780/15. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80036151

6. Постанова Верховного Суду від 12 червня 2018 року у справі № 462/9002/14-ц. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75003682

7. Постанова Верховного Суду від 26 вересня 2018 року у справі №753/15683/15. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76889457

8. Постанова Верховного Суду від 17 жовтня 2018 року у справі № 301/1894/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77764184

9. Постанова Верховного Суду від 20 листопада 2018 року по справі № 910/23210/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:https://reyestr.court.gov.ua/Review/78048428

10. Постанова Верховного Суду від 22 грудня 2018 року по справі № 826/856/18. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:https://reyestr.court.gov.ua/Review/81046503

11. Постанова Верховного Суду від 31 січня 2019 року у справі № 185/1718/18. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79684725

12. Постанова Верховного Суду від 14 травня 2019 року у справі № 817/1356/18. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81728390

13. Постанова Верховного Суду від 03 жовтня 2019 року у справі № 922/445/19. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85211544

14. Постанова Верховного суду від 19 лютого 2020 року у справі № 755/9215/15-ц. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87951334

15. Постанова Верховного Суду від 26 лютого 2020 року у справі № 127/21552/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92362625

16. Постанова Верховного Суду від 30 вересня 2020 по справі № 201/14495/16-ц. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92065576

17. Постанова Верховного Суду від 9 жовтня 2020 року у справі № 509/5043/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92120446

18. Постанова Верховного Суду від 08 квітня 2021 року у справі № 161/20630/18. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:https://reyestr.court.gov.ua/Review/96146265

19. Постанова Київського апеляційного суду від 15 листопада 2018 року у справі № 758/16719/17. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77908921

20. Угриновська О.(2009) Витрати на правову допомогу допомогу: проблеми відшкодування. Університетські наукові записки. 2009. № 1. Ст. 76-82.

21. Фісун В. Відшкодування витрат (на правничу допомогу) від А до Я: рецепт успіху. 2020. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vitrati-na-profesiynu-pravnichu-dopomogu-ruh-nazad.html

22. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV (з наступними змінами і доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.

References:

1. Zabotin V. (2017) Pravo na pravovu dopomogu yak minimal'ny'j standart dostupnosti cy'vil'nogo sudochy'nstva [The right to legal aid as a minimum standard of accessibility of civil proceedings]. Pidpry'yemny'cztvo, gospodarstvo i pravo [Entrepreneurship, economy and law]. (4). 8-12. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/4/3.pdf (in Ukrainian).

2. Zamixovs'ky'j M. (2018) Vy'traty' na profesijnu pravny'chu dopomogu: rux nazad? [The cost of professional legal aid: moving backwards?] Y ury'dy'chna gazeta online [Legal newspaper online]. (50). 652. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vitrati-na-profesiynu-pravnichu-dopomogu-ruh-nazad.html (in Ukrainian).

3. Izarova I., Kaluzhna O., Ugry'novs'ka O. (2021) Dostup do pravosuddya v umovax stalogo rozvy'tku: do 30-richchya nezalezhnosti Ukrayiny' [Access to justice in conditions of sustainable development: to the 30th anniversary of Ukraine's independence]. Kyiv: "Dakor" (in Ukrainian).

4. Pro advokaturu ta advokats'ku diyal'nist' [About advocacy and advocacy]: Zakon Ukrayiny'[Law of Ukraine] vid 05.07.2012 r. # 5076-VI. Vidomosti Verxovnoyi Rady' [Information of the Verkhovna Rada]. 2013. (27). 282 (in Ukrainian).

5. Uxvala Verxovnogo Sudu vid 11.02.2019 u spravi № 335/9780/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80036151 (in Ukrainian).

6. Postanova Verxovnogo Sudu vid 12.06.2018 u spravi № 462/9002/14-cz. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75003682 (in Ukrainian).

7. Postanova Verxovnogo Sudu vid 26.09.2018 u spravi № 753/15683/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76889457 (in Ukrainian).

8. Postanova Verxovnogo Sudu vid 17.10.2018 u spravi № 301/1894/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77764184 (in Ukrainian).

9. Postanova Verxovnogo Sudu vid 20.11.2018 u spravi № 910/23210/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/78048428 (in Ukrainian).

10. Postanova Verxovnogo Sudu vid 22.12.2018 u spravi № 826/856/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81046503 (in Ukrainian).

11. Postanova Verxovnogo Sudu vid 31.01.2019 u spravi № 185/1718/18 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79684725 (in Ukrainian).

12. Postanova Verxovnogo Sudu vid 14.05.2019 u spravi № 817/1356/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81728390 (in Ukrainian).

13. Postanova Verxovnogo Sudu vid 03.10.2019 u spravi № 922/445/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85211544 (in Ukrainian).

14. Postanova Verxovnogo sudu vid 19.02.2020 u spravi № 755/9215/15-cz. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87951334 (in Ukrainian).

15. Postanova Verxovnogo Sudu vid 26.02.2020 u spravi № 127/21552/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92362625 (in Ukrainian).

16. Postanova Verxovnogo Sudu vid 30.09.2020 u spravi № 201/14495/16-cz. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92065576 (in Ukrainian).

17. Postanova Verxovnogo Sudu vid 09.10.2020 u spravi № 509/5043/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92120446 (in Ukrainian).

18. Postanova Verxovnogo Sudu vid 08.04.2021 u spravi № 161/20630/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96146265 (in Ukrainian).

19. Postanova Ky'yivs'kogo apelyacijnogo sudu vid 15.11.2018 u spravi № 758/16719/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77908921 (in Ukrainian).

20. Ugry'novs'ka O.(2009) Vy'traty' na pravovu dopomogu dopomogu: problemy' vidshkoduvannya [Legal aid costs: reimbursement problems]. Universy'tets'ki naukovi zapy'sky' [University scientific notes]. (1). 76-82 (in Ukrainian).

21. Fisun V. (2020) Vidshkoduvannya vy'trat (na pravny'chu dopomogu) vid A do Ya: recept uspixu [Reimbursement of expenses (for legal aid) from A to Z: a recipe for success]/ Yury'dy'chna gazeta online [Legal newspaper online] (in Ukrainian). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vitrati-na-profesiynu-pravnichu-dopomogu-ruh-nazad.html (in Ukrainian).

22. Cy'vil'ny'j procesual'ny'j kodeks Ukrayiny' [Civil Procedure Code of Ukraine]: Zakon Ukrayiny' [Law of Ukraine] vid 18.03.2004. 1618-IV. Vidomosti Verxovnoyi Rady' Ukrayiny' [Information of the Verkhovna Rada]. 2004. (42). 492 (in Ukrainian).

Received: 20/09/2021
Accepted: 21/10/2021

O. Ugrunovska, PhD (Law), Associate Prof.,
V. Sichka, Master Student
Ivan Franko National University of Lviv, Lviv, Ukraine

REIMBURSEMENT OF EXPENSES FOR PROFESSIONAL LEGAL AID IN THE CIVIL JUDICIARY OF UKRAINE: PROBLEMS OF LAW ENFORCEMENT

The article investigates the institute of reimbursement of expenses for professional legal assistance in civil proceedings of Ukraine from the point of view of completeness of its regulation in normative-legal acts of Ukraine. Within the framework of this work, the authors analyze all the constituent elements of successful reimbursement of the costs of professional legal assistance, highlight their features and analyze the practice of the Supreme Court on this issue. Taking into account the case law, the criteria for determining the amount of costs for professional legal assistance in civil proceedings in Ukraine are disclosed.

Some features of reimbursement of the success fee, reduction of the costs of professional legal assistance and their distribution based on the results of the case are analyzed. Thus, attention is drawn to the fact that the success fee is reimbursable subject to compliance with the criteria of proportionality in determining its size. Based on the results of the study, it was concluded that in order to reduce the cost of professional legal assistance, it is necessary for the other party to apply for a reduction in their size, and for a guaranteed distribution, a preliminary calculation of such costs must be submitted. An opinion was formulated on the role and place of the court in reducing and allocating the costs of professional legal assistance, particular attention was drawn to the fact that during this process the court should act exclusively as an independent arbitrator.

Particular attention is paid to the process of proving and documenting the costs of professional legal assistance in a particular court case. The position of courts on the evaluation of evidence on the availability of costs for professional legal assistance in each case is highlighted.

Keywords: lawyer, success fee, client, court costs.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 108-115
УДК 340.13
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-121

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

В. В. Шульгін, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-8507-453X
Київський національний університет імені Тараса Шевченка Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ КОДИФІКАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ОБОРОНИ УКРАЇНИ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Проаналізовано організаційно-правові (теоретико-правові, організаційно-технічні), порівняльно-прикладні та термінологічно-понятійні аспекти здійснення кодифікації законодавства у сфері оборони України, що має важливе теоретико-правове та практично-прикладне значення для ефективної діяльності національних сил оборони сектора безпеки і оборони в умовах особливого періоду, проведення операції об'єднаних сил і на шляху до євроатлантичної інтеграції нашої держави, взаємосумісності зі збройними силами держав-членів НАТО.

З метою визначення системно-наукового підходу на шляху до здійснення цього національно-стратегічного завдання, предметом якого є упорядкування військово-правових суспільних відносин у сфері діяльності сил оборони сектора безпеки і оборони України, здійснено спробу дослідити організаційно-правові, оборонно-інституціональні національні особливості та спроможності, якість і ступінь готовності окремих актів (юридичних норм) чинного законодавства у сфері оборони до їхньої кодифікації.

Установлено й обґрунтовано правову природу кодифікації законодавства, з'ясовано її загальне та спеціальне поняття з урахуванням наявних проблем та особливостей сучасного процесу оборонного нормативно-правового регулювання, військової правореалізації, удосконалення національно-оборонних і військово-правових відносин, сформульовано пропозиції з метою оптимізації алгоритмів процесу кодифікації законодавства у сфері оброни України.

Ключові слова: систематизація законодавства, законодавство у сфері оборони, законодавство у сфері безпеки, військове законодавство, кодифікація законодавства у сфері оборони, сили оборони, сили безпеки, сектор безпеки і оборони, військово-правові відносини, військове законодавство.

ВСТУП

Актуальність зазначеної проблематики пов'язана з необхідністю визначення ступеня зваженості державницького рішення щодо доцільності, готовності та спроможності здійснення ефективної систематизації законодавства у сфері оборони України у формі кодифікації саме в сучасний період, який характеризується безсистемними перманентними змінами в актах військового законодавства України в умовах триваючого особливого періоду в державі, викликаного збройною агресією Російської Федерації (далі – РФ), тимчасовою окупацією АР Крим та частини Сходу України, а також критичною необхідністю реалізації курсу євроатлантичної інтеграції шляхом досягнення сумісності військ (сил) за стандартами держав-членів НАТО.

Метою дослідження є аналіз і виявлення організаційно-правових і теоретико-прикладних, нормотворчо-технічних чинників на шляху кодифікації законодавства у сфері оборони України, які суттєво гальмують її здійснення. Такими перешкодами вважаються політизація та бюрократизація, непідготовленість кодифікаційного процесу; низький рівень національного військово-правового кодифікаційно-технічного досвіду; слабкість військово-правової наукової школи; відсутність дійсної та дієвої системи військової юстиції; незадовільний стан військово-відомчої довідкової роботи; перебування системи актів військового законодавства у стані перманентних змін; незадовільна теоретико-правова та прикладна наукова розробленість процесу кодифікації законодавства у сфері оборони України тощо.

Теоретичні основи систематизації та зокрема кодифікації актів системи загального законодавства України (питання теорії, організації, методології, техніки, правової природи) дуже успішно досліджували такі вітчизняні науковці: Л. М. Горбунова, Л. В. Гульченко, В. С. Ковальський, І. П. Козінцев, В. І. Риндюк, О. Ф. Скакун, М. О. Теплюк, Ю. С. Шемшученко, О. І Ющик; окремі правові питання: Ю. М. Бисага, О. Я. Рогач (кодифікаційні акти в системі законодавства України); Ж. О. Дзейко (функції законодавчої техніки); В. М. Тарасюк, Є. В. Погорєлов (кодифікаційна техніка). Окремі теоретичні питання підгалузевої систематизації військового законодавства України побічно висвітлювали вітчизняні військові науковці – І. М. Коропатнік, В. Й. Пашинський (кодифікація військово-адміністративного законодавства), П. П. Богуцький, О. П. Котляренко, О. В. Кривенко, М. М. Прохоренко, Д. Сібільов (шляхи вдосконалення кодифікації законодавства у сфері оборони) та ін.

Проте організаційно-правові, теоретико-прикладні аспекти, що перешкоджають кодифікації законодавства у сфері оборони України, ще не були предметом наукового дослідження.

З огляду на вищезазначене, ми маємо здійснити теоретико-правовий та організаційно-прикладний аналіз стану справи, пов'язаної з кодифікацією законодавства у сфері оборони України, виробити конструктивні пропозиції щодо усунення перешкод, оптимальної готовності на шляху її здійснення. Застосування діалектичного, аналітичного, синтетичного, історико-правового, системного, порівняльного методів пізнання у їхньому творчому поєднані дозволить нам краще зрозуміти дійсну правову природу, ступінь співвідношення загальної та галузевої військово-спеціалізованої кодифікації законо-

© Шульгін В. В., 2021

давства України, вірогідність і перспективу її реалізації в період 2021–2025 рр.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Правова основа трансформації оборони держави. Воєнна безпека України є однією із засадничих умов реалізації права українського народу на самовизначення, збереження держави Україна та забезпечення її сталого розвитку на основі найвищих цінностей демократії, верховенства права, свободи, гідності, безпеки і процвітання громадян усіх національностей.

Захист суверенітету і територіальної цілісності України – найважливіша функція держави, справа всього українського народу. Реалізація цієї норми Конституції України в умовах екзистенційної воєнної загрози національній безпеці, зростання дефіциту фінансових ресурсів і дисбалансу воєнних потенціалів України та РФ обумовлює необхідність у всеохоплюючій обороні України.

Правовою основою *всеохоплюючої оборони України* є Конституція України й інші акти законодавства України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Стратегія воєнної безпеки України визначила цілі, пріоритети та завдання реалізації державної політики у воєнній сфері, сфері оборони і військового будівництва. Сили оборони України мають бути побудовані на національних і євроатлантичних цінностях, взаємосумісні з відповідними компетентними органами держав-членів НАТО та спроможні робити гідний внесок у проведення операцій НАТО [1].

Україна на шляху наближення свого законодавства у сфері оборони до євроатлантичних стандартів і правових принципів в останні 10 років суттєво активізувала свої національні нормотворчі ресурси. Але безсистемні та численні фрагментарні зміни в нормативно-правових актах військового законодавства тільки розбалансували, але не вдосконалили її якість та ефективність, зокрема в особливий період і на шляху до євроатлантичного членства.

Аналіз якості нормативно-правової основи кодифікації (науковий дискурс). Слід також зауважити, що військове законодавство (законодавство у сфері оборони) України, яке формувалось на правових принципах не тільки радянської, але ще російсько-імперської епохи, і сьогодні, маючи у переважній більшості свого складу суто національно-новелізовані нормативно-правові акти, все ж таки зберігає ще рудиментарно-атавістичну спадковість. Прикладом рудиментарних колізій у системі актів військового законодавства України та процесу їхньої реалізації виступали Тимчасові статути ЗСУ, що застосовувалися 8 років, але були не завжди вдалим українським перекладом статутів радянської армії, які у свою чергу частково були осучасненою російсько-імперською версією.

Серед іншого, слід погодитися з П. П. Богуцьким, що зберігається неузгодженість нормативно-правового змісту сфери оборони із загальними положеннями законодавства у сфері національної безпеки; довгий час тривають теоретичні дискурси стосовно навіть таких питань, як співвідношення військового законодавства та законодавства у сфері оборони, законодавства у сфері національної безпеки України. А зволікання з активними й послідовними діями щодо прийняття законодавчих рішень стосовно системи військової юстиції, яка має ефективно діяти як у мирний час, так і в особливий період, не тільки не відповідає реальним воєнним загрозам, а фактично руйнує систему правового забезпечення національної безпеки загалом і воєнної безпеки зокрема [2, с. 20–26]. Але, на наш погляд, вважається помилковим його ствердження, що "система законодавства у сфері оборони України у її структурному значенні загалом відповідає побудові системи законодавства у сфері оборони країн-членів Північноатлантичного договору, держав Євросоюзу". Якщо йдеться про держави східної Європи, які входили до Варшавського договору 1955 р., то частково так, але щодо держав Вашингтонського договору 1949 р. – є питання (США, Франція, Великобританія, Данія, Канада, Норвегія), не кажучи вже про Туреччину (вступила до НАТО 18.02.1952).

На думку О. П. Котляренка "результати моніторингу законодавства у сфері оборони та безпеки можуть і мають стати основною підставою для юридичного прогнозування та перспективного планування нормопроєктних робіт у цих сферах правового регулювання, зокрема і щодо необхідності проведення "кодифікації законодавства у сфері оборони" [2, с. 30]. Проте слід зазначити, що цю проблематика автор статті піднімав ще 2017 р., пропонуючи прийняти відповідні акти на рівні Президента України та Кабінету Міністрів України щодо реалізації системного моніторингу ефективності правозастосування у ЗС України [3, с. 153].

"Адекватність пропозицій" щодо оборонної реформи. Нарешті, представники Національного інституту стратегічних досліджень (далі – НІСД) В. П. Тютюнник та В. К. Горовенко, які є поважними військовими науковцями-аналітиками з багатим досвідом, хоча і не є фахівцями у сфері військового права, після здійснення, як на наш погляд, абстрактно-поверхового аналізу стану якості законодавства у сфері оборони України, в один голос резюмують, що "варто вважати незадовільним стан законодавства у сфері оборони України. Воно є множинним, несистематизованим, застарілим, недосконалим, недостатньо узгодженим і значною мірою суперечливим. У ньому багато правових прогалин і велика кількість серйозних проблем. Головне – це законодавство не відповідає сучасним зовнішньо- та воєнно-політичним, військовим, воєнно-економічним та іншим реаліям, а також не забезпечує належного виконання завдань щодо підвищення обороноздатності держави, проведення оборонної реформи та реалізацію курсу України на вступ до НАТО" [4, с. 18–22].

Ураховуючи зазначене, указані науковці пропонують "адекватний шлях" розв'язання проблем та усунення недоліків у законодавстві у сфері оборони. І вони безапеляційно рекомендували ще на початку 2018 р.: "одночасно з проведенням *оборонної реформи* розпочати *глибоку реформу законодавства у сфері оборони шляхом його кодифікації*, спрямованої на систематизацію, уніфікацію, докорінну переробку, оновлення та гармонізацію зі стандартами НАТО. І за результатами такої діяльності підготувати новий за формою і за змістом зведений законодавчий акт – Кодекс оборони України (з наведеним варіантом його структури), який має врегулювати й визначити *всі аспекти і відносини у сфері оборони*" [4]. Ну що ж, усе логічно за принципом "у лісі дрова рубають, а до села тріски летять".

В. Й. Пашинський, "підтримуючи ідею, що найбільш оптимальним і досконалим варіантом вирішення питання регулювання суспільних відносин у сфері оборони, систематизації військово-адміністративного законодавства України є розроблення та прийняття єдиного Кодексу національної оборони", вважає це питанням майбутньої перспективи. На його думку "сьогодні суб'єкти адміністративно-правового забезпечення оборони України *не готові до розроблення і прийняття такого законодавчого акта*, зокрема унаслідок недостатньої теоретико-правової розробленості цього питання адміністративно-правовою наукою" [5, с. 407].

Цілком слушна, як на наш погляд, і виважена правова позиція військового юриста-науковця, яку можливо уточнити – "унаслідок недостатньої теоретико-правової розробленості цього питання військово-правовою наукою". Це доповнення зроблено свідомо-об'єктивно, зважаючи на те, що ще з 20 листопада 1996 р. указом Президента України № 1105/96 для організації наукових досліджень у галузі військового законодавства був визначений єдиний центр – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Проте організаційним механізмом заходів щодо реалізації цього указу чомусь установлено, що безпосереднє здійснення науково-дослідних робіт із військового законодавства рекомендовано покласти на Президію Академії правових наук України, а Міноборони України зобов'язано надавати лише допомогу академії у проведені цих робіт [6]. На наш погляд, ця формула деградації національної військово-правової наукової школи сьогодні спрацювала. Адже не всі навіть військові юристи-науковці знають про цей "єдиний центр" і мало поінформовані про його досягнення у галузі військового законодавства України. І незрозуміло, як за наявності такої структури можливо було простим адміністративним рішенням ВАК України вилучити 2000 р. з відповідного Переліку наукових спеціальностей… наукову спеціальність "Військове право; військові проблеми міжнародного права" [7], наслідки чого сьогодні вилились у відсутність спеціалізованих військово-правових дисертаційних рад, безсистемність наукових досліджень у галузі військового права та як результат застарілість, розбалансованість і невпорядкованість системи військового законодавства України.

Заради справедливості, належить зазначити, що представниками НІСД було запропоновано відносно раціональний організаційний механізм реалізації розроблення проєкту Кодексу оборони України – рішення мала би прийняти Рада національної безпеки і оборони України, доручивши Кабінетові Міністрів України підготувати проєкт Кодексу оборони України. Але, на наш погляд, помилковим є те, що вони роль головного виконавця для цієї надважливої роботи, причому безапеляційно, запропонували покласти на Міноборони України з огляду, як вони стверджують, на його компетенцію, шляхом утворення у складі Комітету реформ при Міноборони та ЗС України ще одного, шостого підкомітету, очолюваного посадовою особою, яка б несла особисту відповідальність за успішне та вчасне комплексне правове забезпечення імплементації цілей і заходів оборонної реформи, у тому числі й за розроблення проєкту Кодексу оборони України. Хоча загальновідомо, що це не є функцією Міноборони України – здійснювати державні кодифікаційні роботи, навіть у сфері оборони України.

А. М. Ришелюк ще набагато раніше слушно зауважив майже із цього приводу, що "законопроєктні роботи в системі ЦОВВ нині найчастіше є не плановими заходами, а виконанням інших доручень, які даються цим органам понад план і незалежно від його наявності" [8, с. 80].

Таким чином закладено міну уповільненої дії щодо потенційних проблем навіть на організаційно-виконавчому рівні, адже результат – ніщо, а процедура – все.

Організація планування. Пропозиції представників НІСД напевно почула нова політична влада й указом Президента України від 08.11.2019 р. № 837/2019 "Про невідкладні заходи з проведення реформ і зміцнення держави" (далі – УПУ № 837) Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) поставлено завдання вжити заходів у сфері обороноздатності, серед яких до 31.12.2020 стосовно "кодифікації законодавства у сфері оборони" (п. 11 п. 1) [9].

Урядовий План реалізації державної політики для досягнення цілі – Ціль 15.1. "Українець є більш захищеним від воєнних загроз через нову оборонну політику" Програми діяльності Кабінету Міністрів України" підціль 2 – "Вдосконалення нормативно-правової бази, що передбачає запровадження ефективної системи керівництва силами оборони" встановлює завдання 1. – "Проведення кодифікації законодавства у сфері оборони". Але за період з 01.12.2019 по 30.11.2020 передбачає лише один "результативний" захід – "Розроблення проєкту акта Кабінету Міністрів України щодо схвалення Концепції кодифікації законодавства у сфері оборони". На урядовому рівні відповідальними визначені – Міноборони України, Міністерство внутрішніх справ України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна спеціальна служба транспорту, ГШ ЗС України [10].

На військово-відомчому рівні Іваном Руснаком як Тимчасово виконуючим обов'язки Міністра оборони України 22.11.2019 затверджено План організації виконання УПУ № 837, який містить Перелік проєктів законодавчих та інших нормативно-правових актів (7 проєктів законів, 4 проєкти УПУ), у якому серед іншого зазначено "кодифікувати законодавство у сфері оборони – розробити та подати КМУ єдиний Статут Збройних сил України" із терміном виконання – до 30.11.2020 р. (п. 9). Відповідальним виконавцем визначено ГШ ЗС, співвиконавцями – структурні підрозділи Міноборони, Державної спеціальної служби транспорту (далі – ДССТ) [11].

Проте вже 29.11.2019 Іваном Руснаком як Першим заступником Міністра оборони затверджено Перелік проєктів законодавчих та інших нормативно-правових актів (6 проєктів законів, 3 проєкти УПУ, 2 проєкти актів КМУ), який складений Юридичним департаментом Міноборони та серед інших проєктів передбачає з метою "кодифікувати законодавство у сфері оборони" розроблення проєкту розпорядження КМУ "Про схвалення Концепції кодифікації законодавства у сфері оборони". Відповідальним виконавцем визначено Національний університет оборони України імені Івана Черняховського (далі – НУОУ), співвиконавцями – Департамент воєнної політики, стратегічного планування та міжнародного співробітництва Міноборони України, структурні підрозділи Міноборони та ГШ ЗСУ, Воєнно-наукове управління ГШ ЗСУ, ДССТ. Термін внесення до КМУ – 30.11.2020 р. [12].

Таким чином, застосовуючи метод порівняльного аналізу, неважко помітити, що за змістом та за кінцевими результатами "кодифікації у сфері оборони України" урядовий план і плани Міноборони не узгоджені, а загальнодержавна координація відсутня.

Історико-правові аспекти систематизації військового законодавства. Генеза історичного та сучасного, зарубіжного й національного досвіду здійснення цільової систематизації секторального (міжгалузевого, міжвидового, міжвідомчого) військово-оборонного законодавства (кодифікація законодавства у сфері оборони України) у визначеній формі не знає аналогів і свідчить про відсутність не тільки в Україні як суверенній і незалежній, правовій держави, а також у більшості іноземних держав, зокрема держав-членів НАТО, достатньо уніфікованої, успішно апробованої, готової до застосування передової військово-правової кодифікаційної практики.

Існує фрагментарний національний історико-правовий досвід військово-статутної кодифікації національного військового законодавства у період становлення Української держави доби збройних визвольних змагань (1917–1921). Але, з урахуванням новітніх особливостей

збройної агресії РФ, її "гібридних" форм, необхідності досягти принципів сумісності та стандартизації зі збройними силами держав-членів НАТО, його використання не вбачається доцільним. Хоча історія систематизації військового законодавства на українських землях заслуговує окремої уваги вітчизняних науковців.

Правові основи систематизації. Слід нагадати нашим військовим кодифікаторам, що систематизація законодавства – офіційна діяльність, спрямована на впорядкування та вдосконалення законодавчих і підзаконних актів, приведення їх до єдиної внутрішньо погодженої системи [13, с. 528]. Мета систематизації законодавства – забезпечення більш ефективної нормотворчої діяльності, підвищення якості й ефективності законодавства, усунення суперечностей між приписами нормативно-правових актів (колізій, прогалин, невідповідностей), доступність правових норм, ефективна реалізація нормативно-правових актів. Традиційно виокремлюють такі форми систематизації законодавства: облік нормативно-правових актів, інкорпорація, консолідація, кодифікація, звід законів. Остання форма є результатом поєднання попередніх трьох. Звід законів не слід ототожнювати зі збірниками нормативних актів. Кодифікація, як особлива форма систематизації нормативно-правових актів, що має виключно офіційний характер, полягає у підготовці, створенні та прийняті нових, удосконалених, об'єднаних загальним предметом правового регулювання, нормативно-правових актів на базі старих, але узгоджених між собою приписів, що містять норми права, котрі пройшли випробування часом і виправдали себе, а також нових норм, нормативно-правових актів шляхом часткової або значної зміни їхнього змісту. Розрізняють такі види кодифікації: загальна, галузева, спеціальна.

З'ясування військово-юридичної специфіки. Таким чином, кодифікація (суттєва переробка, оновлення норм) такої комплексної міжгалузевої сфери як сфера оборони України є найбільш складною формою сучасної систематизації на відміну від її інших форм – інкорпорації та консолідації. Та навіть останні форми систематизації, у першу чергу, вимагають організаційно-планової, копіткої, зваженої, рутинно-тривалої (не менше 5–10 років), високопрофесійної, фахової командної роботи, витривалості не тільки військових юристів, практиків і науковців у сфері оборони та безпеки, фахових нормотворців на законодавчому та нормотворчому міжвідомчому рівні, але у першу чергу – на рівні спеціально створеної для цієї мети комплексної Урядової кодифікаційної комісії (орієнтовно 15–25 осіб) під керівництвом Міністерства юстиції України, як головного органу у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної правової політики [14].

Але те, що відбувається у сучасний період навіть на організаційному рівні діяльності органів виконавчої влади, а також запропонований варіант структури та змісту урядового проєкту Концепції розвитку законодавства у сфері оборони України та його кодифікації на 2021–2025 роки (далі – Концепції) із вже зміненою назвою (а це вже інша сутність і мета) не витримує жодної критики та ставить під серйозний сумнів реалізацію цього надважливого національно-правового завдання.

У змісті Концепції зазначено, що "метою Концепції є визначення пріоритетних проєктів законодавчих актів у сферах оборони і військового будівництва на найближчу перспективу, планомірного їхнього розроблення та прийняття, з урахуванням суспільної потреби розвитку законодавства у цій сфері, створення алгоритму, який дозволить забезпечити впорядкування та взаємоузгодження як законодавчих актів, так і процесу внесення до них змін, підвищення практичності й ефективності їхнього правозастосування. Концепція спрямована на створення правових умов для досягнення мети та передбачених нею заходів, здійснення випереджувального розвитку законодавства у сфері оборони, забезпечення його впровадження у діяльність сектора безпеки і оборони держави.

Концепцію передбачено реалізувати протягом 5 років у два етапи. За строками досягнення поставлених цілей завдання поділяють на: короткострокові (до 3 років) та середньострокові (до 5 років). До короткострокових завдань віднесено – удосконалення законодавства у відповідній сфері шляхом законотворчої діяльності (тобто те, що і зараз здійснюється, але за рахунок яких засобів і способів відбудеться удосконалення законодавства – невідомо) та створення для супроводження нормотворчої діяльності Міноборони додаткового підрозділу – Центру військово-правових досліджень, удосконалення та розвитку законодавства у сфері оборони. До середньострокових завдань – завершення формування нової, ефективної, стабільної, пристосованої до адаптування системи законодавчого регулювання у сфері оборони (*автор*: за рахунок упровадження неіснуючої системи правового моніторингу ефективності чомусь виключно однієї з форм реалізації – застосування законодавчих актів у сфері оборони, яка є опосередкованою та адміністративно-владною, а не інших ординарних форм реалізації (дотримання, виконання, використання) у цілому; гармонізація вітчизняного законодавства із законодавством держав-членів НАТО у сферах безпеки і оборони. І вже поза межами строків реалізації завдань Концепції (у довгостроковій перспективі понад 5 років) відбудеться завершальний етап розвитку законодавства у сфері оборони – "може *стати підготовка і прийняття* Кодексу про оборону України (Військового кодексу України)" [2, с. 364–370].

Таким чином, підготовлений черговий декларативно-абстрактний "папірець", який нікого ні до чого у плані кодифікації сфери оборони України конкретно не зобов'язує, адже не містить жодної конкретики, не передбачає розрахунку організаційно-правових, фінансових, матеріально-технічних, людських ресурсів, але покладає все на НУОУ Міноборони України, а правильніше, на його структурний підрозділ – науково-дослідний відділ проблем військового законодавства Центру воєнно-стратегічних досліджень, який не має достатніх сил і засобів здійснити реалізацію зазначеного проєкту.

Проєкт урядового Орієнтовного плану реалізації Концепції (далі – Орієнтовний план) [2, с. 371–373] містить перелік із 8 законопроєктів, які фактично, як свідчить національна законопроєктна практика, має розробити одноосібно Міноборони за період 2021–2025 рр., який не є суб'єктом законодавчої ініціативи, але традиційно визначений урядовим розпорядженням відповідальним за скликання та виконання. Хоча вказані і співвиконавці, які будуть у кращому випадку формально входити до складу створеної робочої групи (але не урядової Кодифікаційної комісії) та надавати формально-фрагментарні пропозиції (відписки). Серед співвиконавців визначені: Міністерство юстиції України (на останніх позиціях); Міністерство внутрішніх справ України, Мінекономіки, Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості, Міністерство фінансів України, Служба безпеки України (що цікаво – за згодою, тобто за бажанням). Із переліку співвиконавців, яких передбачала Концепція державної політики з досягнення цілі 15.1 чомусь випали – Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Служба безпеки України,

Служба зовнішньої розвідки України, Державна спеціальна служба транспорту, ГШ ЗСУ.

До проєкту Орієнтовного плану включено також орієнтовні за назвою проєкти законів України, які необхідно розробити на базі старих у оновленій редакції або створити начебто з "нуля" із вказівкою формального обґрунтування такої доцільності: "Про оборону України" (нова редакція), "Про військовий обов'язок і військову службу" (нова редакція), "Про розроблення та виробництво озброєння, військової і спеціальної техніки" (але вже давно існує такий урядовий законопроєкт від 12.12.2017 № 7389, який відкликано 28.09.2019, а також дуже схожий за змістом однойменний урядовий законопроєкт, розроблений Міністерством із питань стратегічних галузей промисловості України) [15], "Про оборонно-промисловий комплекс" (існує законопроєкт від 09.07.2020 № 3822 "Про особливості реформування підприємств оборонно-промислового комплексу державної форми власності", який прийнято 13.07.2021 [16], "Про військово-технічне співробітництво України з іноземними державами" (існує законопроєкт від **13.12.2007 № 1209**) [17], "Про особливі правові режими у сфері забезпечення національної безпеки і оборони держави".

Таким чином, за відсутності в Орієнтовному плані навіть мінімально необхідного обсягу проєктно-законодавчого матеріалу у сфері оборони (з орієнтовно 45 тільки чинних законів), що підлягає кодифікації, а особливо жодних кодифікованих актів (хоча б на підзаконному рівні), вважаємо це не Планом реалізації кодифікації законодавства у сфері оборони України, а черговим щорічним Орієнтовним планом законопроєктних і нормотворчих робіт Міністерства оборони України, але зі збільшенням загального терміну його виконання на 5 років. Жодного науково обґрунтованого та виваженого систематизованого упорядкування у формі кодифікації нормативно-правових актів у сфері оборони України він не передбачає та не може апріорі передбачити.

Запропонований організаційно-правовий алгоритм. На підставі системного аналізу та синтезу наукових досліджень із питань кодифікаційної техніки (Д. А. Керімова, Д. В. Чухвічова, Є. В. Погорєлова) [18, с. 146–147] за допомогою ключових наукових положень, запропонованих фахівцями цієї справи можливо запропонувати авторський варіант алгоритму кодифікаційного процесу (кодифікаційної технології), який визначив би таку послідовність стадій та етапів процесу кодифікації законодавства у сфері оборони:

1) налагодження довідкової роботи (ревізія стану та відновлення системного обліку нормативно-правових актів на оборонно-відомчому рівні (Мін'юст, Міноборони, МВС, ЗСУ, інші військові формування, правоохоронні та розвідувальні органи, органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, на які покладено функції із забезпечення оборони держави);

2) визначення необхідності проведення систематизації законодавства у сфері оборони саме у формі кодифікації (доцільна тоді, коли нормативно-правові акти, що систематизуються, в основному закінчили своє формування та не потребують суттєвих змін);

3) створення урядової Кодифікаційної (Військово-кодифікаційної) комісії, робочих груп для підготовки кодифікаційних актів за напрямами правового регулювання військово-оборонних суспільних відносин;

4) науково-громадське обговорення, фаховий збір конструктивних пропозицій, розроблення та затвердження урядової науково обґрунтованої концепції кодифікації у сфері оборони України;

5) розроблення та затвердження загального плану систематизації законодавства України на визначений період і робочого плану (секторального та відомчих робочих груп) кодифікаційних робіт щодо законодавства у сфері оборони України;

6) розроблення наукової концепції кожного майбутнього кодифікаційного акта у сфері оборони України;

7) визначення та збір необхідного обсягу законодавчого масиву (нормативно-правових актів та юридичних норм), що підлягає кодифікації (уточнюється предмет правового регулювання галузі, підгалузі, інститутів, субінститутів майбутнього (майбутніх) кодифікаційних актів у сфері оборони);

8) розчищення зібраного матеріалу та виокремлення нормативно-правових актів (законів і підзаконних актів), що підлягають кодифікації (звільнення від актів скасованих, застарілих, дискреційних, колізійних; спочатку бажано здійснити інкорпорацію, а потім консолідацію);

9) оброблення розчищеного законодавчого масиву та вичленення з актів, що кодифікуються, юридичних норм, які мають повну або відсильну логічну структуру (гіпотезу, диспозицію, санкцію) та будуть включені в кодифікаційний акт;

10) доповнення отриманої системи юридичних норм відсутніми логічними елементами;

11) вироблення структури кодифікаційних актів (кодифікаційного акта);

12) формулювання логічної структури та змісту статей кодифікаційного акта (закріплення в конкретних статтях кодифікаційного акта юридичних норм);

13) підготовка змістовної частини проєкту кодифікаційного акта (усунення дублювань і колізій, заповнення прогалин у законодавстві з питань оборони України; попереднє обговорення, узгодження, юридична та науково-експертна оцінка, остаточне редагування тексту та його виправлення);

14) внесення (реєстрація) проєкту законодавчого матеріалу, що підлягає кодифікації у сфері оборони України, на розгляд законотворчого (нормотворчого) органу;

15) розгляд проєкту кодифікованого акта законотворчим (нормотворчим) органом, його обговорення та прийняття; промульгація кодифікаційного акта та набрання ним чинності.

Подолання відомчих перешкод. Адже неможливо здійснити систематизацію національного законодавства у сфері оборони у вузьковідомчому колі, у відриві від системи інших органів законодавчої та виконавчої влади (військової юстиції, правоохоронних органів із спеціальним статусом, органів безпеки), системи нормативно-правових актів у сфері безпеки (Закон України "Про національну безпеку України" ввів поняття сектора безпеки і оборони).

А без здійснення систематизації загального законодавства України хоча би у формі офіційної інкорпорації (збірники законів України за предметами правового регулювання, зокрема і у сфері безпеки та у сфері оборони) це завдання так і залишиться на рівні формальної та нікчемної "концепції".

Логічним кроком на шляху кодифікації законодавства у сфері оборони України вважається поступове втілення такої форми систематизації, як консолідація нормативно-правових актів у сфері оборони України з метою розчищення військово-правового поля – подолання розрізненості нормативно-правових актів у сфері оборони (військового законодавства), що видані у різні проміжки часу відносно тотожного предмета правового регулювання, шляхом їхнього об'єднання в єдиний укрупнений нормативно-правовий акт з усуненням дублювань, неточностей, дискрецій, колізій тощо без зміни змісту.

До того, ситуацію ускладнює відсутність обов'язкового, прозорого та достовірного обліку норматив-

но-правових актів, принаймні на військово-відомчому рівні (Міністерство оборони України, Генеральний штаб ЗС України).

Юридична служба Міноборони зобов'язана видавати щорічно до 01 лютого за минулий рік Довідник наказів і директив МО України (на відповідний рік), крім актів персонального характеру (актів застосування). Але за весь час існування Міноборони України накладом у 3200 примірників видано тільки один друкований Довідник наказів та директив МО України станом на 01.01.2000 р., а станом на 01.01.2006 р. підготовлено його недосконалу електронну версію. Таким чином, вимога наказу Міноборони України щодо щорічного обов'язкового видання таких Довідників систематично та безкарно порушується [19]. На що це впливає неважко здогадатися.

Хоча, як зазначає О. П. Котляренко, починаючи з 2014 р. юридичною службою Міноборони було організовано розробленнята прийняття понад 500 актів законодавства України, а майже 2000 внутрішніх наказів Міноборони було визнано такими, що втратили чинність у зв'язку з утратою актуальності та невідповідності напрямкам проведення оборонної реформи. У той час, вельми вагомим чинником розвитку наукових досліджень у сфері права національної безпеки та військового права науковець цілком щиро вважає підписання 28.03.2019 р. Договору про співробітництво між Національною академією правових наук України та НУОУ, в якому серед іншого, також акцентується увага на адаптації військового законодавства до стандартів НАТО [20, с. 28–31].

Вади Класифікатора галузей законодавства України. До того ж, остаточна сучасна невизначеність інституціалізації та концептуальних понять Сектору безпеки і оборони України взаємообумовлені і тягнуть окрім суто практичних також і науково-теоретичні негативи, що віддзеркалюється на процесі класифікації галузей системи законодавства України.

Зокрема, це призводить до розмивання предмета правового регулювання у сфері оборони та сфері безпеки. Що у свою чергу ускладнює виокремлення підгалузей та інститутів законодавства України у сфері оборони, які покладено в основу його систематизації (кодифікації, інкорпорації та консолідації). І як наслідок – виникнення прогалин і колізій в системі актів у сфері оборони, а як результат – зниження ефективності процесу їхньої систематизації й реалізації, руйнація законності та військового правопорядку.

Це яскраво ілюструє нам Класифікатор галузей законодавства України (далі – Класифікатор) [21], головною метою якого є підвищення ефективності правового регулювання, удосконалення обліку, класифікації та систематизації актів законодавства; призначенням – ведення ЄДР НПА, інших електронних баз даних правової інформації та формування Зводу законів України. Серед визначених Класифікатором 38 галузей законодавства України виокремлено такі галузі законодавства: 300.000.000 – "Оборона" (19 підгалузей, що включають 62 інститути) та 310.000.000. "Національна безпека" (9 підгалузей та один інститут).

Загальновідомо, що підгалузі й інститути законодавства регулюють певний вид і сторону однорідних суспільних відносин. Проте Класифікатором до галузі законодавства 300.000.000 – "Оборона" – включено підгалузь 300.030.000 – "Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України", до складу якої, на наш погляд, цілком необґрунтовано включено такі інститути (разом із уже існуючими): 300.030.070 – "Державна прикордонна служба України"; 300.030.080 – "Війська цивільної оборони України"; 300.030.090 – "Служба безпеки України"; 300.030.100 – "Інші військові формування"; 300.030.110 – "Внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України". Причому, це не має логіки навіть незважаючи на те, що ДПС України перетворена з військового формування на правоохоронний орган зі спеціальним статусом – Адміністрацію ДПС України, а Війська цивільної оборони на Сили цивільного захисту, ВВ МВС України із 16.03.2014 р. ліквідовані, а їхнім правонаступником є Нацгвардія України, та які з рештою інших військових формувань (ДССТУ, ДССЗЗІУ) та правоохоронних органів із спеціальним статусом (СБУ, ДПСУ) складають СБО держави, але аж ніяк не ЗС України як військове формування.

Також Класифікатором до вищевказаної підгалузі віднесено окремі інститути: 300.03.120 – "Військова автомобільна інспекція"; 300.030.130 – "Військова служба правопорядку у Збройних Силах України", яка, у свою чергу, одночасно включена як підгалузь до галузі законодавства 310.000.000 – "Національна безпека". Хоча загальновідомо, що Військової автомобільної інспекції не існує, а її правонаступники – підрозділи Безпеки дорожнього руху структурно входять до інституту 300.030.130 – "Військова служба правопорядку у Збройних Силах України" та в жодному разі не можуть бути окремим інститутом підгалузі 300.030.000 – "Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України".

Безпідставно до підгалузі 300.090.000 – "Постачання військ. Загальні питання" включено інститут 300.090.010 – "Фінансування", який виключений з інституту 300.090.090 – "Види забезпечення військовослужбовців", який у свою чергу необґрунтовано ототожнюється з постачанням військ і включений до підгалузі 300.090.000 –"Постачання військ. Загальні питання".

Зовсім безглуздо виглядають виокремлені як різні інститути різних підгалузей: інститут 300.010.040 – "Статути Збройних Сил України" підгалузі 300.010.000 – "Загальні положення про оборону" й інститути: 300.030.020 – "Внутрішня служба"; 300.030.040 – "Гарнізонна служба та військові ритуали"; 300.030.050 – "Вартова служба" підгалузі 300.030.000 – "Збройні Сили України. Склад Збройних Сил України", які у сукупності саме і складають зміст інституту 300.010.040 – "Статути Збройних Сил України".

До того ж у Класифікаторі відсутні такі необхідні й об'єктивно існуючі інститути: "Служба у військовому резерві" підгалузі 300.130.000 – "Виконання військового обов'язку в запасі"; "Проходження військової служби за контрактом", "Проходження військової служби у Збройних Силах України іноземцями й особами без громадянства" підгалузі 300.120.000 – "Проходження військової служби".

Підгалузь 310.090.000 – "Соціальне забезпечення працівників і військовослужбовців національної безпеки" віднесена до складу галузі законодавства 310.000.000 – "Національна безпека". Але вбачається, що ця підгалузь є інститутом уніфікованої підгалузі 300.180.000 – "Соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей" галузі законодавства 300.000.000 – "Оборона". Інститут 300.190.010 – "Миротворча діяльність" підгалузі 300.190.000 – "Питання міжнародного військового співробітництва" галузі законодавства 300.000.000 – "Оборона" не відповідає сучасній назві – "Діяльність із підтримання миру і безпеки".

У цілому Класифікатор містить численні протиріччя, неточності та не відповідає сучасному стану критеріїв

розподілу по галузях, підгалузях та інститутах (субінститутах) системи законодавства України, а отже потребує уточнення та суттєвого професійного удосконалення, зокрема й відносно сфери правового регулювання суспільних відносин у сфері оборони та сфері безпеки сектора безпеки й оборони держави.

Трансформація військово-правової доктрини. П. П. Богуцький зазначає, що серед важливих сучасних наукових розробок української юриспруденції особливе значення й актуальність має дослідження проблем права національної безпеки і військового права, що обумовлено, насамперед, системним реформуванням сектора безпеки й оборони України, яке здійснюється в умовах вирішення практичних питань забезпечення захисту конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності України від збройної агресії. Він небезапеляційно стверджує, що військове законодавство і законодавство про національну безпеку України становлять самостійні галузі законодавства та розглядаються правовою доктриною у контексті джерел, зовнішньої форми існування військового права та права національної безпеки. Важливим вважає здійснення наукових розробок і практичних заходів щодо імплементації стандартів країн-учасників Європейського Союзу та НАТО в українське законодавство.

Право національної безпеки та військове право передбачають організаційне й інституційне забезпечення, де окрім сил безпеки і сил оборони, мають успішно діяти військові правоохоронні органи, органи військової прокуратури та військового правосуддя. Система військової юстиції фактично потребує відновлення, упродовж останніх років необхідні рішення не прийнято, відповідна концепція має незавершену форму та початковий стан упровадження, що негативно позначається на правозастосуванні у сфері національної безпеки і оборони.

Офіційне визнання предметного напряму наукових досліджень "Право національної безпеки; військове право" (2.13) у межах наукової спеціальності "Право" (081) змушує зосередитись на практичних питаннях реалізації наукових досліджень і підготовки фахівців за відповідними програмами, які потребують суттєвого доопрацювання і приведення у відповідність до вимог сьогодення [20, с. 22–27].

Вищезазначене є джерелом синергії для переосмислення особливостей кодифікації у сфері оборони України.

ВИСНОВКИ

Проєкт Концепції не відповідає сучасним національним інтересам України, заявленій меті та є формальним. Кодифікацію законодавства у сфері оборони України з оптимальним урахуванням особливостей передового національного й іноземного досвіду доцільно розпочинати не за адміністративно-президентською вказівкою, а тоді, коли численні нормативно-правові акти у сфері оборони будуть суттєво вдосконалені, сформовані у злагоджену систему та відносно стабільні, а кардинальні зміни малоймовірні. Конче необхідно актуалізувати до цього зміст Класифікатора галузей законодавства України відповідно до поточних змін законодавства, що відбулися, у зв'язку з його цілковитою дисфункцією відносно системи законодавства (за комплексним предметом правового регулювання), зокрема у сфері оборони й у сфері безпеки України.

Подальші дослідження особливостей кодифікації законодавства у сфері оборони України пропонується здійснювати з урахуванням сучасного досвіду держав-членів НАТО. Важливо, щоб визначені кодифікаційні напрями упорядкування законодавства у сфері оборони і безпеки України були органічно узгодженні з особливостями головних пріоритетних завдань оборонної реформи, сформульованих у Стратегічному оборонному бюлетені України до 2025 р. та Державній програмі розвитку ЗС України на період до 2025 р., а також із Річними національними програмами під егідою Комісії Україна–НАТО.

Список використаних джерел:

1. Стратегія воєнної безпеки України: Указ Президента від 25.03.2021 № 121/2021. *Урядовий кур'єр*. 27.03.2021 № 59.
2. Розвиток законодавства України у сфері оборони: проблеми адаптації до стандартів НАТО та шляхи їх вирішення: матеріали Науково-практичної конференції. м. Київ, 23.04.2021 року /упоряд.: П. П. Богуцький, В. Г. Пилипчук, С. О. Дорогих. Київ, 2021. 376 с.
3. Шульгін В.В. Реалізація військового законодавства України: історія, теорія, практика, шляхи удосконалення: монографія. Київ: МП Леся, 2017. 186 с.
4. Тютюнник В.П., Горовенко В.К. Законодавство у сфері оборони: стан, проблеми та шляхи реформування. *Наука і оборони*. 2018. № 1. С. 18-22.
5. Пашинський В.Й. Забезпечення оборони України: адміністративно-правові аспекти: монографія. Київ: ФОП Маслаков, 2018. 408 с.
6. Про заходи щодо підготовки кадрів військової юстиції та організації науково-дослідних робіт у галузі військового законодавства: Указ Президента України від 20.11.1996 № 1105/96. *Урядовий кур'єр*. 12.12.1996. № 233-234.
7. Перелік спеціальностей, за якими проводиться захист дисертацій на здобуття наукових ступенів кандидата наук і доктора наук, присудження наукових ступенів і присвоєння вчених звань: Наказ ВАК України від 28.11.2000 № 586. *Офіційний вісник України*. 2000. № 51. Ст. 2229.
8. Ришелюк А.М. Законотворчий процес в Україні: навчальний посібник. Київ: Видавництво НАДУ, 2004. 217 с.
9. Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави: Указ Президента України від 08.11.2019 № 837/2019. *Урядовий кур'єр*. 13. 11.2019. № 217.
10. Концепція державної політики по досягненню цілі 15.1. "Українець є більш захищеним від воєнних загроз через нову оборонну політику" Програми діяльності Кабінету Міністрів України. URL: https://www.mil.gov.ua/content/other/konzepziya_15_1.pdf (дата звернення: 03.08.2021).
11. План організації виконання Указу Президента України від 08.11.2019 № 837/2019 "Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави. URL: https://www.mil.gov.ua/content/oboron_plans/Plan_vikonanya_ykazy_prezidenta.pdf. (дата звернення 14.09.2021)
12. План організації виконання Указу Президента України від 08.11.2019 № 837/2019 "Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави. URL: https://www.mil.gov.ua/content/oboron_plans/plan_upu_837.pdf. (дата звернення 14.09.2021).
13. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: Підручник. 4-е видання. Київ: Алерта, 2016. 528 с.
14. Положення про Міністерство юстиції України: Постанова Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 № 228. *Урядовий кур'єр*. 11.07.2014. № 123.
15. Проект Закону України "Про розроблення та виробництво озброєння, військової і спеціальної техніки". Рішення Ради національної безпеки і оборони від 18.02.2020 "Про основні показники державного оборонного замовлення на 2020 рік та 2021, 2022 роки", введено у дію Указом Президента України від 27.02.2020 № 59/2020. URL: http://www.drs.gov.ua/wp-content/uploads/2021/06/dokument-6003_0_19-21.pdf. (дата звернення: 03.08.2021).
16. Проект Закону України "Про особливості реформування підприємств оборонно-промислового комплексу державної форми власності" від 09.07.2020 № 3822. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69418. (дата звернення: 14.08.2021).
17. Проект Закону України "Про військово-технічне співробітництво України з іноземними державами" законопроект від 13.12.2007 № 1209. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31091. (дата звернення: 08.08.2021).
18. Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю.С. Шемчушенко, О.І. Ющик, Л.М. Горбунова, М.О. Теплюк, Л.В. Гульченко, В.І. Риндюк; за заг. ред.. О.І. Ющика. Київ: Парламентське видавництво, 2007. 208 с.
19. Довідник наказів та директив Міністра Оборони України станом на 1 січня 2000 року / Підготовлено ПУ МО України. Київ: Варта, 2000. 318 с.
20. Право національної безпеки та військове право: історія, сучасність і перспективи: збірник матеріалів круглого столу (Київ, 28.03.2019) / МО України, Національний університет оборони України імені Івана Черняховського; Національна академія правових наук України, Науково-дослідного інституту інформатики і права / Упоряд.: М.М. Прохоренко, П.П. Богуцький ; за заг. ред. М.М. Прохоренка. Київ: ФОП Ямчинський О.В., 2019. 168 с.

21. Класифікатор галузей законодавства України: Наказ Міністерства юстиції України від 02.06.2004 № 43/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v43_5323-04#Text (дата звернення: 14.09.2021).

References:

1. Stratehiia voiennoi bezpeky Ukrainy, Ukaz Prezydenta Ukrainy [Military Security Strategy of Ukraine, Presidential Decree of Ukraine] № 121/2021 (2021). Uriadovyi kurier [Government courier]. № 59 (in Ukrainian).
2. Rozvytok zakonodavstva Ukrainy u sferi oborony: problemy adaptatsii do standartiv NATO ta shliakhy yikh vyrishennia, materialy Naukovo-praktychnoi konferentsii [Development of Ukrainian legislation in the field of defense: problems of adaptation to NATO standards and similar solutions, materials of the Scientific-Practical Conference], Kyiv, 23.04.2021 /uporiad.: P. P. Bohutskyi, V. H. Pylypchuk, S. O. Dorohykh. Kyiv, 376. (in Ukrainian).
3. Shulhin V.V. (2017). Realizatsiia viiskovoho zakonodavstva Ukrainy: istoriia, teoriia, praktyka, shliakhy udoskonalennia [Implementation of the military legislation of Ukraine: history, theory, practice, ways of improvement]. Kyiv: MP Lesia (in Ukrainian).
4. Tiutiunnyk V.P., Horovenko V.K. (2018). Zakonodavstvo u sferi oborony: stan, problemy ta shliakhy reformuvannia [Defense legislation: state, problems and ways of reform]. Nauka i oborony [Science and defense], № 1, 18-22. (in Ukrainian).
5. Pashynskyi V.I. (2018) Zabezpechennia oborony Ukrainy: administratyvno-pravovi aspekty [Ensuring the defense of Ukraine: administrative and legal aspects]. Kyiv: FOP Maslakov (in Ukrainian).
6. Pro zakhody shchodo pidhotovky kadriv viiskovoi yustytsii ta orhanizatsii naukovo-doslidnykh robit u haluzi viiskovoho zakonodavstva, Ukaz Prezydenta Ukrainy [On measures to train military justice personnel and organize research work in the field of military legislation, Decree of the President of Ukraine], № 1105/96 (1996). Uriadovyi kurier [Government courier], № 233-234 (in Ukrainian).
7. Perelik spetsialnostei, za yakymy provodytsia zakhyst dysertatsii na zdobuttia naukovykh stupeniv kandydata nauk i doktora nauk, prysudzhennia naukovykh stupeniv i prysvoiennia vchenykh zvan, Nakaz VAK Ukrainy [List of specialties for which the defense of dissertations for the degree of candidate of sciences and doctor of sciences, award of scientific degrees and conferment of academic titles, Order of the High Attestation Commission of Ukraine], № 586 (2000). Ofitsiinyi visnyk Ukrainy [Official Gazette of Ukraine], (51), St. 2229 (in Ukrainian).
8. Rysheliuk A.M. (2004). Zakonotvorchyi protses v Ukraini: navchalnyi posibnyk [Legislative process in Ukraine]. Kyiv: Vydavnytstvo NADU (in Ukrainian).
9. Pro nevidkladni zakhody z provedennia reform ta zmitsnennia derzhavy, Ukaz Prezydenta Ukrainy [On Urgent Measures to Reform and Strengthen the State, Decree of the President of Ukraine] № 837/2019 (2019). Uriadovyi kurier [Government courier], № 217 (in Ukrainian).
10. Kontseptsiia derzhavnoi polityky po dosiahnenniu tsili 15.1. "Ukrainets ye bilsh zakhyshchenym vid voiennykh zahroz cherez novu oboronnu polityku" Prohramy diialnosti Kabinetu Ministriv Ukrainy [The concept of public policy to achieve the goal 15.1. "Ukrainians are more protected from military threats due to the new defense policy" of the Program of activities of the Cabinet of Ministers of Ukraine]. URL: https://www.mil.gov.ua/content/other/konzepziya_15_1.pdf (in Ukrainian).
11. Pro nevidkladni zakhody z provedennia reform ta zmitsnennia derzhavy, Plan orhanizatsii vykonannia Ukazu Prezydenta Ukrainy [About urgent measures for carrying out reforms and strengthening of the state, Plan of the organization of execution of the Decree of the President of Ukraine] № 837/2019 (2019). URL: https://www.mil.gov.ua/content/oboron_plans/Plan_vikonanya_ykazy_prezidenta.pdf. (in Ukrainian).
12. Pro nevidkladni zakhody z provedennia reform ta zmitsnennia derzhavy, Plan orhanizatsii vykonannia Ukazu Prezydenta Ukrainy [About urgent measures for carrying out reforms and strengthening of the state, Plan of the organization of execution of the Decree of the President of Ukraine] № 837/2019 (2019). URL: https://www.mil.gov.ua/content/oboron_plans/plan_upu_837.pdf. (in Ukrainian).
13. Skakun O.F. (2016) Teoriia prava i derzhavy [Theory of law and the state]. Kyiv: Alerta (in Ukrainian).
14. Polozhennia pro Ministerstvo yustytsii Ukrainy, Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Regulations on the Ministry of Justice of Ukraine: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] № 228 (2014). Uriadovyi kurier [Government courier], № 123 (in Ukrainian).
15. Pro rozroblennia ta vyrobnytstvo ozbroiennia, viiskovoi i spetsialnoi tekhniky, Proekt Zakonu Ukrainy, Rishennia Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy [On the development and production of armaments, military and special equipment, the Draft Law of Ukraine, the Decision of the National Security and Defense Council of Ukraine] 18.02.2020 "Pro osnovni pokaznyky derzhavnoho oboronnoho zamovlennia na 2020 rik ta 2021, 2022 roky", vvedeno u diiu Ukazom Prezydenta Ukrainy [On the main indicators of the state defense order for 2020 and 2021, 2022 ", put into effect by the Decree of the President of Ukraine] № 59/2020 (2020). URL: http://www.drs.gov.ua/wp-content/uploads/2021/06/dokument-6003_0_19-21.pdf (in Ukrainian).
16. Pro osoblyvosti reformuvannia pidpryiemstv oboronno-promyslovoho kompleksu derzhavnoi formy vlasnosti, Proekt Zakonu Ukrainy [On the peculiarities of reforming the enterprises of the defense-industrial complex of the state form of ownership, the Draft Law of Ukraine] № 3822 (2020). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69418. (in Ukrainian).
17. Pro viiskovo-tekhnichne spivrobitnytstvo Ukrainy z inozemnymy derzhavamy, Proekt Zakonu Ukrainy [On military-technical cooperation of Ukraine with foreign states, Draft Law of Ukraine] № 1209 (2007). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31091 (in Ukrainian).
18. Shemchushenko Yu.S., Yushchyk O.I., Horbunova L.M., Tepliuk M.O., Hulchenko L.V., Ryndiuk V.I. (2007). Kodyfikatsiia zakonodavstva Ukrainy: teoriia, metodolohiia, tekhnika [Codification of the legislation of Ukraine: theory, methodology, technique]. Kyiv: Parlamentske vydavnytstvo (in Ukrainian).
19. Dovidnyk nakaziv ta dyrektyv Ministra Oborony Ukrainy stanom na 1 sichnia 2000 roku [Handbook of orders and directives of the Minister of Defense of Ukraine as of January 1, 2000]. (2000), Pidhotovleno PU MO Ukrainy [Prepared by the Legal Department of the Ministry of Defense of Ukraine]. Kyiv: Varta (in Ukrainian).
20. Pravo natsionalnoi bezpeky ta viiskove pravo: istoriia, suchasnist i perspektyvy: zbirnyk materialiv kruhloho stolu [National security law and military law: history, modernity and prospects: a collection of materials of the round table], Kyiv, (28.03.2019) / MO Ukrainy, Natsionalnyi universytet oborony Ukrainy imeni Ivana Cherniakhovskoho; Natsionalna akademiia pravovykh nauk Ukrainy, Naukovo-doslidnyi instytut informatyky i prava [Ministry of Defense of Ukraine, Ivan Chernyakhovsky National University of Defense of Ukraine; National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Research Institute of Informatics and Law]. Uporiad.: M.M. Prokhorenko, P.P. Bohutskyi ; za zah. red. M.M. Prokhorenka. Kyiv: FOP Yamchynskyi O.V., 168. (in Ukrainian).
21. Klasyfikator haluzei zakonodavstva Ukrainy, Nakaz Ministerstva yustytsii Ukrainy [Classifier of branches of legislation of Ukraine, Order of the Ministry of Justice of Ukraine] № 43/5 (2004). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v43_5323-04#Text. (in Ukrainian).

Received: 16/09/2021
Accepted: 10/10/2021

V. Shulhin, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

FEATURES OF CODIFICATION OF LEGISLATION IN THE FIELD OF DEFENSE OF UKRAINE: ORGANIZATIONAL AND LEGAL ASPECTS

The article analyzes organizational and legal (theoretical and legal, organizational and technical), comparative and applied and terminological and conceptual aspects of codification of legislation in the field of defense of Ukraine, which has important theoretical, legal, practical and applied significance for the effective operation of national defense forces. Security and defense in a special period of conducting a joint operation and on the way to the Euro-Atlantic integration of our country, interoperability with the armed forces of NATO member states are also within the focus of the paper.

In order to determine the system-scientific approach to the implementation of this national-strategic task, the subject of which is the regulation of military-legal social relations in the field of defense forces of the security and defense sector of Ukraine, an attempt was made to explore organizational and legal, defense-institutional national features and capabilities, quality and degree of readiness of separate acts (legal norms) of the current legislation in the field of defense to their codification.

The legal nature of codification of legislation is established and substantiated; its general and special concept is clarified taking into account existing problems and features of modern process of defense normative-legal regulation, military law enforcement, improvement of national-defense and military-legal relations; proposals for process algorithms codification of legislation in the field of defense of Ukraine are formulated.

Keywords: systematization of legislation, defense legislation, security legislation, military legislation, codification of defense legislation, defense forces, security forces, security and defense sector, military-legal relations, military legislation.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 116-122
УДК 347.91
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-22

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

С. В. Щербак, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-9969-3817
Сумський національний аграрний університет, Суми, Україна

ЗАКОНОМІРНОСТІ ЯК ПРЕДМЕТ НАУКИ ВИКОНАВЧОГО ПРОЦЕСУ

Проведено аналіз існуючих позицій учених загальнотеоретичного правознавства щодо юридичних закономірностей як фундаментальної та доволі складної наукової категорії, що є "незаслужено забутою" нині, інтерес до якої зумовлюється потребами практики та сутністю наукового пізнання.

Ґрунтуючись на концептуальних засадах загальнотеоретичного наукознавства, запропоновано галузеву концепцію закономірностей як предмета науки виконавчого процесу з урахуванням необхідності розроблення доктринальних положень науки виконавчого процесу.

Розкрито сутність та особливості юридичних закономірностей у загальній теорії права, а також визначено їхній прояв і значення у процесі виконання судових рішень і рішень інших органів, конкретизовано закономірності як предмет науки виконавчого процесу.

Надано характеристику та здійснено класифікацію галузевих закономірностей залежно від критерію сфери дії у науці виконавчого процесу. Надано оцінку новим закономірним зв'язкам, що виникають у сучасному виконавчому процесі, враховуючи ознаку динамічності закономірностей, та наведено приклади трансформації закономірностей, що мали прояв у радянські часи та діють у сучасний період.

У контексті дослідження закономірностей проаналізовано суміжні з ними поняття тенденцій і випадковостей, окреслено співвідношення закономірностей, тенденцій і випадковостей у науці виконавчого процесу, визначено існуючі тенденції, такі як: антропологізація, глобалізація та деформалізація, та розкрито їх на прикладі виконавчого процесу, окреслено зміст випадковостей у науці виконавчого процесу.

Прогнозовано необхідність подальших наукових розроблень як власне юридичних закономірностей, так і галузевих закономірностей науки виконавчого процесу з урахуванням неосяжності категорії закономірностей і надання їй вагомості на сучасному етапі розвитку науки виконавчого процесу.

Ключові слова: юридичні закономірності, галузеві закономірності, виконавчий процес, тенденції, випадковості.

ВСТУП

Категорія юридичних закономірностей складає найбільш глибокий та, одночасно, мало розроблений теоретичний пласт правової науки. У підручниках із теорії держави та права про закономірності, відповідно з якими існують і змінюються правові явища та процеси, згадується переважно під час викладення предмета юридичної науки. Та в них не розкривається сама природа юридичних закономірностей, їхні види та форми прояву у громадянському суспільстві, що ускладнює їхнє розуміння, а також виокремлення юридичних закономірностей на рівні галузевих наук. Серед причин такого стану наукової думки зазначають складний фундаментальний характер самої проблеми, її філософськи детермінований зміст, а також гносеологічну нерозробленість категоріального апарату [1].

Зростання наукового інтересу до проблематики закономірностей, що виявилася "незаслужено забутою" в наш час, відображає процеси, що відбулися у країні за останні 30 років, починаючи з набуття Україною незалежності. Юридичні закономірності, у свою чергу, не залишаючись незмінними, мають динамічний характер, прогресують із розвитком суспільства та загальнотеоретичного правознавства, відображуючи зникнення з площини їхнього дослідження політико-ідеологічного забарвлення радянського минулого з домінантою держави, осучаснення дії права з урахуванням європейських і міжнародних стандартів, спрямованість правової доктрини у бік формування науки загальної теорії права. Кожній науці, зокрема й виконавчому процесу, властиве конструювання власних, так би мовити "внутрішніх" закономірностей.

З'ясування закономірностей науки виконавчого процесу пов'язується не лише з питаннями формально-юридичного характеру, але і з необхідністю пізнання більш абстрактних положень – щодо співвідношення можливого і дійсного, сущого та належного, суб'єктивного й об'єктивного, закономірного та випадкового.

В юридичній науці радянського та сучасного періодів значний вклад у дослідження закономірностей внесли теоретики права С. С. Алексєєв, В. К. Бабаєв, М. Й. Байтін, Б. Д. Бондаренко, Ю. Ю. Ветютнєв, М. М. Вопленко, С. М. Овчинников, П. М. Рабінович, В. М. Сирих. У науці виконавчого процесу, яка проходить період свого становлення, закономірності як предмет науки практично не досліджувалися, окремі аспекти закономірностей викладено у працях М. Л. Гальперіна, М. М. Мальського, С. Я. Фурси.

Метою цієї статті є науково-теоретичне обґрунтування закономірностей як предмета науки виконавчого процесу з урахуванням необхідності розроблення доктринальних положень науки виконавчого процесу.

ВИКЛАД ОСНОВНОГО МАТЕРІАЛУ

Юридична закономірність – категорія, яка має достатні підстави займати одне з провідних місць у правовій науці. Водночас пізнавальні можливості юридичних закономірностей, труднощі у вивченні яких виникають ще з радянських часів, досі є нерозкритими, а останнім часом навіть піддаються критичному перегляду. Так, у контексті характеристики постмодерної (постнекласичної) моделі науки однією з найістотніших її ознак М. І. Козюбра [2] визначає "схильність низки представників постмодерністських уявлень про науку до заміни поняття істини такими поняттями, як достовірність, корисність тощо, і як наслідок – до заперечення або ж до сумніву у здатності науки виявляти і формулювати певні закономірності", а серед методологічних новацій постнекласичної науки – "широке використання ідей і методів синергетики, зокрема і висування на перший план таких її понять, як невизначеність, випадко-
в
ц
природних і соціальних систем, що саморозвиваються".

© Щербак С. В., 2021

Подібне скептичне ставлення до юридичних закономірностей демонструє існуючу невідповідність наукової розробленості сфери юридичних закономірнос-

тей тій справжній ролі, яку відіграють закономірності у юриспруденції.

Слід зауважити, що термінологія в цій частині не сформована та як рівнозначні використовуються терміни "закономірності", "юридичні закономірності", "державно-правові закономірності", "правові закономірності" тощо.

Незважаючи на те, що найбільш поширеним для вітчизняної правової доктрини залишається визначення предмета науки на основі визначення предмета однойменної галузі права і законодавства, розроблене ще за радянських часів, коли зазначені критерії сприймалися на прикладі системи галузевих наук (як то цивільне право, кримінальне право, цивільний процес та ін.), що відповідала усталеній системі права з переліком відповідних галузей права, доцільним уявляється підхід, за якого сучасні дослідники виявляють прагнення відійти від традиційного підходу "галузь науки = галузь права". Трансформація багатьох сфер життєдіяльності суспільства, що відбулася в Україні з початком нового тисячоліття, призвела й до появи нових галузей правової науки (наприклад, цивілістичний процес, наука про адвокатуру, наука інформаційного права тощо), сформованих на мультидисциплінарному рівні або за іншими критеріями.

Як показує сучасний етап розвитку виконавчого процесу, формування та становлення науки виконавчого процесу йде попереду, ніж зародження відповідної галузі права, місце виконавчого процесу в системі права продовжує перебувати у стадії осмислення, адже процес формування галузі права має бути складним і тривалим і потребує обґрунтування й усвідомлення.

Отже, що в сучасній правовій науці вважається юридичними закономірностями та який їхній прояв і значення у виконавчому процесі? Ще більш складним питанням є таке: яким чином узгоджується наявність юридичних закономірностей як класичної теоретичної категорії та виконавчого процесу як прикладної науки, емпірична база якої значно перевищує досягнення науки.

Особливість усвідомлення природи юридичних закономірностей полягає в тому, що основною причиною дискусії, яка ведеться вченими з приводу юридичних закономірностей, виявилося не розуміння закономірностей, а виявлення відмінностей у трактуванні предмета науки.

Кожній галузі правової науки властивий предмет, що "є унікальним, він визначає її самостійність і своєрідність – те, чим вона відрізняється від інших наук" [3, с. 15].

Представлені в науковій літературі погляди вчених з приводу предмета правової науки доволі різноманітні та можуть бути класифіковані за декількома підставами. Найчастіше вони відрізняються характером і кількістю компонентів, що входять до предмета науки.

Серед наукових інтерпретацій слід виокремити такі: конструктивістський підхід, за якого предмет юридичної науки представлений як гносеологічна конструкція [4, с. 1225]; об'єктне розуміння предмета науки, де предметом науки виступає об'єктивна дійсність [5, с. 64]; змішаний підхід, що поєднує фрагменти досліджуваної реальності, об'єктивної дійсності та феномени ідеальної сфери, що їх відображують.

Доволі поширеним в юридичній науці є розуміння предмета науки з акцентом на закономірностях як його основному структурному елементі [6, с. 12]. В узагальненому вигляді його підставу чітко сформулював В. М. Корельський: "Кожна наука має свій предмет дослідження, під яким розуміється сторона об'єктивної дійсності, яка нею вивчається. Інакше, предмет науки – це ті явища та процеси реального світу, що нею досліджуються, на що спрямоване й наукове пізнання. Наука вивчає, передусім, закономірності розвитку природи і суспільства" [7, с. 5–6].

Прихильники змішаного підходу, крім закономірностей, як духовні конструкції вбачають у предметі науки й поняття. Так, М. Й. Байтін вважає, що предмет теорії держави і права складають: 1) закономірності виникнення, розвитку та функціонування держави і права; 2) сутність, типи, форми, функції, структура і механізм дії держави і права, правова система; 3) основні державно-правові поняття, загальні для всієї юридичної науки" [8, с. 19]. Схожою із цього приводу є позиція О. В. Малько, який стверджує, що предметом теорії держави і права виступають два такі блоки об'єктивної дійсності: 1) найбільш загальні закономірності виникнення, розвитку та функціонування держави і права… 2) система основних понять юриспруденції, які пронизують усі юридичні науки [9, с. 7–8].

З-поміж існуючих поглядів найпереконливішою виглядає концепція В. М. Сирих [10, с. 31, 36], який зводить предмет юридичної науки виключно до закономірностей. На думку автора, предмет теорії держави і права являє собою систему закономірностей, що містить:

1) закономірності становлення, функціонування та розвитку держави і права як відносно самостійних компонентів суспільства;

2) соціально-економічні, політичні, моральні й інші закономірності, які детермінують функціонування та розвиток держави і права, без знання яких неможливо розкрити предмет теорії держави і права;

3) специфічні закономірності пізнання держави і права.

Показовою (хоч і з деякими зауваженнями щодо змісту цієї класифікації закономірностей) є обопільна підтримка викладеної концепції серед сучасних дослідників юридичних закономірностей, що свідчить про довгостроковість прогнозування, підтвердженого часом. Зазначене вбачається з останніх дисертаційних досліджень із цієї тематики, зокрема Ю. Ю. Ветютнєва на тему: "Державно-правові закономірності: питання теорії і методології" 2004 р. [11] та Б. Д. Бондаренка на тему: "Закономірності як предмет загальної теорії права" 2019 р. [12], зі змісту яких вбачається, що обидва автори одностайні у визначенні саме закономірностей (державно-правових закономірностей) предметом теорії права.

З-поміж існуючих наукових поглядів на предмет науки, вважаємо, що термін "закономірність" є найбільш прийнятним для окреслення предметного поля науки виконавчого процесу, що дає підстави розуміти під предметом науки виконавчого процесу закономірності як об'єктивну, логічно обґрунтовану повторюваність взаємопов'язаних фактів у процесі виконання судових рішень і рішень інших органів. Визначення закономірностей предметом науки виконавчого процесу дозволяє стверджувати, що поняття (категорії, визначення) підлягають пізнанню й обґрунтуванню в межах теорії виконавчого процесу.

Закономірності виконавчого процесу – це об'єктивно обумовлені, сталі, необхідні, причинно-наслідкові зв'язки, що забезпечують пізнання процесу виконання судових рішень і рішень інших органів як правового явища, а також відображують його глибинні, суттєві властивості.

Виявлення зв'язків і залежностей, характерних виконавчому процесу, що з високим ступенем сталості відтворюються і повторюються у конкретних виконавчих провадженнях під час виконання вимог виконавчих документів державним чи приватним виконавцем, свідчать про наявність системи спеціальних суджень про виконавчий процес, що не виключає виявлення у вико-

навчому процесі загальних закономірностей, що охоплюють право, усю правову систему, державу в цілому.

Різні підстави для проведення класифікації юридичних закономірностей обґрунтовано у працях П. М. Рабіновича, С. С.Алексєєва, В. М. Кудрявцева, Ю. Ю. Ветютнєва. Розглядаючи їх через призму виконавчого процесу, слід взяти за основу загальнотеоретичні напрацювання, втілені у класифікації, запропонованій В. М. Сирих [10, с. 31], що здійснена за сферою дії закономірностей, використання якої дозволяє навести різноманіття необхідних зв'язків у виконавчому процесі та виокремити власні (чи галузеві) закономірності.

Отже, за сферою дії закономірності, що складають предмет виконавчого процесу, можливо розділити на п'ять видів:

1) закономірний зв'язок найпростіших явищ – виконавчий документ, виконавчі процесуальні правовідносини, виконавчі дії;

2) закономірний зв'язок складних явищ, таких як: система виконавчого процесуального законодавства, модель виконавчого процесу, методологія виконавчого процесу;

3) закономірності, властиві виконавчому процесу в цілому (принципи виконавчого процесу, стадії виконавчого процесу, суб'єкти виконавчого процесу);

4) закономірний зв'язок виконавчого процесу з економікою, соціологією та іншими соціальними сферами;

5) закономірності пізнання виконавчого процесу.

Перші два види закономірностей характеризуються особливим структурним зв'язком органічно цілісних явищ, що може мати синтетичний чи ієрархічний тип. Закономірний зв'язок найпростіших явищ (виконавчий документ, виконавчі процесуальні правовідносини, виконавчі дії) або (право на виконання, обов'язок боржника, виконавче провадження), є синтетичним і полягає в тому, що відповідні явища можуть існувати лише за наявності всіх властивих їм елементів. Такий зв'язок є необхідним і стійким, а за відсутності одного чи кількох елементів сутність явища втрачається, а саме явище розглядається як інше явище. Так, за відсутності виконавчого документа відкриття виконавчого провадження неможливе, а невиконання судового рішення перетворюється в об'єктивно допустиму поведінку боржника без будь-яких наслідків для нього, або за умови відкритого виконавчого провадження не вчинення виконавчих дій чи зволікання з ними призводить до недосягнення цілей виконавчого процесу тощо. У такому випадку закономірний зв'язок є основним структурним зв'язком правових явищ і діє як необхідність, потребуючи наявності чітко визначеної сукупності елементів.

Ієрархічний зв'язок характеризує таку взаємодію елементів, коли один із них є основою, вихідним початком іншого. Такий зв'язок є стійким і постійним, охоплює всі елементи системи та характеризує співвідношення їхніх сутнісних сторін, завдяки ієрархічному зв'язку впорядковується розташування елементів у структурному рядку. Зокрема, ієрархічний зв'язок властивий системі виконавчого процесуального законодавства, побудові органів державної виконавчої служби тощо.

Доволі яскраво в системі закономірностей виконавчого процесу вбачається зв'язок виконавчого процесу з економікою, адже майнове становище сторін виконавчого процесу, особливо боржників, корелюється відповідно до економічного становища у країні, економічна криза та відсутність доходів населення сприяє зростанню боргів і виконавчих проваджень. Стримуючим фактором виконавчого процесу слід визнати наявність у виконавчому процесі 13 мораторіїв, які запроваджувалися як тимчасовий захід для покращення становища окремих підприємств чи галузі в цілому, однак вони вже не слугують цілям захисту інтересів держави, а унеможливлюють або ускладнюють примусове виконання. За останніми даними, лідерами за кількістю невиконаних судових рішень називають мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств – майже 27 тис. судових рішень обтяжені дією мораторію на загальну суму понад 34 млрд 599 млн грн., а за кількістю несплачених боргів – мораторій на задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок предмета іпотеки, розташованого на території проведення антитерористичної операції – майже 77 млрд грн боргу є несплаченим у зв'язку з його дією [13].

Серед закономірностей виконавчого процесу слід виокремлювати закономірності виникнення (генетичні), що визначають зародження та появу певного правового явища (наприклад, закономірності формування виконавчого процесу); закономірності розвитку, що визначають процес якісної зміни об'єкта, його переходу в інший стан (закономірності зміни моделі примусового виконання); закономірності функціонування, що відносяться до стану та поведінки явища у такому, що склався, відносно стабільному вигляді (закономірності застосування заходів впливу до боржника).

Реаліями сьогодення є поширюваний у соціальних мережах такий закономірний зв'язок – "з державними виконавцями судяться стягувачі, а з приватними – боржники", адже у першому випадку стягувач незадоволений невчиненням виконавчих дій або затягуванням виконавчого провадження, а у другому, навпаки, боржник не погоджується із самим фактом виконання рішення, оскаржуючи дії приватного виконавця.

Закономірності є динамічними, вони змінюються під впливом розвитку суспільства та сучасних технологій, та можуть виникати нові закономірності, адже ще кілька років тому ніхто не міг уявити, що майно боржника приватний виконавець зможе розшукувати шляхом використання дрона, як і здійснювати відеозйомку житлового будинку та земельної ділянки боржника, до яких відсутній доступ, що можливо звернути стягнення на кошти, які містяться у банківській скриньці, або звернути стягнення на незібраний врожай тощо.

Ця ознака закономірностей не лише створює труднощі, але й робить безуспішними спроби вичерпного визначення предмета виконавчого процесу та його змісту як чогось остаточного, незмінного. На підтвердження порівняємо закономірності, що склалися за радянських часів, із нині існуючими закономірностями. Так, за класифікацією закономірностей, здійсненій С. С. Алексєєвим [14, с. 5] у 70-х рр. минулого століття, як фундаментальні закономірності називалися правонаступництво у праві, сталість правової традиції, об'єктивна необхідність формальної визначеності у праві, що фрагментарно знаходять свій прояв на прикладі науки виконавчого процесу, оскільки виконавчий процес, виокремившись із науки цивільного процесу, не увібрав у собі її спадкоємності, а викликав появу нових, власних закономірностей, що виникли одночасно з новим явищем правового життя, набув комплексу правовідносин, які не уособлюються з правосуддям [15], хоч окремі закономірності (історичний досвід) можуть бути використані для пізнання певних процесів. За влучним виразом приватного виконавця Дмитра Гненного [16], сучасний прообраз виконавчого провадження асоціюється "з дроном та евакуатором", а не з Фемідою, богинею правосуддя.

Розглядаючи термінопоняття "виконавче провадження", використане вітчизняним законодавцем у назві відповідного закону і при його прийнятті за часів незалежності країни, як профільного, та надалі, з урахуванням існуючої традиції, яка давно склалася, такій закономірності, як сталість правової традиції, у контексті виконавчого процесу слід надати негативну оцінку (віднести до негативної закономірності [17]) з огляду на некоректність і невідповідність теорії процесуального права [18], застосуванню внаслідок так званої термінологічної інерції та неготовності законодавця використовувати досягнення загальної теорії права [19, с. 145]. Про невдалість зазначеного терміна свідчить і готовність законодавця перейти до іншого терміна для позначення процесу виконання рішень юрисдикційних органів, про що свідчить прийнятий у липні 2021 р. у першому читанні Законопроєкт № 5660 "Про примусове виконання рішень".

З викладеного випливає, що на сучасному етапі розвитку науки виконавчого процесу (з урахуванням відсутності спеціальних досліджень, нерозробленості понятійно-категоріального апарату, а також положень загальної теорії наукознавства) можна дійти висновку, що предметом науки виконавчого процесу є закономірності, що існують під час виконання судових рішень і рішень інших органів.

Таке загальне визначення передбачає конкретизацію вказаного предмета шляхом вказівки на те, що до предмета науки виконавчого процесу входять закономірні зв'язки і відносини, що стосуються:

1) створення, дії та вдосконалення законодавства, що регулює процес виконання судових рішень і рішень інших органів;

2) практики застосування виконавчих процесуальних норм (включаючи правила правозастосування в типових ситуаціях, подолання прогалин);

3) використання історичного досвіду виконання судових рішень і рішень інших органів;

4) використання зарубіжного досвіду примусового виконання рішень юрисдикційних органів;

5) урахування положень міжнародно-правових актів щодо примусового виконання (доцільності гармонізації та імплементації, що потребуватиме змін до національного законодавства);

6) методологічних проблем науки виконавчого процесу.

Отже, предмет науки виконавчого процесу ще потребує уточнення та конкретизації та не може претендувати на вичерпність, адже охоплює закономірності, які стосуються широкого спектра явищ і процесів.

Архітектоніка предмета науки має визначатися в першу чергу структурою профільного закону, у цьому випадку йдеться про Закон України "Про виконавче провадження", значним недоліком якого є систематичний перегляд і переформатування його положень шляхом переприйняття закону або його нової редакції, що супроводжується одночасною зміною концептуальних засад діяльності виконавців і значно ускладнює становлення теоретичних засад виконавчого процесу.

На прикладі навчальної літератури можна прослідкувати еволюцію в поглядах учених, що відбулася у науці виконавчого процесу та була втілена у структуруванні та змісті підручників і навчальних посібників.

Підручники з цивільного процесу ще з радянських часів яскраво демонстрували тісний зв'язок виконавчого провадження з цивільним процесуальним правом, традиційно включаючи розділ про виконавче провадження (виконання судових рішень) до їхнього змісту, про що свідчить огляд навчальної літератури періоду часу з 1980 рр. минулого століття до 2000-х рр. (єдине окреме видання, знайдене автором статті – це підручник "Виконавче провадження" [20], виданий авторським колективом у складі Л. Ф. Лесницької, Л. В. Філатової та М. К. Юкова, 1989 р.) , що відповідало існуючій на той час процесуальній доктрині.

Одним із важливих досягнень науки виконавчого процесу є подолання моністичного погляду щодо розуміння виконавчого провадження як останньої чи заключної стадії цивільного процесу, що зазнало прояву у навчальних посібниках, які висвітлювали виконавче провадження на рівні самостійних видань: зокрема, М. Й. Штефан, М. П. Омельченко, С. М. Штефан "Виконання судових рішень" (2001), С. Я. Фурса, С. В. Щербак "Виконавче провадження в Україні" (2002), Ю. В. Білоусов "Виконавче провадження" (2005), структура яких істотно відрізнялася, як і наукові підходи, хоча й зі збігом доволі значного проміжку часу проблема предметності галузі так і залишається нерозв'язаною, паспорти спеціальностей не містять такої галузі знань, як виконавчий процес, а Класифікатор галузей законодавства України (що приймався 2004 р.) виконавче провадження (040.090.000) подає у структурі цивільно-процесуального законодавства (040.000.000). Ще з 90-х рр. XX ст. у вітчизняних вищих навчальних закладах почали викладати самостійну дисципліну – "Виконавче провадження", потреба зростання ролі якої в сучасних реаліях зумовлюється необхідністю майбутнього юриста не просто мати набір юридичних знань, а ще й "мислити як юрист", адже з уведенням системи обов'язкових і вибіркових навчальних дисциплін вона була переведена до розряду вибіркових без урахування ролі та значення у навчальному процесі.

Останні роки позначилися виходом у світ монографічної літератури з виконавчого процесу [21] та навчальної літератури, серед цих видань слід назвати навчально-практичний посібник "Виконавче провадження" за ред. В. В. Комарова (Харків, 2014), підручник "Виконавче провадження" за ред. Н. Ю. Голубєвої (Одеса, 2020), проте жоден із них не містить параграфа про науку виконавчого процесу (або виконавчого провадження) та про її предмет.

Виявлення закономірностей створює можливість відмежувати їх від тенденцій та інших явищ, оскільки визначення закономірностей тісно переплітається з такими суміжними науковими категоріями, як тенденції та випадковості, сутність яких підлягає з'ясуванню під час розкриття категорії закономірностей.

Тенденція, тобто певний напрям у розвитку будь-якого явища, часто розглядається в науці як родове поняття відносно загального поняття закономірності.

Це означає, що не кожна тенденція виражає закономірність, та, навпаки, цілком виявлена та така, що об'єктивно проявляється, закономірність, завжди містить у собі певну узагальнену тенденцію, а якщо функціональне призначення конкретної тенденції не суперечить особливостям юридичних закономірностей, існує вірогідність трансформації такої тенденції у відповідну закономірність.

Про зростаючу роль тенденцій у сучасній науці свідчить те, що деякі автори включають тенденції до структури предмета загальної теорії права поряд із закономірностями розвитку і функціонування правових явищ і процесів [22, с. 21], а деякі не вбачають відмінностей між цими поняттями, називаючи закономірності тенденціями, та навпаки.

Із цього приводу О. М. Лушников зазначає, що тенденції у праві завжди пов'язані з функціонуванням різних видів закономірностей [23]. За своєю сутністю такі тенденції не можуть стосуватися закономірностей виникнення державно-правових явищ, проте можуть бути детерміновані закономірностями функціонування та розвитку. Зазначимо, що функціональне призначення закономірностей опосередковує сталий, повторюваний і причинно-наслідковий зв'язок державно-правових явищ порівняно зі слабкими та потенційно тимчасовими правовими тенденціями.

Від тенденції, навпаки, закономірність відрізняється тим, що тенденція може мати короткочасний, нестійкий характер, проявлятися "пунктирно", тобто мати недостатню частоту, тривалість та систематичність дії, щоб можливо було вважати її закономірністю, а також набуває як об'єктивного, так і суб'єктивного походження. Закономірністю є не будь-яка, а лише сама послідовна, стійка (домінуюча серед інших тенденцій), тенденція у розвитку права [24, с. 34].

Тенденції науки виконавчого процесу слід розглядати з погляду загальних тенденцій розвитку юридичної науки. Так, П. М. Рабінович [25] до сучасних тенденцій у зміні об'єкта й відповідно, предмета загальнотеоретичної юриспруденції, відносить антропологізацію, глобалізацію та деформалізацію предмета загальнотеоретичного праводержавознавства.

Антропологізація у науці виконавчого процесу проявляється в тому, що чинне профільне законодавство керується пріоритетом прав і свобод людини та громадянина, інтересами перш за все стягувача та боржника, а не держави; до нього впроваджено принцип верховенства права; із переходом від державної до комбінованої моделі виконання стягувач як сторона виконавчих правовідносин має альтернативу у разі ініціювання виконавчого провадження – звернення чи до державної виконавчої служби, чи до приватного виконавця, тут стягувачеві приватним виконавцем фактично надаються виконавчі послуги, за що стягувач має сплатити додаткову винагороду. У цьому випадку слід згадати і про запровадження електронного Єдиного реєстру боржників, що перебуває у вільному доступі, створення програми "Дія", де серед інших послуг держави є відомості щодо боржників, що інформує сторони виконавчого провадження онлайн і можливість сплатити заборгованість за виконавчим провадженням.

Тенденція глобалізації полягає у зближенні існуючих систем примусового виконання, збільшенні в національному виконавчому процесі міжнародного елемента, що зумовлює наукове осмислення цих процесів.

Незважаючи на доволі перспективний і практично невідомий спектр наукових розвідок, прояв тенденції глобалізації у виконавчому процесі є початковим, з боку вітчизняних науковців такі дослідження є малочисленними, що пояснюється й відсутністю іноземних наукових джерел, до того ж використання іноземного досвіду є вибірковим (наприклад, доволі широко висвітлюються світові системи примусового виконання, що викликано впровадженням в Україні інституту приватних виконавців). У цьому контексті можна виокремити дисертаційні дослідження О. І. Євтушенко "Особливості визнання та виконання рішень іноземних судів" (2005), Д. А. Мінченко "Визнання та виконання рішень іноземних судів: Україна та Англія" (2017), М. М. Мальського "Теоретичні основи міжнародного виконавчого процесу" (2020), яким внесено значний вклад у розвиток міжнародного виконавчого процесу, зміст якого автором розкрито у межах науки виконавчого процесу.

Деформалізація означає заміщення формально закріплених державою правил поведінки на такі, що не регламентуються законодавчо, тобто диспозитивно встановлюються на розсуд суб'єктів. У процесі виконання згадана тенденція проявилася у намаганні науковців виявити приватні та публічні засади у правовому регулюванні виконавчих процесуальних правовідносин, в обґрунтуванні необхідності спрощення процедур і правил виконавчого процесу, упровадженні контрактуалізації та інституту медіації у виконавчий процес. Інституціональні зміни у процесуальному законодавстві потягли за собою і широке застосування у судовій практиці правових позицій Верховного Суду щодо виконання судових рішень у цивільному, адміністративному, господарському судочинстві під час вирішення питань, пов'язаних із застосуванням судового контролю.

У свою чергу, у процесі висвітлення тенденцій розвитку та функціонування виконавчого процесу як правового явища, можливо виділити й так звані "внутрішні" тенденції, властиві процесу виконання судових рішень і рішень інших органів, що мають усі шанси перетворення на закономірності.

Тенденція діджиталізації знаходить вияв у запровадженні електронних технологій у виконавчому процесі, що дозволяють стягувачеві та боржнику мати доступ до виконавчого провадження, не відвідуючи виконавця та не витрачаючи свій час у черзі державної виконавчої служби. Це і запровадження електронної форми виконавчого документа, електронних баз даних, можливість ознайомлення з матеріалами виконавчого провадження в онлайн режимі (така послуга надається, як правило, приватними виконавцями), уведення процедури стягнення боргів онлайн, процедура електронних торгів тощо.

Тенденція посилення відповідальності боржника полягає в науковому обґрунтуванні введення нових заходів впливу щодо боржника (тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за кордон, цілий комплекс заходів протидії несплаті аліментів та ін.).

З'ясовуючи сутності закономірностей, наука має враховувати й випадковості – непередбачуваний, нетиповий збіг обставин, що мають розглядатися в нерозривному взаємозв'язку з юридичними закономірностями та тенденціями. Цей зв'язок простежується в тому, що випадковості за умови їхньої повторюваності можуть набувати характеру тенденції, а тенденції, у свою чергу, можуть перерости у закономірність.

Прикладом випадковостей у виконавчому процесі можна назвати вже ретроспективне включення до сфери виконавчого процесу нових виконавчих документів, що породжувало необхідність визначення і специфічних процедурних особливостей їхнього виконання, деякі з яких або безпідставно, або помилково потрапляли до цього переліку. У цьому контексті слід нагадати такі виконавчі документи, як вироки судів у частині позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю або рішення Конституційного Суду України у випадках, передбачених законом, доцільність і процедура виконання яких так і залишилася загадкою для всіх потенційних суб'єктів такого нестандартного виконавчого процесу.

ВИСНОВКИ

Спроба аналізу та з'ясування властивостей, сутності та значення закономірностей як предмета науки вико-

навчого процесу дозволяє сформувати нове бачення науки виконавчого процесу, а наведені міркування ставлять завдання ґрунтовнішого вивчення неосяжної за своїм обсягом наукової категорії закономірностей і на рівні загальнотеоретичного наукознавства, і на галузевому рівні. Існуючі в науці підходи дають підстави визнати, що термін "закономірність" є найбільш прийнятним для окреслення предметного поля науки виконавчого процесу. У свою чергу, під предметом науки виконавчого процесу слід розуміти об'єктивно обумовлені, сталі, необхідні, причинно-наслідкові зв'язки, що забезпечують пізнання процесу виконання судових рішень і рішень інших органів як правового явища, а також відображують його глибинні, суттєві властивості. У процесі дослідження закономірностей підлягають вивченню суміжні з ними категорії тенденцій і випадковостей, зв'язок між якими простежується в тому, що випадковості за умови їхньої повторюваності можуть набувати характеру тенденції, а тенденції, у свою чергу, можуть перерости у закономірність. Вагомість закономірностей полягає і в тому, що вони не лише складають предмет науки виконавчого процесу, але й мають методологічне значення для виконавчого процесу як молодої галузі правової науки, адже саме на основі закономірностей виробляються базові наукові положення, здійснюються довгострокові прогнози та приймаються стратегічні рішення, що набуває особливої актуальності під час виникнення та розвитку нових галузей юридичної науки.

Список використаних джерел.

1. Вопленко Н.Н. О понятии государственно-правовых закономерностей// Государственно-правовые закономерности: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 23–24 мая 2013 года): в 2 т. / под общ. ред. В.А. Толстика. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2013. Т. 1. С.229-239.
2. Козюбра М.І. Правознавство, наука, методологія: еволюція підходів до їхніх взаємозв'язків // *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*, 2018. Том 1. С.3-8.
3. Теорія держави і права: підруч.для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.: за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2014. 368 с.
4. Нерсесянц В.С. Юриспруденция // Юридическая энциклопедия/ отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юристъ, 2001. 1272 с.
5. Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид.лит. 1971. 223 с.
6. Теория государства и права: учебник / Под ред. В.К. Бабаева. М.: Юрид. лит. 1999. 255 с.
7. Теория государства и права: учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. М.: Норма, 2000. 616 с.
8. Байтин М.И. Предмет и метод теории государства и права // Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юристъ, 2001. 776 с.
9. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2004. 512 с.
10. Сырых В.М. История и методология юридической науки: Учебник. М.: Норма, Инфра. М, 2012. 464 с.
11. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности: Вопросы теории и методологии: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2004. 26 с.
12. Бондаренко Б.Д. Закономірності як предмет загальної теорії права. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.01. К.: Київський Національний університет імені Тараса Шевченка. 2018. 236 с. URL. http://scc.univ.kiev.ua/upload/iblock/bad/dis_Bondarenko%20B.D..pdf
13. Моніторинговий звіт Міністерства юстиції України про проведення аналізу проблем та підготовку пропозицій щодо зняття мораторіїв, що ускладнюють виконання судових рішень. 2021. URL. https://minjust.gov.ua/files/general/2021/07/12/20210712113219-35.pdf (дата звернення 28.07.2021 р.)
14. Алексеев С.С. Общая теория права. 2-е изд. М.: Проспект, 2008. 565 с.
15. Щербак С.В. Наука виконавчого процесу: передумови виникнення // *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С.187-191.
16. Гненний Д. Чисельність виконавців має регулюватися ринком, а не підганятися під штучні цифри. Femida.ua. 2021/ №3. С.12-16. URL. /https://femida.ua/wp-content/uploads/2021/05/Jurnal_Femida_3_2021_Small_all.pdf (дата звернення 25.07.2021 р.)
17. Власенко Н.А. Закономерности развития политико-правовой реформы// Проблемы осуществления правовой реформы: Тезисы науч.практ конференции. Тюмень.1990. С.3-5.
18. Щербак С.В. Виконавчий процес в Україні: правова природа // *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2013. № 2 (9). С.30-34.
19. Верба-Сидор О.Б. Виконавче провадження у механізмі забезпечення захисту прав особи // Виконавче провадження: теорія та практика: монографія. За заг.ред. Р.Ф. Ханової, С.О. Кравцова, Харьков, 2021. 672 с.
20. Исполнительное производство: Учебник. Под ред. Л.Ф. Лесницкой. М.: Юрид. лит. 1989. 192 с.
21. Мальський М.М. Міжнародний виконавчий процес: теорія та практика: монографія. Дрогобич: Коло, 2019. 470 с.
22. Загальна теорія права: підручник/ О.В. Петришин, Д.В. Лукьянов, С.І. Максимов, В.С. Смородинський та ін.: за ред. О.В. Петришина. Харків: Право, 2020. 568 с.
23. Лушников А.М. Закономерности и тенденции развития права (общеправовой и отраслевой аспекты). Государственно-правовые закономерности: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 23–24 мая 2013 года): в 2 т. / под общ. ред. В.А. Толстика. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2013. Т. 1. С.597-615.
24. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (введение в теорию). Монография. Элиста: НПП "Джагар". 2006. 204 с.
25. Рабінович П.М. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи // Вісник академії правових наук України. 2002. Вип. 4 (31). С.4-9.

References

1. Voplenko, N.N. (2013) O poniatyy hosudarstvenno-pravovыkh zakonomernostei. [On the concept of state and legal laws]. Hosudarstvenno-pravovыe zakonomernosty: teoryia, praktyka, tekhnyka. [State and legal laws: theory, practice, technique], T. 1. (s. 229-239) / Nyzhehorodskaia akademyia MVD Rossyy (in Russian)
2. Kozyubra, M.I. (2018) Pravoznavstvo, nauka, metodolohiia: evoliutsiia pidkhodiv do yikhnikh vzaiemozviazkiv. [Jurisprudence, science, methodology: evolution of approaches to their interrelations]. Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky [*Scientific notes of NaUKMA. Juridical sciences*], T 1. 3-8. (in Ukrainian)
3. Petrishin O.B. (2014) Teoriia derzhavy i prava: pidruch. [Theory of state and law]. H., Pravo, 368 s. (in Ukrainian)
4. Nersesyants V.S. (2001) Yurysprudentsyia [Jurisprudence]. Yurydycheskaia эntsyklopedyia. [Legal encyclopedia]. M., Jurist. 1272 s. (in Russian)
5. Alekseev, S.S. (1971) Sotsyalnaia tsennost prava v sovetskom obshchestve. [The social value of law in Soviet society], M, Yuryd.lyt, [Yurid.lit]. 223 s. (in Russian)
6. Babaev, V.K. (1999) Teoryia hosudarstva y prava: uchebnyk. [Theory of state and law: a textbook] M., Yurid.lit., 255 s.(in Russian)
7. Korelsky, V.M., Perevalov, V.D. (2000) Teoryia hosudarstva y prava: uchebnyk. [Theory of state and law] M.,Norma, 616 s. (in Russian)
8. Baitin, M.I. (2001) Predmet y metod teoryy hosudarstva y prava. [Subject and method of the theory of state and law]. Teoryia hosudarstva y prava: kurs lektsyi. [Theory of state and law: a course of lectures]/ ed. N.I. Matuzova and A.V Malko, M., Jurist. 776 p. (in Russian)
9. Matuzov N.I, Malko A.V. (2004) Teoryia hosudarstva y prava: uchebnyk. [Theory of state and law: textbook]. M., Lawyer, 512 p. (in Russian)
10. Syrykh, V.M. (2012) Ystoryia y metodolohyia yurydycheskoi nauky: Uchebnyk. [History and methodology of legal science: Textbook]. M., Norma Infra, 464 p. (in Russian)
11. Vetyutnev, Yu.Yu. (2004) Hosudarstvenno-pravovыe zakonomernosty: Voprosы teoryy y metodolohyy. [State and legal laws: Questions of theory and methodology]: [dissertacija kand. juryd. nauk] Saratovskaia hosudarstvennaia akademyia prava. [Saratov State Academy of Law], Saratov (in Russian)
12. Bondarenko, B.D. (2018) Zakonomirnosti yak predmet zahalnoi teorii prava. [Regularities as a subject of general theory of law] [dissertacija kand. juryd. nauk] Kyi'vs'kyj nacional'nyj universytet imeni Tarasa Chevchenka [Taras Shevchenko National University of Kyiv], 236 s, Kyi'v. doi: http://scc.univ.kiev.ua/upload/iblock/bad/dis_Bondarenko%20B.D..pdf (in Ukrainian)
13. Monitorynhovyi zvit Ministerstva yustytsii Ukrainy pro provedennia analizu problem ta pidhotovku propozytsii shchodo zniattia moratoriiv, shcho uskladniuiut vykonannia sudovykh rishen. [Monitoring report of the Ministry of Justice of Ukraine on the analysis of problems and preparation of proposals for lifting moratoriums that complicate the implementation of court decisions]. 2021. doi: https://minjust.gov.ua/files/general/2021/07/12/20210712113219-35.pdf (in Ukrainian)
14. Alekseev, S.S. (2008) Obshchaia teoryia prava. [General theory of law]. M.: Prospekt. 565 s. (in Russian)

15. Shcherbak, S.V. (2020) Nauka vykonavchoho protsesu: peredumovy vynyknennia. [The science of executive process: preconditions of occurrence]. Chasopys Kyivskoho universytetu prava. [*Journal of Kyiv University of Law*], 3. 187-191. (in Ukrainian)

16. Gnenny, D. (2021) Chyselnist vykonavtsiv maie rehuliuvatysia rynkom, a ne pidhaniatysia pid shtuchni tsyfry. [The number of performers should be regulated by the market, and not adjusted to artificial figures]. 3. 12-16. https://femida.ua/wp-content/uploads/2021/05/Jurnal_Femida_3_2021_Small_all.pdf) (in Ukrainian)

17. Vlasenko, N.A. (1990) Zakonomernosty razvytyia polytyko-pravovoi reformы. [Regularities of development of political and legal reform]. Problemы osushchestvlenyia pravovoi reformы. [Problems of implementation of legal reform] 3-5. Tiumenskyi yurydycheskyi ynstytut MVD Rossyy, Tiumen (in Russian)

18. Shcherbak, S.V. (2013) Vykonavchyi protses v Ukraini: pravova pryroda [Executive process in Ukraine: legal nature]. Pravovyi visnyk Ukrainskoi akademii bankivskoi spravy [*Legal Bulletin of the Ukrainian Academy of Banking*]., 2 (9). 30-34. (in Ukrainian)

19. Verba-Sidor, O.B. (2021) Vykonavche provadzhennia u mekhanizmi zabezpechennia zakhystu prav osoby. [Enforcement in the mechanism of protection of the rights of the person]. Vykonavche provadgennia: teoria ta practika: [Enforcement: theory and practice] collection of papers with annexes. Ed. by R. Chanova and S. Kravtsov. Kharkiv, Pravo, 672 p. (in Ukrainian)

20. Lesnichkaja, L.F. (1989) Yspolnytelnoe proyzvodstvo: Uchebnyk [Enforcement:]. M., Jurid. lit. 192 s. (in Russian)

21. Malsky, M.M. (2019) Mizhnarodnyi vykonavchyi protses: teoriia ta praktyka. [International executive process: theory and practice]. Drogobich, Kolo, 470 s. (in Ukrainian)

22. Petrishin, O.V. (2020) Zahalna teoriia prava: pidruchnyk. [General theory of law: a textbook] edited by Kharkiv, Pravo, 568 s. (in Ukrainian)

23. Lushnikov, A.M. (2013) Zakonomernosty y tendentsyy razvytyia prava (obshchepravovoi y otraslevoi aspektы). [Regularities and trends in the development of law (common law and industry aspects)]. Hosudarstvenno-pravovыe zakonomernosty: teoryia, praktyka, tekhnyka. [State and legal laws: theory, practice, technique] T. 1. (s.597-615)/ Nyzhehorodskaia akademyia MVD Rossyy (in Russian)

24. Vetyutnev, Yu. (2006) Hosudarstvenno-pravovыe zakonomernosty (vvedenye v teoryiu). [State and legal patterns (introduction to the theory)], Elista, NPP "Jagar". 204 s. (in Russian)

25. Rabinovich, P.M. (2002) Problemy transformatsii metodolohii vitchyznianoho pravoznavstva: dosiahnennia, vtraty, perspektyvy. [Problems of transformation of methodology of domestic jurisprudence: achievements, losses, prospects]. Visnyk akademii pravovykh nauk Ukrainy. [*Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*], 4 (31). 4-9. (in Ukrainian)

Received: 01/08/2021
Accepted: 20/09/2021

S. Shcherbak, PhD (Law), Associate Prof.
Sumy National Agrarian University, Sumy, Ukraine

REGULARITIES AS A SUBJECT OF SCIENCE OF EXECUTIVE PROCESS

The article analyzes the existing positions of scientists of general theoretical jurisprudence on legal laws as a fundamental and rather complex scientific category, which is undeservedly "forgotten" in our time, the interest in which is determined by the needs of practice and the essence of scientific knowledge.

Based on the conceptual principles of general theoretical science, the branch concept of regularities as a subject of science of executive process is offered, taking into account the necessity of development of doctrinal provisions of science of executive process.

It is proved that the formation and formation of the science of the executive process is ahead of the emergence of the relevant branch of law; the place of the executive process in the legal system continues to be considered, because the process of forming the branch of law must be complex and long and thus requires justification and awareness. The essence and features of legal regularities in the general theory of law are revealed, and also their display and value in the course of execution of judicial decisions and decisions of other bodies are defined; such regularities as a subject of science of executive process are specified. It has been clarified that the decisions and decisions of other bodies, have natural connections and relations concerning: creation, actions and improvement of the legislation regulating process of execution of court decisions and decisions of other bodies; practices of application of executive procedural norms (including rules of law enforcement in typical situations, overcoming gaps); use of historical experience of execution of court decisions and decisions of other bodies; use of foreign experience of enforcement of decisions of jurisdictional bodies; the provisions of international legal acts on enforcement (expediency of harmonization and implementation, which will require changes to national legislation); methodological problems of the science of the executive process.

Characterization and classification of branch regularities, depending on criterion of sphere of action in science, of executive process on five kinds are given among which are: natural connection of the simplest phenomena – the executive document, executive procedural legal relations, executive actions; natural connection of complex phenomena, such as the system of executive procedural legislation, the model of the executive process, the methodology of the executive process; regularities inherent in the executive process as a whole (principles of the executive process, stages of the executive process, subjects of the executive process); the natural connection of the executive process with the economy, sociology and other social spheres.

An assessment of new regular connections that arises in the modern executive process, taking into account the signs of dynamic patterns and examples of transformation of patterns that were manifested in the Soviet times and operate in modern times, in particular, fundamental regularities, (which are succession in law, the stability of the legal tradition), and the objective need for formal certainty in law are fragmentarily outlined in the example of the science of executive process, because the executive process was separated from the science of civil procedure and did not absorb its succession, but caused new, its own patterns, which arose simultaneously with the new phenomenon of legal life, and thus acquired a set of legal relations that are not embodied with justice (while the modern prototype of the executive process is associated "with a drone and tow truck", not with Themis, the goddess of justice).

In turn, the subject of the science of executive process is proposed to understand the objectively determined, constant, necessary, and causal links that provide knowledge of the process of execution of court decisions and decisions of other bodies as a legal phenomenon, as well as reflect its deep, essential properties.

The architecture of the subject of science should be determined primarily by the structure of the relevant law, in this case by the Law of Ukraine "On Enforcement", a significant disadvantage of which is the systematic revision and reformatting of its provisions by adopting the law or its new Version changes simultaneously the conceptual bases of activity of executors and considerably complicates formation of theoretical bases of executive process.

It is substantiated, that coincidences, provided that they are repeated, can become a trend, and trends, in turn, can grow into a pattern. The importance of regularities lies in the fact that they are not only the subject of science of the executive process, but also have methodological significance for the executive process as a young branch of legal science, because it is on the basis of regularities that basic scientific provisions become especially relevant in the emergence and development of new branches of legal science.

The paper identifies existing trends such as anthropologization, globalization and deformation and reveals them on the example of the executive process; it outlines the content of coincidences in the science of executive process.

The need for further scientific development of both the actual legal laws and industry laws of the science of the executive.

Process is predicted, taking into account the immensity of the category of laws and giving to it the weight at the present stage of development of the science of the executive process.

Keywords: legal regularities, branch regularities, executive process, tendencies, coincidences.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2021; 4 (119): 123-127
УДК 342
DOI: https:doi.org/10.17721/1728-2195/2021/4.119-23

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2021

Н. Я. Якимчук, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0002-4848-2323
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗМІСТ І СТАН ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ "ФІНАНСОВІ РЕСУРСИ" ТА ЇЇ ЕЛЕМЕНТІВ

Мета роботи – з'ясування змісту і стану законодавчого закріплення правової категорії "фінансові ресурси" та її елементів в Україні. Методологія дослідження – загальнонаукові та спеціальні методи пізнання, зокрема, системно-структурний, діалектичний, формально-логічний, порівняльно-правовий методи. Надано характеристику змісту та форм фінансових ресурсів. З'ясовано, що категорія "фінансові ресурси" є базовим критерієм відмежування фондів коштів від інших видів ресурсних фондів (майнових, інформаційних, природних, трудових тощо), коштом яких досягається певна мета, а їхня вартість визначається у грошовій формі (як у національній, так і в іноземній валюті). Розмежовано поняття "фонди коштів" і "фінансові ресурси", з'ясовано, що відповідний правовий режим фонду коштів обумовлює правові межі використання фінансових ресурсів, які є змістовним, сутнісним наповненням таких фондів.

Основним складовим елементом фінансових ресурсів слід визнавати фінансові активи – кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів. Наголошено, що "кошти" є основним видом фінансових активів, правовою категорією, визначення поняття якої, з огляду на відмінності тлумачення в різних законах, потребує вдосконалення. Зазначено, що поняття "фінансові ресурси" та "фінансові активи" співвідносяться як загальне та часткове, оскільки, по-перше, до фінансових активів законодавцем не віднесено такі ресурси, як банківські метали та дорогоцінне каміння, і, по-друге, до фінансових ресурсів ми відносимо і такі ресурси, вартість яких визначається у валюті (у грошовій формі), які можуть бути закріплені власником на майновому праві за утвореною ним організацією або передані в довірче управління іншому уповноваженому суб'єкту. У результаті аналізу до фінансових ресурсів пропонується відносити валютні цінності, щодо змісту та видів яких у законодавстві також відсутня єдина позиція (міститься вузьке розуміння в Законі України "Про валюту та валютні операції", доповнене у Митному кодексі України, та широке – у Законі України "Про зовнішньоекономічну діяльність". Відмічено, що до фінансових ресурсів з огляду на реалії розвитку економічних відносин запропоновано відносити віртуальні активи. Важливою тенденцією є і те, що правовий режим фонду, до якого мобілізуються фінансові ресурси, законодавець "переносить" на самі фінансові ресурси, що приводить до закріплення таких фінансово-правових понять: "публічні кошти", "бюджетні кошти". Наголошено, що нині перед фінансово-правовою наукою та законодавцем постає питання про допустимість визнання окремих видів фінансових ресурсів такими, на які може поширюватися правовий режим "публічних фінансових ресурсів".

Ключові слова: фінансові ресурси, фінансові активи, кошти, грошові кошти, публічні кошти, валютні цінності, віртуальні активи.

ВСТУП

Термін "***ресурси***" походить від французького "ressource", що означає – допоміжний засіб, тобто щось таке, що може бути використане з певного джерела (запаси, кошти, матеріали тощо) на певні цілі [1]. Економічна категорія "ресурси", як зазначає М. М. Александрова, має ряд основних особливостей: 1) потреба в ресурсах пов'язана з процесом суспільного виробництва та створення споживчої вартості; 2) структура ресурсів динамічна й залежить від розвитку продуктивних сил і виробничих відносин; 3) використання будь-якого виду ресурсів передбачає їхнє вартісне відтворення (ресурси з матеріально-уречевленої форми переходять у вартісну або фінансову) [2, с. 435].

В економічній теорії ресурси прийнято поділяти на чотири групи: природні, матеріальні, трудові, фінанси [3]. У сучасний період до вказаного переліку відносять і немайнові ресурси – інформаційні, зокрема інтелектуальні (об'єкти інтелектуальної власності), які як активи набувають усе більшої ваги та цінності, що проявляється, зокрема у вартості цінних паперів, інших фінансових активів господарюючого суб'єкта. У ст. 47 Господарського кодексу України йдеться про такі види ресурсів: матеріально-технічні, фінансові, трудові, інформаційні, природні та інші [4].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження окремих проявів правової категорії "фінансові ресурси" здійснюється представниками і економічної, і правової науки, зокрема такими вченими: М. Александрова, О. Близнюк, О. Василик, Л. Воронова, Н. Греовський, Я. Дропа, А. Іванова, І. Зятковський, Л. Лачкова, Л. Лахтіонова, М. Петрик, О. Полінкевич, Л. Савченко та ін. Метою ж цієї статті є визначення змісту і стану законодавчого закріплення правової категорії "фінансові ресурси" та її елементів.

ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ

Зміст і форма фінансових ресурсів. Дослідники переважно зміст правової категорії "***фінансові ресурси***" визначають як матеріальні носії фінансових відносин, що дає змогу виділити фінанси із сукупності інших економічних категорій, бо жодна з них не характеризується таким матеріальним носієм [3]. Саме термін "фінансові ресурси" вживається для визначення поняття "бюджет" у п. 1 ч. 1 ст. 2 БК України, під яким розуміється "план формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідно органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду".

Сьогодні існують різні підходи до характеристики поняття "фінансові ресурси":

1) одні вчені, представники фондової теорії, ототожнюють поняття "грошовий фонд" і "фінансові ресурси", якими визначають "грошові фонди, створені у процесі розподілу, перерозподілу і використання валового внутрішнього продукту країни" [5, с. 821]. Таке ототожнення приводить до вживання такого досить поширеного вислову, як "рух фондів коштів", незважаючи на те, що фонд є статичним явищем, ланкою фінансової системи, до якої надходять кошти, що використовуються за цільовим призначенням, тобто свого роду "порталом", банківським рахунком, сховищем тощо, крізь який відбувається рух фінансових ресурсів;

© Якимчук Н. Я., 2021

2) друга група вчених (представники безфондової теорії) розглядають категорію "фінансові ресурси":

а) як об'єкт майнових прав, зокрема як "сукупність коштів, що перебувають у розпорядженні держави та суб'єктів господарювання, характеризують фінансовий стан економіки і водночас є джерелом її розвитку" [6, с. 395];

б) як сукупності об'єктів матеріального світу, тобто здійснюють аналіз їхньої правової сутності у фінансових відносинах, зокрема О. Д. Василик і К. В. Павлюк визнають "фінансовими ресурсами" "грошові накопичення та доходи, що створюються у процесі розподілу та перерозподілу валового внутрішнього продукту й зосереджуються у відповідних фондах для забезпечення безперервності розширеного відтворення та задоволення інших суспільних потреб" [7, с. 17]. Схожої думки притримуються О. П. Близнюк, Л. І. Лачкова, В. І. Оспіщев, які дають розширене визначення сутності фінансових ресурсів, як "сукупності коштів, які перебувають у розпорядженні держави та суб'єктів господарювання, характеризують фінансовий стан економіки і водночас є джерелом їхнього розвитку, формуються за рахунок різних видів грошових доходів, надходжень, відрахувань, а використовуються на розширене відтворення, матеріальне стимулювання, задоволення соціальних та інших потреб суспільства" [8, с. 12];

в) як цінності, відмежовані від інших видів ресурсів, зокрема О. М. Полінкевич та А. Л. Іванова "фінансові ресурси" визначають як сукупність грошових коштів у фондовій та нефондовій формах, які формуються під впливом основного, гуманного капіталу й інформації [3]. Причому Л. А. Лахтіонова визначає "фінансові ресурси" як грошові кошти у формі грошових фондів (статутний фонд, фонд оплати праці, резервний фонд) та у нефондовій формі (використання грошових коштів для виконання фінансових зобов'язань перед бюджетом і позабюджетними фондами, банками, страховими кампаніями тощо) [9, с. 16]. Проте у процесі виконання господарюючим суб'єктом зобов'язань перед бюджетами чи позабюджетними фондами відбувається рух фінансових ресурсів із приватних до публічних фондів коштів, а тому характеристика фінансових ресурсів, як таких, що перебувають у безфондовій формі недостатньо обґрунтована. Так, під час руху такі фінансові ресурси тимчасово перебувають у розпорядженні банківської фінансової установи, але за призначенням вони рухаються з одного фонду в інший;

г) як вартісне вираження майна власника, зокрема Я. Б. Дропа фінансові ресурси національної економіки визначає як "вартісне вираження джерел формування майна (активів) держави, суб'єктів господарювання та домашніх господарств, що мають фондовий і нефондовий характер, формуються у процесі розподілу та перерозподілу ВВП і національного багатства, використовуються для задоволення потреб виробництва та соціально-економічного розвитку суспільства" [10, с. 3].

Таким чином, слід розмежовувати поняття "фонди коштів" та "фінансові ресурси", як форму, на яку поширюється відповідний правовий режим, і змістовне, сутнісне її наповнення.

Так, Н. В. Гаретовський переконаний, що до фінансових ресурсів слід відносити: 1) усі грошові кошти, які наявні в розпорядженні держави та підприємств за певний період, мобілізовані до грошових фондів; 2) кредитні ресурси; 3) резерви грошових коштів [11, с. 27–28].

До критеріїв, яким повинні відповідати ресурси, для віднесення їх до фінансових, належать: 1) джерело створення фінансових ресурсів (розподіл і перерозподіл ВВП); 2) форма виявлення фінансових ресурсів (зосередження у приватних чи публічних фондах коштів); 3) цільове призначення фінансових ресурсів (забезпечення безперервності розширеного відтворення (у сфері приватних фінансів) і задоволення інших суспільних потреб, досягнення загального суспільного інтересу – публічного фінансового інтересу (у сфері публічних фінансів).

Фінансові ресурси, формою виявлення і накопичування яких є фонди грошових коштів, на думку М. Александрової, мають такі характерні ознаки:

– фінансові ресурси як у статичному плані, так і під час руху завжди виражають відношення власності, тобто вони належать державі, Автономній Республіці Крим, відповідній територіальній громаді чи державним, комунальним підприємствам, іншим організаціям, що мають загальносуспільне значення, громадським формуванням чи приватному сектору економіки або населенню;

– фінансові ресурси завжди мають певне джерело створення і певне цільове призначення;

– формування й використання фінансових ресурсів завжди має свій правовий режим (публічно-правовий чи приватно-правовий) і "регламентується законодавчими та нормативними актами" [2, с. 435].

Правове закріплення понять, що пов'язані з категорією "фінансові ресурси". Слід зазначити, що термін "фінансові ресурси" в законодавстві не визначено, проте у ст. 7 Закону України від 10 вересня 1991 р. № 1540-XII протиставляються такі об'єкти власності України –"майнові комплекси" та "фінансові ресурси" [12].

Однак, закріплення отримав термін "валютні цінності", який часто застосовують як тотожний першому. У ст. 193 ЦК України визначено, що види майна, які вважаються валютними цінностями, та порядок учинення правочинів із ними встановлюються законом [13]. Якщо у ст. 1 Закону України "Про валюту та валютні операції" від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII валютні цінності визначено як "національна валюта (гривня), іноземна валюта та банківські метали" [14], то в ч. 1 ст. 4 Митного кодексу України [15] крім зазначених фінансових ресурсів до валютних цінностей також віднесено "платіжні документи та цінні папери (акції, облігації, купони до них, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, інші фінансові та банківські документи), виражені у валюті України, в іноземній валюті або банківських металах". Окрім вищезазначеного, в абз. 3 ст. 1 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" [16] до валютних цінностей (валютних коштів) віднесено також "дорогоцінні камені". До фондів, об'єктом мобілізації до яких є фінансові ресурси, відмінні від грошових коштів (національної та іноземної валюти), слід віднести, наприклад, Державний фонд дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України, функціонування якого передбачено у ст. 1 Закону України "Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними" [17] та у ст. 245 Митного кодексу України [15]. Так, Державний фонд дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України – уся сукупність дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, які перебувають у державній власності та відповідно до законодавства зараховані до нього і призначені для забезпечення державних виробничих, наукових, соціально-культурних та інших потреб, що фінансуються з державного бюджету [17; 18].

Натомість у Законі України "Про фінансові послуги та ринок фінансових послуг" установлено правові засади здійснення суб'єктами надання фінансових послуг операцій із валютними цінностями та закріплено поняття *"фінансові активи"* як "кошти, цінні папери, боргові

зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів" [19]. Відповідно поняття "фінансові ресурси" та "фінансові активи" ми співвідносимо як загальне та часткове, оскільки, по-перше, до фінансових активів не віднесено такі ресурси, як банківські метали та дорогоцінне каміння, і, по-друге, до фінансових ресурсів ми відносимо і такі ресурси, вартість яких визначається у валюті (у грошовій формі), які можуть бути закріплені власником на майновому праві за утвореною ним організацією або передані в довірче управління іншому уповноваженому суб'єкту.

Отже, вважаємо, що саме категорія "фінансові ресурси" є базовим критерієм відмежування фондів коштів від інших видів ресурсних фондів (майнових, інформаційних, природних, трудових тощо), коштом яких досягається певна мета, а їхня вартість визначається у грошовій формі (як у національній, так і в іноземній валюті). Й основною складовою їх є фінансові активи, серед яких саме кошти відіграють визначальну роль.

Законодавче визначення поняття "кошти" ("грошові кошти"). Поняття "***кошти***" в академічному тлумачному словнику тлумачиться як "гроші, капітал, матеріальні цінності" [21]. Відповідно до ч. 5 ст. 139 ГК України "коштами у складі майна суб'єктів господарювання є гроші у національній та іноземній валюті, призначені для здійснення товарних відносин цих суб'єктів з іншими суб'єктами, а також фінансових відносин відповідно до законодавства" [4].

Коли йдеться про кошти публічний фондів коштів, то ознака публічності – правового режиму використання його коштів – "переходить" на такі кошти. Так, у Законі України "Про відкритість використання публічних коштів" від 11 лютого 2015 р. поняття "***публічні кошти***" визначено як "кошти державного бюджету (крім таємних видатків), бюджету Автономної Республіки Крим і місцевих бюджетів, кредитні ресурси, надані під державні та місцеві гарантії, кошти Національного банку України, державних банків, державних цільових фондів, Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а також кошти суб'єктів господарювання державної і комунальної власності, отримані ними від їхньої господарської діяльності" [20].

У ст. 192 ЦК України, яка має назву "*Гроші (грошові кошти)*", установлено, що законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України – гривня, а іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, установлених законом. Гривня як грошова одиниця України (гривня) є єдиним законним платіжним засобом в Україні, приймається усіма фізичними і юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України для проведення переказів і розрахунків [13].

Грошові кошти у ст. 326 ЦК України віднесені до виду майна [13]. Слід зазначити, що довкола такого твердження тривають палкі дискусії.

У свою чергу, у ст. 3 Закону України "Про платіжні системи та переказ коштів в України" визначено термін "кошти", де зазначено, що вони "існують у готівковій формі (формі грошових знаків, які випускаються у формі банкнот і монет, що мають зазначену на них номінальну вартість) або у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках)" [22].

Законодавець до грошових коштів у ч. 4 ст. 14 ГК України відносить також готівку, чеки, рівно з використанням інших форм розрахунків і платіжних карток на території України [4]. Тим самим відбувається невиправдане розширення поняття грошових коштів, оскільки відбувається змішання платіжних інструментів (платіжні картки, форми розрахунків), грошових та зобов'язального характеру фінансових ресурсів (цінних паперів).

М. І. Петрик зазначає, що ототожнюючи фінансові ресурси з грішми, значно звужують поняття "фінансових ресурсів", а "відмінність категорії "фінансові ресурси" від категорії "гроші" полягає в тому, що "фінансові ресурси" опосередковують фінансові відносини, які виникають у процесі розподілу продукту, виробленого суб'єктами господарювання" [23].

Але неправильним є і твердження, що фінансові ресурси є лише грошовими, оскільки вони мають грошовий вираз (оцінюються у грошовому значенні), оскільки вони можуть мати форму грошових коштів та іншу форму – банківських металів, дорогоцінного каміння, цінних паперів. Окрім цього, за критерієм використання фінансові ресурси поділяють на:

– матеріалізовані фінансові ресурси (вкладені в основні засоби, запаси, виробництво, готову продукцію тощо);

– грошові фінансові ресурси (грошові кошти та їхні еквіваленти) [24].

Зважаючи на це, Я. Б. Дропа запропонував таке визначення поняття "*фінансові ресурси національної економіки*" – "це вартісне вираження джерел формування майна (активів) держави, суб'єктів господарювання та домашніх господарств, що мають фондовий і нефондовий характер, формуються у процесі розподілу та перерозподілу ВВП і національного багатства, використовуються для задоволення потреб виробництва та соціально-економічного розвитку суспільства. Фінансові ресурси мають грошову форму вираження" [25, с. 45].

До прикладу, відповідно до ст. 46 Закону України "Про Національний банк України" "для забезпечення внутрішньої і зовнішньої стабільності грошової одиниці України Національний банк має золотовалютний резерв, що складається з таких активів: 1) монетарне золото; 2) спеціальні права запозичення; 3) резервна позиція в МВФ; 4) іноземна валюта у вигляді банкнот і монет або кошти на рахунках за кордоном; 5) цінні папери (крім акцій), що оплачуються в іноземній валюті; 6) будь-які інші визнані в міжнародному порядку резервні активи за умови забезпечення їхньої надійності та ліквідності" [26].

Окрім цього окремим видом фінансових ресурсів може виступати "*віртуальний актив*" – цифрове вираження вартості, яким можна торгувати у цифровому форматі або переказувати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей, поняття якого закріплене в п. 13 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення" від 6 грудня 2019 р. № 361-IX. Щоб об'єкт вважався віртуальним активом, він має відповідати трьом критеріям: наявність вартості (value), можливість до обігу в цифровому форматі (transferability) та можливість до його обміну на інші об'єкти цивільного права (payment or investment purpose). Слід зазначити, що законопроєкт "Про віртуальні активи" (номер реєстрації 3637 від 11.06.2020), прийнятий парламентом 08.09.2021 р. містить таке визначення: "віртуальний актив – сукупність даних в електронній формі, яка має вартість та існує в системі обігу віртуальних активів. Віртуальний актив може бути як самостійним об'єктом цивільного обороту, так і посвідчувати майнові або немайнові права, зокрема, права вимоги на інші об'єкти цивільних прав". Те, що віртуальний актив може посвідчувати майнові або немайнові права та бути об'єктом цивільного обороту, а також може бути зокрема засобом обміну чи переказу, дає нам можливість віднести

його до окремої категорії фінансових ресурсів. Так, у ч. 7 ст. 4 законопроєкту закріплено, що "віртуальний актив, який забезпечений правами власників пайових, боргових, іпотечних, деривативних цінних паперів, деривативних фінансових інструментів, інструментів грошового ринку, є фінансовим віртуальним активом".

ВИСНОВКИ

Саме категорія "фінансові ресурси" є базовим критерієм відмежування фондів коштів від інших видів ресурсних фондів (майнових, інформаційних, природних, трудових тощо), коштом яких досягається певна мета, а їхня вартість визначається у грошовій формі (як у національній, так і в іноземній валюті). Слід також розмежовувати поняття "фонди коштів" і "фінансові ресурси", як форму, на яку поширюється відповідний правовий режим, і змістовне, сутнісне її наповнення.

Основним складовим елементом фінансових ресурсів потрібно визнавати фінансові активи – кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів. Саме "кошти" є основним видом фінансових активів, правовою категорією, визначення поняття якої, з огляду на відмінності тлумачення в різних законах, потребує вдосконалення. Поняття "фінансові ресурси" та "фінансові активи" співвідносяться як загальне та часткове, оскільки, по-перше, до фінансових активів законодавцем не віднесено такі ресурси, як банківські метали та дорогоцінне каміння, і, по-друге, до фінансових ресурсів ми відносимо і такі ресурси, вартість яких визначається у валюті (у грошовій формі), які можуть бути закріплені власником на майновому праві за утвореною ним організацією або передані в довірче управління іншому уповноваженому суб'єкту. Аналогічно до фінансових ресурсів належать валютні цінності, щодо змісту та видів яких у законодавстві також відсутня єдина позиція (міститься вузьке розуміння в Законі України "Про валюту та валютні операції", доповнене у Митному кодексі України та широке – у Законі України "Про зовнішньоекономічну діяльність". Також до фінансових ресурсів з огляду на реалії розвитку економічних відносин слід відносити віртуальні активи. Важливою тенденцією є і те, що правовий режим фонду, до якого мобілізуються фінансові ресурси, законодавець "переносить" на самі фінансові ресурси, що приводить до закріплення таких фнінансово-правових понять як "публічні кошти", "бюджетні кошти". Відповідно, на сьогодні перед фінансово-правовою наукою та законодавцем постає питання про допустимість визнання окремих видів фінансових ресурсів такими, на які може поширюватися правовий режим "публічних фінансових ресурсів".

Список використаних джерел.

1. Зятковський І.В. Теоретичні засади фінансів підприємств. *Фінанси України*. 2000. № 4. С. 21-29.
2. Александрова М.М. Фінансові ресурси, підходи до розуміння та визначення. *Вісник ЖДТУ*. 2007. № 1 (39). С. 434-438.
3. Полінкевич О.М., Іванова А.Л. Суть та роль фінансових ресурсів підприємств у новій економіці. *Економічний форум*. 2015. № 2. С. 308-313. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ecfor_2015_2_50
4. Господарський кодекс України 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text
5. Економічна енциклопедія: У трьох томах. Відп. ред. С. В. Мочерний. Том 3. Київ : *Академія*, 2002. 952 с.
6. Загородній А. Г., Вознюк Г. Л., Смовженко Т. С. Фінансовий словник. Львів: *Центр Європи*, 1997. 576 с.
7. Василик О.Д., Павлюк К.В. Державні фінанси України: підручн. К.: *Центр навчальної літератури*, 2003. 234 с. , С.17.
8. Близнюк О. П., Лачкова Л. І., Оспіщев В. І. та ін. Фінанси: Навчальний посібник ; за ред. В. І. Оспіщева. К.: *Знання*, 2006. 415 с.
9. Лахтіонова Л. Фінансовий аналіз суб'єктів господарювання: монографія . Київ: *КНЕУ*, 2001. 387 с.
10. Дропа Я.Б. Фінансові ресурси розвитку національної економіки України. Дис. Д.ю.н. 08.00.08 – гроші, фінанси і кредит. *Львівський національний університет імені Івана Франка*, Львів, 2017. 278 с.
11. Гаретовский Н. В. Финансы в системе производственных отношений социалистического общества. *Финансы СССР*. 1983. № 11. С. 20-30.
12. Про підприємства, установи та організації союзного підпорядкування, розташовані на території України: Закон України від 10 вересня 1991 року № 1540-XII
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text
14. Про валюту та валютні операції: Закон України від 21 червня 2018 року № 2473-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text
15. Митний кодекс України від 13 березня 2012 року № 4495-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17
16. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року № 959-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text
17. Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними: Закон України від 18 листопада 1997 року № 637/97-ВР https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/637/97-вр;
18. Про порядок формування та зберігання Державного фонду дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння України: Постанова Кабінету Міністрів України від 30.03.1998 № 387. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/387-98-п#Text
19. Про фінансові послуги та ринок фінансових послуг: Законі України 12 липня 2001 року № 2664-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14
20. Про відкритість використання публічних коштів: Закон України від 11 лютого 2015 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/183-19#Text
21. Словник української мови: в 11 томах. Том 4: І-М / ред. тому: А. А. Бурячок, П. П. Доценко, 1973.
22. Про платіжні системи та переказ коштів в України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2346-III URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14
23. Петрик М.І. Економічна суть і призначення фінансових ресурсів у забезпеченні господарської діяльності суб'єкта господарювання. *Актуальні проблеми розвитку економіки регіонів*. 2008. Вип. 4. URL: http://base.dnsgb.com.ua/files/journal/Aktualni-problemy-rozvytku-ekonomiky-regionu/2008_4_1/35.pdf
24. Загородній А.Г., Вознюк Г.Л., Смовженко Т.С. Фінансовий словник. 3-тє вид., випр. та доп. К.: *Т-во "Знання", КОО*, 2000.
25. Дропа Я.Б. Фінансові ресурси розвитку національної економіки України. Дис. д.е.н. 08.00.08 – гроші, фінанси і кредит. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка. 2017. 541 с. URL: http://www.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2017/12/dis_dropa.pdf
26. Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 року № 679-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14
27. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закону України від 6 грудня 2019 року № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text
28. Проект Закону "Про віртуальні активи" (номер реєстрації 3637 від 11.06.2020). Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3637&skl=10

References.

1. Zyatkovsky IV (2000) Teoretychni zasady finansiv pidpryyemstv. (Theoretical principles of enterprise finance). Finansy Ukrayiny (Finance of Ukraine). 2000. № 4. S. 21-29.
2. Aleksandrova M.M. (2007) Finansovi resursy, pidkhody do rozuminnya ta vyznachennya (Financial resources, approaches to understanding and definition). Visnyk ZHDTU (Bulletin of ZhSTU). 2007. № 1 (39). Pp. 434-438.
3. Polinkevich OM, Ivanova A.L. (2015) Sut' ta rol' finansovykh resursiv pidpryyemstv u noviy ekonomitsi (The essence and role of financial resources of enterprises in the new economy). Ekonomichnyy forum (Economic forum). 2015. № 2. pp. 308–313. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ecfor_2015_2_50
4. Hospodars'kyy kodeks Ukrayiny (Commercial Code of Ukraine) January 16, 2003 № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text
5. Ekonomichna entsyklopediya: U tr'okh tomakh (Economic Encyclopedia: In three volumes). Resp. ed. SV Mocherny). Volume 3. Kyiv: Akademiya (Academy), 2002. 952 p.
6. Zagorodniy A.G., Voznyuk G.L., Smovzhenko T.S. (1997) Finansovyў slovnyk. (Financial Dictionary). Lviv: Center of Europe, 1997. 576 p.
7. Vasilik O.D., Pavlyuk K.V. Derzhavni finansy Ukrayiny: pidruchn. (Public Finance of Ukraine: textbook). Kyiv: Center for Educational Literature, 2003. 234 p. , C.17.
8. Bliznyuk O.P., Lachkova L.I., Ospishchev V.I. and others. (2006) Finansy: Navchal'nyў posibnyk ; za red. V. I. Ospishcheva (Finance: Textbook; for order. V.I. Ospishchev). Kyiv : Knowledge, 2006. 415 p.
9. Lakhtionova L. (2001) Finansovyў analiz sub'yektiv hospodaryuvannya: (Financial analysis of business entities): monohrafiya (a monograph). Kyiv: KNEU, 2001. 387 s.

10. Dropa Ya.B. (2017) Finansovi resursy rozvytku natsional'noyi ekonomiky Ukrayiny
(Financial resources for the development of the national economy of Ukraine). Dys. D.yu.n. 08.00.08 – hroshi, finansy i kredyt. L'vivs'kyŭ natsional'nyŭ universytet imeni Ivana Franka (Dis. D.Yu.N. 08.00.08 – money, finances and credit. Ivan Franko National University of Lviv), Lviv, 2017. 278 p.

11. Garetovsky N.V. (1983) Fynansy v systeme proyzvodstvennykh otnoshenyy sotsyalystycheskoho obshchestva (Finance in the system of production relations of socialist society). Fynansy SSSR (Finance of the USSR). 1983. № 11. pp. 20-30.

12. Pro pidpryyemstva, ustanovy ta orhanizatsiyi soyuznoho pidporyadkuvannya, roztashovani na terytoriyi Ukrayiny (On enterprises, institutions and organizations of union subordination located on the territory of Ukraine): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine of September) 10, 1991 № 1540-XII

13. Tsyvil'nyy kodeks Ukrayiny (Civil Code of Ukraine) vid 16 sichnya 2003 roku (of January 16, 2003) № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text

14. Pro valyutu ta valyutni operatsiyi (On currency and currency transactions): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) id 21 chervnya 2018 roku (of June 21, 2018) № 2473-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text

15. Mytnyy kodeks Ukrayiny (Customs Code of Ukraine) vid 13 bereznya 2012 roku (of March 13, 2012) № 4495-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17

16. Pro zovnishn'oekonomichnu diyal'nist' (On foreign economic activity): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 16 kvitnya 1991 roku (of April 16, 1991) № 959-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text

17. Pro derzhavne rehulyuvannya vydobutku, vyrobnytstva i vykorystannya dorohotsinnykh metaliv i dorohotsinnoho kaminnya ta kontrol' za operatsiyamy z nymy (On state regulation of extraction, production and use of precious metals and precious stones and control over operations with them): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 18 lystopada 1997 roku (of November 18, 1997) № 637/97-BP https://zakon.rada.gov.ua/rada/show / 637/97-vr;

18. Pro poryadok formuvannya ta zberihannya Derzhavnoho fondu dorohotsinnykh metaliv i dorohotsinnoho kaminnya Ukrayiny (On the procedure for forming and storing the State Fund of Precious Metals and Precious Stones of Ukraine): Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny (Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine) vid 30.03.1998 (of March 30, 1998) № 387. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/387-98-p #Text

19. Pro finansovi posluhy ta rynok finansovykh posluh (On financial services and the financial services market): Zakoni Ukrayiny (Law of Ukraine) 12 lypnya 2001 roku (of July 12, 2001) № 2664-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14

20. Pro vidkrytist' vykorystannya publichnykh koshtiv (On openness of use of public funds): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 11 lyutoho 2015 roku (of February 11, 2015). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/183-19#Text

21. Slovnyk ukrayins'koyi movy: v 11 tomakh (1973). Tom 4: I-M / red. tomu: A. A. Buryachok, P. P. Dotsenko (Dictionary of the Ukrainian language: in 11 volumes (1973). Volume 4: I-M / ed. therefore: AA Buryachok, P.P. Dotsenko),

22. Pro platizhni systemy ta perekaz koshtiv v Ukrayiny (On Payment Systems and Funds Transfer in Ukraine): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 5 kvitnya 2001 roku (of April 5, 2001) № 2346-III URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14

23. Petrik M.I. (2008) Ekonomichna sut' i pryznachennya finansovykh resursiv u zabezpechenni hospodars'koyi diyal'nosti sub"yekta hospodaryuvannya (The economic essence and purpose of financial resources in ensuring the economic activity of the business entity). Aktual'ni problemy rozvytku ekonomiky rehioniv (Current problems of economic development of regions). 2008. Vip. 4. URL: http://base.dnsgb.com.ua/files/journal/Aktualni-problemy-rozvytku-ekonomiky-regionu/2008_4_1/35.pdf

24. Zagorodniy A.G, Voznyuk G.L, Smovzhenko T.S (2000) Finansovyŭ slovnyk.3-tye vyd., vypr. ta dop. (Financial dictionary. 3rd ed., Corr. and ext). Kyiv : T-vo "Znannya", KOO, 2000.

25. Dropa Ya.B. (2017) Finansovi resursy rozvytku natsional'noyi ekonomiky Ukrayiny (Financial resources for the development of the national economy of Ukraine). Dys. d.e.n. 08.00.08 – hroshi, finansy i kredyt. L'viv: L'vivs'kyy natsional'nyy universytet imeni Ivana Franka (Dis. d.e.n. 08.00.08 – money, finances and credit. Lviv: Ivan Franko National University of Lviv). 2017. 541 p. URL: http://www.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2017/12/dis_dropa.pdf

26. Pro Natsional'nyy bank Ukrayiny (On the National Bank of Ukraine): Zakon Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 20 travnya 1999 roku (of May 20, 1999) № 679-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14

27. Pro zapobihannya ta protydiyu lehalizatsiyi (vidmyvannyu) dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shlyakhom, finansuvannyu teroryzmu ta finansuvannyu rozpovsyudzhennya zbroyi masovoho znyshchennya (On prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime, financing of terrorism and financing of proliferation of weapons of mass destruction): Zakonu Ukrayiny (Law of Ukraine) vid 6 hrudnya 2019 roku (of December 6, 2019) № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text

28. Proekt Zakonu "Pro virtual'ni aktyvy" (Draft Law "On Virtual Assets") (nomer reyestratsiyi (registration number) 3637 vid (dated) 11.06.2020). Ofitsiynyy sayt Verkhovnoyi Rady Ukrayiny (Official site of the Verkhovna Rada of Ukraine). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3637&skl=10

Received: 08/10/2021
Accepted: 23/10/2021

N. Iakymchuk, Dr. Sc. (Law), Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE CONTENT AND STATE OF LEGISLATIVE CONSOLIDATION OF THE LEGAL CATEGORY OF "FINANCIAL RESOURCES" AND ITS ELEMENTS

The purpose of the work is to clarify the content and state of legislative consolidation of the legal category "financial resources" and its elements in Ukraine. To the research methodology belong: general scientific and special methods of cognition, in particular, system-structural, dialectical, formal-logical, and comparative-legal methods. The characteristic of the maintenance and forms of financial resources is given. It was found that the category of "financial resources" is the basic criterion for distinguishing funds from other types of resource funds (property, information, natural, labor, etc.), which achieve a certain goal, and their value is determined in cash (in national or in foreign currency). The paper distinguishes between the concepts of "funds" and "financial resources" as a form to which the relevant legal regime applies, and its substantive, essential content.

The main component of financial resources should be recognized as financial assets – funds, securities, debt obligations and the right to claim debts that are not classified as securities. It is emphasized that "funds" is the main type of financial assets, a legal category, the definition of which, gives the differences in interpretation in various laws and needs to be improved. It is emphasized that the concepts of "financial resources" and "financial assets" are related as general and partial, because, firstly, financial assets do not include such resources as bank metals and precious stones, and, secondly, we do not include to financial such resources, the value of which is determined in foreign currency (in cash), which can be assigned by the owner of the property right to the organization formed by him or transferred to the trust management of another authorized entity. As a result of the analysis, it is proposed to include currency values in terms of financial resources, the content and types of which are also missing a single position in the legislation (there is a narrow understanding in the Law of Ukraine. It is noted that in view of the realities of economic relations development it is proposed to include virtual assets. An important trend is that the legal regime of the fund,to which financial resources are mobilized, leads to the consolidation of such financial and legal concepts as "public funds", "budget funds", "public financial resources".

Keywords: financial resources, financial assets, funds, cash, public funds, currency values, virtual assets.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ / THE INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Андріїв Василь Михайлович / Andriiv Vasily
д-р юрид. наук, проф., проф. кафедри трудового права та права соціального забезпечення ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-9118-763X
avm2009@ukr.net

Бабич Яна Сергіївна / Babych Yana
асп. кафедри службового та медичного права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3616-5515
Babychyana@gmail.com

Венедіктов Сергій Валентинович / Venediktov Serhii
д-р юрид. наук, доц., проф. кафедри трудового права та права соціального забезпечення ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-0967-5085
venediktov@ukr.net

Горбань Наталія Сергіївна / Horban Nataliia
канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3201-498X
nataliiagorban66@gmail.com

Даниленко Богдан Вікторович / Danylenko Bohdan
канд. юрид. наук, адвокат
ORCID ID: 0000-0003-4314-9051
Київ, Україна
danilenko1@ukr.net

Євстігнєєв Андрій Сергійович / Yevstihnieiev Andrii
д-р юрид. наук, доц., проф. кафедри конституційного права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
Член Центральної виборчої комісії
ORCID ID: 0000-0001-6994-1069
andriy.yevstigneyev@gmail.com

Заярний Олег Анатолійович / Zaiarnyi Oleh
д-р юрид. наук, доц., проф. кафедри інтелектуальної власності та інформаційного права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
Національний експерт Офісу Ради Європи в Україні
ORCID ID: 0000-0003-4549-7201
oleganalitik.knu@gmail.com

Златіна Ніна Едуардівна / Zlatina Nina
канд. юрид. наук, доц., доц. кафедри менеджменту та маркетингу
Київський національний лінгвістичний університет, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-7674-9793
zlatina.nina@gmail.com

Майданик Наталія Іванівна / Maydanyk Nataliia
канд. юрид. наук, доц., проф., проф., професор кафедри цивільного права ННІ права
Юридичний інститут Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-8277-7256
natalimaydanyk@ukr.net

Майданик Роман Андрійович / Maydanyk Roman
д-р юрид. наук, проф.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-1661-0535
roman.maydanyk@gmail.com

Мяловицька Ніна Анатоліївна / Mialovytska Nina
д-р юрид. наук, проф., проф. кафедри конституційного права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-2861-9879
ep2952@gmail.com

Некрутенко Владіслав Романович / Nekrutenko Vladislav
асп. ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-1333-5032
v.nekrutenko@protonmail.com

Остапенко Ганна Зіновіївна / Ostapenko Hanna
канд. юрид. наук, доц. кафедри інтелектуальної власності, заступник директора з наукової роботи ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-0529-2551
a.ogneviuk@gmail.com

Повар Павло Олександрович / Povar Pavlo
канд. юрид. наук, доц., доц. кафедри господарського права та господарського процесу Інституту права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-2057-5528
povarpo10@gmail.com

Попова Наталія Романівна / Popova Nataliia
канд. юрид. наук, докторант
Науково-дослідний інститут приватного права та підприємництва імені Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-9187-4157
nr_popova@ukr.net

Прилуцький Сергій Валентинович / Prylutskyi Serhii
д-р юрид. наук, доц. кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-5019-6975
priluckiys77@gmail.com

Птащенко Дмитро Сергійович / Ptaschenko Dmitro
канд. юрид. наук, асист. кафедри кримінально-правової політики та кримінального права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509
dimitrij9@gmail.com

Савчук Сергій Петрович / Savchuk Serhii
асп.
Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3162-2369
sergiy_savchuk@yahoo.com

Сахарук Ірина Сергіївна / Sakharuk Iryna
канд. юрид. наук, доц., доц. кафедри трудового права та права соціального забезпечення, мол. наук. співроб. ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-9146-2491
sakharuk.ira@gmail.com

Севрюков Денис Георгійович / Sevriukov Denys
д-р юрид. наук, проф., проф. кафедри теорії та історії права та держави ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-4106-6375
sevrukov.denis@gmail.com

Сіньова Людмила Миколаївна / Sinova Liudmyla
канд. юрид. наук, доц., доц. кафедри трудового права та права соціального забезпечення ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-5514-3549
Sinyova@ukr.net

Січка Вікторія Романівна / Sichka Viktoriia
магістр
Львівський національний університет імені Івана Франка, м. Львів, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3864-3381
vikasichka@gmail.com

Стефанчук Марина Миколаївна / Stefanchuk Maryna
д-р юрид. наук, доц., проф. кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-6239-9091
stefmaryna@gmail.com

Угриновська Оксана Іванівна / Ugrunovska Oksana
канд. юрид. наук, доц. кафедри цивільного права та процесу
Львівський національний університет імені Івана Франка, м. Львів, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3642-5903
oksana.ugrunovska@gmail.com

Шульгін Володимир Вікторович / Shulhin Volodymyr
канд. юрид. наук, доц. кафедри військово-спеціальної підготовки факультету післядипломної освіти Військового інституту
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-8507-453X
vshulgin@ukr.net

Щербак Світлана Володимирівна / Shcherbak Svitlana
канд. юрид. наук, доц., доц. кафедри правосуддя
Сумський національний аграрний університет, м. Суми, Україна
ORCID ID: 0000-0002-9969-3817
svetamargo31@ukr.net

Якимчук Наталія Яківна / Iakymchuk Nataliia
д-р юрид. наук, проф., проф. кафедри фінансового права ННІ права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-4848-2323
n.yakymchuk@ukr.net

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 4 (119)

Редактор *Л. Магда*

Редактор англійської мови *О. Дунаєвська*

Оригінал-макет виготовлено ВПЦ "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.
Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали.

Формат 60x84 1/8. Ум. друк. арк. 15,22. Наклад 300. Зам. № 221-10300.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 4.
Підписано до друку 27.10.21

Видавець і виготовлювач
ВПЦ "Київський університет"
Б-р Тараса Шевченка, 14, м. Київ, 01601, Україна
☎ (38044) 239 32 22; (38044) 239 31 72; тел./факс (38044) 239 31 28
e-mail:vpc_div.chief@univ.net.ua; redaktor@univ.net.ua
http: vpc.knu.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02