ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 3(122)/2022

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	Л. С. Малярчук, канд. юрид. наук, доц. (Україна) (відп. редактр.); 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); Т. О. Дідич, д-р юрид. наук, проф. (Україна); І. А. Діковська, д-р юрид. наук, проф. (Україна); Л. Евро, д-р юрид. наук, проф. (Швеція); О. А. Заярний, д-р юрид. наук, доц. (Україна); І. О. Ізарова, д-р юрид. наук, проф. (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); Л. Ю. Малюга, д-р юрид. наук, доц. (Україна); І. А. Мацелюх, д-р юрид. наук, доц. (Україна); В. В. Носік, д-р юрид. наук, проф. (Україна); 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); І. С. Сахарук, канд. юрид. наук, доц. (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); Ю. С. Шемшученко, 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 28.07.22 (протокол № 17)
Включено	до Переліку наукових фахових видань України (категорія "Б"), галузь науки – юридична, код (шифр) спеціальності – 081 Наказ Міністерства освіти і науки України № 409 від 17.03.20
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", 2022

BULLETIN
OF TARAS SHEVCHENKO NATIONAL UNIVERSITY OF KYIV

ISSN 1728-2195

LEGAL STUDIES 3(122)/2022

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	Associate Prof. Maliarchuk Liubov (PhD, Managing Editor) (Ukraine); Prof. Bobrovnyk Svitlana (Ukraine); Prof. Cornelis Hendrik (Remco) Van Rhee (the Netherlands); Prof. Vasylchenko Oksana (Ukraine); Dr Vashchenko Yuliya (Ukraine); Dr Gascón-Inchausti Fernando (Spain); Associate Prof. Hrevtsova Radmyla (Ukraine); Prof. Huberska Natalia (Ukraine); Dr Davulis Tomas (Lithuania); Prof. Didych Taras (Ukraine); Dr Dikovska Iryna (Ukraine); Prof. Ervo Laura (Sweden); Dr Zaiarnyi Oleg (Ukraine); Prof. Izarova Iryna (Ukraine); Associate Prof. Kovalchuk Tetiana (Ukraine); Dr Kodynets Anatolii (Ukraine); Dr Kuchma Olha (Ukraine); Associate Prof. Lupoi Michele Angelo (Italy); Prof. Maydanyk Roman (Ukraine); Dr Malyuga Lesya (Ukraine); Dr Matseliukh Ivanna (Ukraine); Prof. Nosik Volodymyr (Ukraine); Associate Prof. Ostapenko Hanna (PhD) (Ukraine); Dr Otradnova Olesia (Ukraine); Dr Prylutskyi Serhii (Ukraine); Prof. Rieznikova Victoria (Ukraine); Associate Prof. Sakharuk Iryna (PhD) (Ukraine); Prof. Silvestri Elisabetta (Italy); Prof. Uzelac Alan (Croatia); Prof. Khotynska-Nor Oksana (Ukraine); Prof. Shemshuchenko Yuriy (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 17 of 28 July 2022)
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", 2022

ЗМІСТ

Бондарєва М., Мельник І., Рабовська С.
Адвокат у цивільному судочинстві: практичні аспекти представництва 5

Вавженчук С., Гришина Ю., Мидель А.
До питання розуміння засобів захисту прав працівника від неправомірного звільнення 12

Венедіктов С.
Щодо запобігання індивідуальним трудовим спорам 16

Гринчук В.
Вищий суд з питань інтелектуальної власності: проблеми та перспективи діяльності 20

Корнієнко М.
Актуальні проблеми застосування окремих інноваційних технологій
у процесі розгляду клопотань про визнання
та надання дозволу на примусове виконання рішень іноземних судів 25

Костюченко О., Ахтирська Н.
Міжнародні стандарти правової регламентації судової експертизи та їх впровадження в Україні 31

Кравцов С.
Джерела міжнародного комерційного арбітражу: сучасні тренди та тенденції розвитку 41

Мацелюх І.
Зародження та еволюція дискреційних повноважень в системі управління католицької церкви 47

Машкова В.
Окремі питання здійснення захисту авторських та суміжних прав
організаціями колективного управління у судовому порядку 51

Плахотнік О.
Співробітництво прокуратури України з міжнародним кримінальним судом 56

Прилуцький С.
Принцип судової спеціалізації через призму концепту природного суду 64

Птащенко Д.
Порушення під час проєктування чи будівництва правил,
що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд:
кримінально-правова характеристика з урахуванням дії воєнного стану 73

Радченко Л.
Умови про права інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору 80

Спиридонова К.
Неарбітрабельності спорів: проблеми визначення 84

Шляхов І.
Бюджетне зобов'язання, його поняття та ознаки 89

Інформація про авторів 95

CONTENTS

Bondareva M., Melnyk I., Rabovska S.
Lawyer in Civil Proceedings: Practical Aspects of Representation 5

Vavzhenchuk S., Hryshyna YU., Mydel A.
On the Question of Remedies Available to the Employee in Case of Unlawful Dismissal 12

Venediktov S.
Concerning the Prevention of Individual Labour Disputes 16

Grynchuk V.
The High Court on Intellectual Property Issues: Problems and Prospects of Activity 20

Korniienko M.
Actual Problems of Applying of Some Innovative Technologies
in the Process of Consideration of the Applications for Recognition and Granting of Permission
for Compulsory Enforcement of Foreign Judgments 25

Kostiuchenko O., Akhtyrska N.
International Standards of Legal Regulations of Forensic Expertise
and their Implementation in Ukraine 31

Kravtsov S.
Sources of International Commercial Arbitration:
Current Trends and Development Tendencies 41

Matseliykh I.
The Emergence and Evolution of Discretionary Authorities
in the Administration System of Catholic Church 47

Mashkova V.
Problems of Implementation of Judicial Protection of Subject's Copyright
and Related Rights by Means of Collective Management Organization 51

Plakhotnik O.
Cooperation of the Prosecutor's Office of Ukraine with the International Criminal Court 56

Prylutskyi S.
Principle of Judicial Specialization Through the Prism of the Concept of the Natural Court 64

Ptaschenko D.
Violations During the Design or Construction
of the Rules Concerning the Safe Operation of Buildings and Structures:
Criminal and Legal Characteristics Considering the Effect of Martial Law 73

Radchenko L.
Terms of Intellectual Property Rights in the Contents of the Marriage Agreement 80

Spyrydonova K.
Non-arbitrability of Disputes: Problems of Definition 84

Shliakhov I.
Budget Obligations, its Definition and Features 89

The Information about the Authors 95

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 5-11
УДК: 347.965
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-1

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

М. Бондарєва, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-3170-1307
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
І. Мельник, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-7163-7063
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
С. Рабовська, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0001-6147-5251
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

АДВОКАТ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ПРЕДСТАВНИЦТВА

З моменту становлення самостійної Української держави спостерігаються численні спроби модернізації й удосконалення процесуального законодавства, а також законодавства, що ним врегульовано принципи, завдання діяльності та організаційно-правову структуру адвокатури. Такі спроби мають на меті запровадження і вдосконалення в Україні системи справедливого та ефективного правосуддя, забезпечення реалізації права доступу до суду, зокрема й за рахунок звернення до міжнародних стандартів. Але в обов'язковій прив'язці до власне українського досвіду й сучасного стану справ.

Наслідком такого реформування є поява нових форм, конструкцій і процесуальних інститутів, наприклад, інституту врегулювання спорів за участю судді.

Водночас на сторони судового процесу і адвокатів як їхніх представників покладається не тільки обов'язок опановувати нові інструменти захисту права, але й на власному досвіді випробовувати недосконалості нового законодавства. І, на жаль, постійні кардинальні зміни в судовій практиці, які не завжди мають належні підстави й досконалу правову аргументацію. А всі ці аспекти разом руйнують на практиці принцип правової визначеності – один з підпринципів принципу верховенства права, який відповідно до ч. 1 ст. 8 Конституції України визнається і діє в Україні.

Мета цієї наукової розвідки має теоретико-прикладний характер: на підставі аналізу судової практики показати недосконалість процесуального закону та тенденції хаотичності зміни практичного правозастосування – без належних підстав і обґрунтування, а також запропонувати шляхи до розв'язання цих проблем. При цьому панорамний зріз практичних кейсів обрано авторками довільно і не претендує на повноту. Він сформований за результатами аналітичних досліджень та систематизації судової практики Верховного Суду.

Під час формування і подання матеріалу використано метод судових кейсів, що дозволило структурувати матеріал за напрямами недосконалості в законодавстві і окремо, змін у практичному правозастосуванні. Матеріал подається як приклад роботи гіпотетичного адвоката, який представляє інтереси конкретної особи, якби його можливості висловити незгоду із судовим рішенням могли б вийти за межі судового процесу.

На основі аналізу норм цивільного процесуального закону й конкретних судових рішень зроблено висновок, що негативні фактори, якими є відповідна якість закону й не завжди виправдана змінювана судова практика, впливають на довіру суспільства до судової гілки влади. Переламати ситуацію одними реформами неможливо. Потрібна більша адвокатська активність через свої самоврядні інституції і розроблення доктрини. Саме останній меті і прислуговується ця наукова розвідка – як аналітична компонента.

Ключові слова: адвокат, представництво інтересів, цивільне судочинство, урегулювання спорів за участю судді, тягар доведення недостовірності поширеної інформації, відступ від правових позицій.

Вступ. Нові редакції процесуальних кодексів, зокрема Цивільного процесуального кодексу України, набрали чинності 15 грудня 2017 року.

На сьогодні новели кодексу на доктринальному рівні роз'яснено, зокрема й у кореляції з Законом України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" [1, с. 102–110], що в загальних рисах дозволяє визначитись із правовим статусом адвоката в цивільному судочинстві. Зокрема, приділено увагу законодавчому запровадженню так званої "адвокатської монополії" (ст. 131-2 Конституції України [2], ст. 15 ЦПК України [3]), а також на роз'ясненню понять "правнича допомога" і "професійна правнича допомога" [4, с. 73–78]. Дуже якісне реферування наукових поглядів на співвідношення наведених понять містить на той момент студентська робота А. Гудової [5]. Слід зазначити, оглядаючи науковий доробок колег із цього питання, що автори не ставлять за мету відстежити й проаналізувати всі наукові роботи й розвідки, але окреслити панорамний зріз проблематики, яка становила науковий інтерес.

Зокрема, здійснене законодавцем розмежування статусу адвоката як учасника судового процесу, але не як учасника справи (порівняння змісту статей 42 та 58, 60 ЦПК [3]) – із наданням йому всіх прав особи, щодо якої здійснюється представництво, і якими ця особа відповідно до цивільного процесуального законодавства володіє. Ця законодавча новела висвітлена в наукових працях, але чого насправді бракує на сьогодні – аналізу нововведення в практичній площині.

Із проєктної документації не вбачається спрямування логіки законодавця під час введення такого розмежування, але її можна легко сформулювати замість нього. Адвокат здійснює договірне представництво інтересів особи, виконує окрему процесуальну функцію і не може, навіть у процесуальному плані, ототожнюватись з клієнтом. Резюмуючи: адвокат діє в парадигмі договору "адвокат – клієнт", а також у межах реалізації процесуальних прав і обов'язків учасника судового процесу. При цьому практикуючі адвокати постійно загострюють увагу на тому [5], що за умови домінантності інтересів клієнта адвокат діє в межах повноважень, наданих йому особою, інтереси якої він покликаний представляти.

Утім, якщо керуватися принципом, що в тексті закону воля законодавця викладена точно й досконало, виходя-

© Бондарєва М., Мельник І., Рабовська С., 2022

чи з критерію "якості закону", то результати правозастосування вказують на неузгодженості. А саме практика є мірилом якості закону, за умови відсутності корупційної складової й неухильного дотримання принципів здійснення судочинства. І тому саме практичному правозастосуванню буде приділено більшу увагу в цій статті.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 58 ЦПК України [3] учасники справи можуть "брати участь у судовому процесі особисто (самопредставництво) та (або) через представника". Авторки не дарма навели цитату із зазначеної норми, аби підкреслити: наявність сполучника "або" поряд зі сполучником "та" вказує на можливість сторони у справі не брати участі в судовому процесі, обмежившись тільки участю представника, яким може бути адвокат (ч. 1 ст. 60 ЦПК України), і який наділений правами та обов'язками особи, яку він представляє ("здійснює від імені особи, яку він представляє, її процесуальні права і обов'язки" – ч. 1 ст. 64 ЦПК України).

Системно аналізуючи наведені правові норми, можна дійти таких висновків: а) законодавець розділяє статус сторони у справі та адвоката як представника, оскільки першого вважає учасником справи, а другого – учасником судового процесу; б) законодавець наділяє адвоката статусом представника, дозволяючи йому, за бажанням клієнта, самостійно представляти його права й законні інтереси під час розгляду й вирішення судових справ. Конструкція зрозуміла. Але є і специфіка.

Візьмемо до прикладу новелу Цивільного процесуального кодексу – інститут урегулювання спору за участі судді. Попри суперечки щодо правової природи цього інституту і внесення унормування саме до ЦПК України [6], нововведення видається корисним, з іще не розкритим, але потужним потенціалом. Водночас унормування цього інституту в кореляції з наведеним вище видається дещо неузгодженим. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦПК України врегулювання спору за участі судді здійснюється у формі нарад: спільні наради проводяться за участю судді, сторін та їхніх представників. Натомість закриті – за ініціативою судді "з кожною зі сторін окремо". Таке положення Кодексу не корелюється з іншим положенням – правом сторони передати ведення справи своєму представникові, не беручи в ній особистої участі. Застосовуючи буквальне тлумачення норми ч. 1 ст. 203 ЦПК України, можна стверджувати, що право сторони брати участь у розгляді справи під час урегулювання спору за участю судді особисто або через представника залежить від ініціативи судді, оскільки ініціатива скликати закриті наради належить саме судді і він має право закликати сторону особисто брати участь у судовому процесі, оскільки норма ч. 1 ст. 203 ЦПК України визначає суб'єктний склад таких нарад – сторони, і без вказання на можливу участь представників сторін. Але це не так і на практиці буквально не застосовується.

Водночас недосконалість у процесі нормотворення (або недбалість законодавця) породжує інше питання практичного спрямування. Як уже зазначалось, представник наділяється всім комплексом прав і обов'язків особи, яку він представляє. І таке представництво він може здійснювати самостійно, без участі особи, інтереси якої він представляє. Але, володіючи всім комплексом прав особи, адвокат, що її представляє, не може поміняти свій статус учасника судового процесу на статус учасника справи, тому на підставі прямої вказівки ч. 1 ст. 203 ЦПК України не може брати участь у закритих нарадах під час урегулювання спору за участі судді. Таким чином треба буквально тлумачити норму процесуального закону.

Складно сказати, чи простежується у цьому логіка законодавця забезпечити конфіденційність спілкування сторін із суддею, або неточність. Водночас, маючи право брати участь у закритих нарадах відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦПК України, сторона буквально і формально не може передати його своєму представникові – через вказання суб'єктного складу таких нарад. При цьому можна апелювати до права сторони користуватись правничою допомогою (ст. 15 ЦПК України) і неможливості позбавити особу цього права в принципі, у контексті волі сторони особисто не брати участі в процесі розгляду її справи. За відсутності вказівки в нормі ч. 1 ст. 58 ЦПК України на випадки, встановлені законом, коли можливо лише самопредставництво. Навпаки, ч. 2 ст. 58 ЦПК України визначає, що "особиста участь у справі особи не позбавляє її права мати в цій справі представника" [3]. І – як контраргумент – на системний аналіз суб'єктного складу відкритих і закритих нарад у процесі врегулювання спору за участі судді (ч. 1 ст. 203 ЦПК України). Але це все буде тлумаченням, причому – довільним.

Відповідно до ч. 4 ст. 62 ЦПК України [3] повноваження адвоката в цивільному процесі підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України "Про адвокатуру і адвокатську діяльність" [7].

Шаблонний текст довіреності формується за рахунок, зокрема, перелічення повноважень представника-адвоката в суді, і на повноваженнях представництва інтересів клієнта під час реалізації процедури врегулювання спору за участі судді можна зробити акцент окремо. Окрім того, текст довіреності підписується клієнтом. Якщо ж ідеться про ордер на представництво інтересів в суді, – то і старим Положенням про адвокатський ордер (п. 14) [8] і чинним на сьогодні (п. 12.8) [9] обов'язковим реквізитом ордера є зазначення обмежень повноважень адвоката як представника, якщо такі обмеження передбачені угодою про надання правничої допомоги. У нашому випадку обмеження випливає з буквального тлумачення закону. При цьому адвокат як особа, яка самостійно генерує ордер, несе відповідальність за достовірність викладених у ньому даних [9].

Але не тільки лакуни й неузгодженість правових норм перешкоджають адвокатам належним чином й ефективно здійснювати свої професійні обов'язки, маючи на увазі, що їхньою кінцевою метою є надання правничої допомоги особам, які її потребують. Відповідно до правил адвокатської етики (ст.ст. 13, 18) адвокату забороняється гарантувати клієнту результат судового процесу (зі зрозумілих причин), а тільки інформувати клієнта про правові перспективи вирішення його справи – з огляду на вимоги закону, правозастосовчу практику й фактичні обставини справи. І такий обов'язок адвоката, як убачається, залежить від цілої низки факторів: компетентності самого адвоката, добросовісності клієнта у неприховуваності інформації, а також і від сталості судової практики. А щодо останнього – є свої нюанси і специфіка [10].

Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" Верховний Суд "забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та способом, що визначені процесуальним законом". [11] Зокрема, з-поміж іншого, реалізується принцип юридичної визначеності. Норма ч. 4 ст. 263 ЦПК України зобов'язує суди всіх рівнів під час вибору й застосування норм права враховувати висновки щодо їх застосування, викладені в постановах Верховного Суду [3].

Перший кейс, який хотілося би проаналізувати, стосується "презумпції добропорядності" у справах про захист честі, гідності і ділової репутації. І для цього темпоральні рамки аналізу слід дещо розширити.

6 травня 1993 р. було ухвалено Закон "Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян і організацій" [12], яким ст. 7 ЦК Української РСР було викладено у новій редакції. Частина 1 згаданої статті зазначала: "громадянин або організація мають право вимагати по суду спростування відомостей, що не відповідають дійсності або викладені неправдиво, які порочать їхню честь і гідність чи ділову репутацію або завдають шкоди їхнім інтересам, якщо той, хто поширив такі відомості, не доведе, що вони відповідають дійсності" [13]. Як убачається, у нормі закону було закладено конструкцію (якщо той, хто поширив, не доведе достовірність поширеної інформації), яка згодом буде названа "презумпцією добропорядності" щодо подібної правової конструкції.

Новий Цивільний кодекс України містив статтю 277 – спростування недостовірної інформації. Частина перша стосувалась суб'єктного складу правовідносин і підстав вимагати реалізації права на відповідь та спростування поширеної інформації. Частина 3 статті 277 ЦК України вводила новелу (презумпція недостовірності негативної інформації), не схвалену фахівцями в галузі інформаційного права [14]. Законом України від 22 грудня 2005 року "Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо права на інформацію" частину 3 статті 277 ЦК України було логічно доповнено словами "якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного" [15]. Фактично було сформульовано конструкцію, застосовану в ст. 7 ЦК УРСР. Логічно через те, що як і будь-яка презумпція, конструкція "негативна інформація вважається недостовірною" існує, допоки не буде доведено протилежне. Доведено в судовому процесі шляхом надання відповідних доказів. Але через деякі зловживання цією нормою на практиці логічною видалась зміна норми Законом від 22 грудня 2005 року.

Урешті-решт, ця законодавча еквілібристика одним із наслідків мала встановити, на кого покладається тягар доведення достовірності (недостовірності) поширеної інформації. У разі застосування конструкції "якщо поширювач не доведе достовірність інформації" тягар, безумовно, покладався на поширювача – потенційного відповідача, і про це зазначалось прямо в нормі закону. В іншому випадку, як згодом показала практика, можливі варіанти.

27 лютого 2009 р. Пленумом Верховного Суду України було ухвалено постанову № 1 "Про судову практику про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи" [16]. Відповідно до абзаців 5, 6 п. 15 Постанови "згідно з частиною третьою статті 277 ЦК негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного (презумпція добропорядності). Негативною слід вважати інформацію, у якій стверджується про порушення особою, зокрема, норм чинного законодавства, вчинення будь-яких інших дій (наприклад, порушення принципів моралі, загальновизнаних правил співжиття, неетична поведінка в особистому, суспільному чи політичному житті тощо) і яка, на думку позивача, порушує його право на повагу до гідності, честі чи ділової репутації. Спростування поширеної недостовірної інформації має відбуватись незалежно від вини особи, яка її поширила". Таким чином Пленум Верховного Суду України роз'яснив положення ч. 3 ст. 277 ЦК України.

Водночас у Постанові міститься (п. 18) і загальний висновок Пленуму щодо особи, на яку покладається тягар доведення достовірності інформації, поширюваний на весь обсяг норм всіх частин ст. 277 ЦК України: "згідно з положеннями статті 277 ЦК і статті 10 ЦПК обов'язок довести, що поширена інформація є достовірною, покладається на відповідача, проте позивач має право подати докази недостовірності поширеної інформації. Позивач повинен довести факт поширення інформації відповідачем, а також те, що внаслідок цього було порушено його особисті немайнові права". Використання дещо задовгих цитат зумовлено необхідністю дотриматись точності в дослідженні, тому воно є виправданим.

Законом України від 27 березня 2014 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняття Закону України "Про інформацію" та Закону України "Про доступ до публічної інформації" норму частини 3 статті 277 ЦК України було ухвалено виключити [17].

Постановою Пленуму Верховного Суду № 1 від 27 лютого 2009 р. продовжували користуватись за старою схемою, попри викладення процесуальних кодексів у новій редакції, тому Верховний Суд, узагальнюючи практику, роз'яснив, що у зв'язку з виключенням норми, якою передбачалась "презумпція добропорядності", тягар доведення недостовірності поширеної про особу інформації покладається на цю особу – потенційного позивача. Тобто діє загальний принцип розподілу тягаря доведення позову.[18]

Формально Верховний Суд не відступав від своєї практики, але, ураховуючи безперервний характер здійснення державної влади, відступив від практики Верховного Суду України. При цьому посилання на виключення норми ч. 3 ст. 277 Цивільного кодексу України не видається обґрунтованим, оскільки Верховний Суд України визначав тягар доведення достовірності поширеної інформації за відповідачем стосовно всієї статті 277 ЦК України. Підсумовуючи, варто вказати на ще дві обставини, які слід враховувати: а) можна змоделювати сотні випадків, коли доведення особою недостовірності поширеної про неї інформації може бути ускладненим або неможливим (як приклад: ствердна інформація про факт отримання хабаря); б) особа, про яку поширили інформацію, є постраждалою через порушення її інформаційного імунітету, тому не видається розумним покладати на неї ще й тягар доведення недостовірності поширеної про неї ж інформації.

І, завершуючи цей кейс, варто вказати на ще одну обставину, яка ставить суд у домінантне стосовно адвоката становище. Статуси правника-судді і правника-адвоката не є паритетними. Зокрема, у наведеному вище Узагальненні судової практики Верховний Суд посилається на свою ж постанову від 10 квітня 2019 р. у справі № 398/4136/15-ц, у якій він цитує норму ч. 3 ст. 277 ЦК України як чинну на момент ухвалення судового рішення [19]. При цьому, як убачається з тексту постанови, факт звернення до суду відбувся у серпні 2015 року, а факт, на думку позивача, правопорушення – у липні того ж року, більш ніж через рік після ухвалення Закону 27 березня 2014 р. Крім того, така ж недоречність продовжує існувати, на що вказує зміст п. 6.11 постанови Великої Палати Верховного Суду від 7 грудня 2021 р. у справі № 905/902/20 [20].

Варто зазначити, що відступлення від своїх попередніх правових висновків за сумнівних з погляду право-

вої визначеності підстав трапляється не тільки в цивільному процесі. Аналізуючи останню практику Верховного Суду, зупинились на постанові від 19 квітня 2022 р. у справі № 816/687/16. Увагу викликало не тільки посилання в тексті судового рішення на доктринальну роботу – підручник з загальної теорії права за загальною редакцією відомого фахівця професора М. І. Козюбри, але й мотивація судового рішення:

"Іншими словами, принципи як основні засади правового регулювання діють (функціонують) системно, мають аналізуватися в правозастосуванні як сукупність вимог, дотримання яких вимагається як платником податку, контрольним органом, так і законодавцем. Якщо виникає конфлікт між принципами, то він "вирішується в кожній конкретній ситуації шляхом оптимального вибору на підставі оцінки ваги кожного з принципів, інтенсивності їх дії"

Принцип стабільності податкового законодавства перебуває у складі такого структурного елементу принципу верховенства права, як правова визначеність. Стабільність податкового законодавства передбачає законні очікування платника податку щодо незмінності правового режиму оподаткування. Водночас такі очікування від законодавця мають урівноважуватись із правом держави приймати закони відповідно до суспільних (публічних) інтересів, тобто необхідно враховувати соціальні, політичні, економічні, безпекові чинники, які існують на момент прийняття законодавчого акта. Не можна, щоб питання щодо застосування норм законів про зміну будь-яких елементів податків (зборів), які прийняті без урахування темпоральних меж, встановлених підпунктом 4.1.9 пункту 4.1 статті 4 ПК, вирішувалося шляхом прямого зіставлення цих норм, оскільки, як уже зазначено, принцип стабільності діє і застосовується в нерозривному зв'язку з іншими правовими принципами. […]

Підсумовуючи наведене, Верховний Суд відступає від висновку в постановах від 07.09.2018 у справі № 826/18755/15, від 17.03.2021 № 816/846/16, від 01.07.2021 № 816/844/16 та формулює висновок, що норми підпункту 4.1.9 пункту 4.1 статті 4 ПК не скасовують дію норми, якою встановлено (змінено) податок (збір) та/або будь-який елемент податку (збору), і яка запроваджена законом, що прийнятий пізніше, ніж за шість місяців до початку бюджетного періоду, у якому запроваджується податок (збір) та/або зміни будь-якого елементу податку (збору). Колізії між такою нормою та принципом стабільності немає, оскільки принцип стабільності застосовується в системному зв'язку з іншими принципами податкового законодавства. Така норма не застосовується, лише якщо вона суперечить принципу верховенства права в контексті права платника податку на мирне володіння майном" [21].

Замість аналізу тексту постанови навмисно наведено мотивацію суду шляхом цитування. Ідеться про гарантії платнику податків щодо стабільності податкового законодавства, які корелюються із зобов'язанням держави не вносити зміни до будь-яких елементів податків та зборів пізніш як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, у якому будуть діяти нові правила та ставки, не змінювати податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги протягом бюджетного року. Такі зобов'язання держави внормовано шляхом внесення до Податкового кодексу України пункту 4.1.9, яким запроваджено і гарантовано принцип стабільності.

Але, якщо буквально читати судову постанову, право платника податків на незмінність податкового законодавства протягом окреслених у п. 4.1.9 Податкового кодексу України періодів називається в рішенні "законним очікуванням", яке має урівноважуватись правом держави ухвалювати інші закони, зумовлені суспільним інтересом на момент їх ухвалення. І Верховний Суд не бачить колізії в тому, що своїм рішенням перетворює стабільність на гру без правил, оскільки визнає за державою право ухвалювати нові закони без дотримання старих, але чинних норм. І все це зроблено філігранно – висновком про те, що принципи стабільності і фіскальної достатності мають застосовуватись сукупно. А раніше Верховний Суд про це не здогадувався, тому і довелося відступати від старих правових позицій – з посиланням на доктрину й практику Європейського Суду з прав людини. Непередбачуваність податкового законодавства на додачу до економічної кризи й війни – чарівний стимул до інвестування у країну [22, 23, 24].

А щодо ролі адвоката, то в цій справі в позивача також були свої представники. Оскільки справа розпочалась ще у 2016 році, то невідомо, чи мали вони статус адвокатів, але на їхньому місці міг бути адвокат, який, деталізуючи клієнтові правові перспективи справи, не міг передбачати такого правового кульбіту, і його професіоналізм міг бути оцінений відповідним чином за наслідками розгляду справи.

Загальновідомим є факт перенесення розгляду всіх справ щодо реєстрації прав на об'єкти нерухомого та їх обтяжень (спори з реєстратором, дотичні до спорів про право власності або безпосередньо спори про право власності) з адміністративних судів до судів загальних. Загалом рішення розумне та таке, що сприяє ефективному й остаточному вирішенню справи. Водночас не можна не помітити деяких вад у процесі його реалізації: а) такий спосіб розв'язання спорів зменшує відповідальність реєстраторів, оскільки в цивільному процесі він не є відповідачем, а також тягар доведення не покладається на нього, як би це було в адміністративному процесі; б) на момент реалізації цього рішення компетенція і ділова репутація адвокатів, чиї клієнтські справи вже перебували в суді, могла бути піддана сумніву, оскільки вже подані адміністративні позови залишались без розгляду; и) нарешті, саме право Суду з огляду на норми КАС України переглядати предметну юрисдикцію справ видається не зовсім обґрунтованим.

Відповідно до статті 17 Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Таке законодавче положення передбачає застосування юрисдикційними органами України практики Європейського суду, яка становить "живе тіло" Конвенції, не шляхом простого цитування правових позицій Суду, що більше або менше підходять за змістом до суті спору, але шляхом застосування правових позицій Суду в комплексі, відповідному до доктринального тлумачення конвенційних норм [25].

У справі "Коем та інші проти Бельгії" Європейський суд наголосив: "Суд «характеризується у матеріальному розумінні своєю процесуальною роллю: вирішити на основі норм права після закінчення організованого процесу будь-яке питання, яке входить до його компетенції»" (п. 99) [26]. Саме із зазначеним корелюється висновок Європейського суду у справі "Сокуренко і Стригун проти України" (заяви № 29458/04 та № 29465/04): "Суд повторює, що, як було раніше визначено, фраза «встановленого законом» поширюється не лише на правову основу самого існування «суду», але й дотримання таким судом певних норм, які регулюють його діяльність. У рішенні у справі «Занд проти Австрії», що

згадувалось раніше, Комісія висловила думку, що термін «судом, встановленим законом» у пункті 1 статті 6 передбачає «усю організаційну структуру судів, включно з (...) питаннями, що належать до юрисдикції певних категорій судів (...)»" (п. 24) [27].

Таким чином, конвенційна норма "суд, встановлений законом" розуміється у вигляді комплексу пов'язаних презумпцій:

- реалізація пункту 1 статті 6 Конвенції передбачає створення судових органів актом парламенту, аби унеможливити ситуацію, коли організація судової влади була би передана на розсуд виконавчої влади ("Коем та інші проти Бельгії", п. 98);
- такі судові органи мають дотримуватися норм права, якими врегульовано їхню діяльність, включаючи визначення їхньої компетенції;
- при цьому, у матеріальному розумінні, процесуальна роль суду – остаточно вирішити будь-яке питання, що належить до його компетенції, у результаті судового процесу, організованого в суворій відповідності до норм процесуального права, й ухвалення процесуального законодавства зараховано до виключної компетенції парламенту.

З наступного можна виснувати, що компетенція суду визначається парламентськими актами (законами), але не самим судом. Право суду – тлумачення національного законодавства (матеріального і процесуального, але не його творення).

Зокрема, відповідно до параграфу 98 рішення Європейського суду у справі "Коем та інші проти Бельгії", "[…] у країнах із кодифікованим правом організація судової системи не повинна бути передана на розсуд судової влади, що не виключає, однак, визнання за національними судами деяких повноважень щодо тлумачення національного законодавства в цій сфері".

Зазначене абсолютно вписується у загальнотеоретичні положення щодо заперечення ролі судової влади у творенні права, невизнання за судовими рішеннями статусу джерел права та визнання за судовими органами права на тлумачення правових норм.

При цьому таке тлумачення стосується норм матеріального права, а також і процесуального, щодо якого існують певні винятки. Довільне тлумачення норм процесуального права в частині забезпечення правової процедури організації процесу розгляду справи і визначення компетенції суду самим Європейським судом визнається як порушення пункту 1 статті 6 Конвенції. На це вказує правова позиція параграфу 101 рішення Європейського суду у справі "Коем та інші проти Бельгії", яку, через універсальний характер тлумачення Європейським судом норм конвенції безвідносно до суб'єкта і процедури, не можна застосовувати виключно до процедур репресивного (адміністративного або кримінального) характеру: "З цього випливає, що сторони не могли знати заздалегідь про всі умови провадження, яке буде здійснюватися. Вони не могли передбачити, яким способом Касаційний суд дійде до скасування чи зміни норм, які організують нормальний хід кримінального процесу, таких норм, які встановлені бельгійським законодавцем.

Роблячи це, Касаційний суд ввів елемент невизначеності, не уточнюючи, якими були правила, передбачені прийнятим обмеженням. Навіть у випадку, коли Касаційний суд не використав можливість, якою він керувався, вносячи певні зміни до звичайної виправної процедури, завдання захисту ускладнюється через брак розуміння того, чи застосовувалось це правило під час процесу".

Цитоване правило поширюється також на процесуальні аспекти – правила визначення предметної юрисдикції та окреслення кола повноважень (компетенції) суду, на що вказує п. 25 рішення у справі "Сокуренко і Стригун проти України" (заяви № 29458/04 та № 29465/04): "У пп. 107-109 рішення у справі «Коем та інші проти Бельгії» (що зазначалось вище) Суд дійшов висновку, що національний суд не мав юрисдикції судити деяких заявників, керуючись практикою, яка не мала регулювання законом, і, таким чином, не міг вважатися судом, «встановленим законом»".

Правову позицію Європейського суду у справі "Коем та інші проти Бельгії" (п. 98) щодо відсутності в судової гілки влади компетенції творити право, а не тлумачити його, було повторено в п. 23 рішення у справі "Сокуренко і Стригун проти України" (заяви № 29458/04 та № 29465/04).

Висновки. За результатами аналізу невеликого зрізу практичних аспектів участі адвоката в цивільному судочинстві можна зробити певні висновки.

По-перше, процес постійного, упродовж тридцяти років, реформування правової системи є вагомим аргументом, яким можна прикривати недосконалість законодавства або різку й часто слабко вмотивовану кардинальну зміну судової практики. Але цей процес не може тривати нескінченно. Наслідком реформ має бути покращення і стабільність, а не подальше реформування.

По-друге, адвокат функціонує в парадигмі двох видів зв'язків: "адвокат – клієнт" і "адвокат – суд".

У парадигмі "адвокат – клієнт" адвокат представляє інтереси клієнта – особи, яка потребує правничої допомоги. І несе перед ним моральну, а, можливо, і матеріальну відповідальність за наслідки своєї праці. У цьому аспекті важливим є розуміння, що незадовільна робота адвоката як представника зумовлена незалежними від нього обставинами, з-поміж іншого це формує довіру або недовіру населення до судової гілки влади. Важливо зрозуміти, що на таку недовіру, яку системно показують опитування, впливає не тільки й не стільки корупція, скільки відсутність стабільності в законодавстві й правозастосуванні.

У парадигмі "адвокат – суд" адвокат може висловити свою незгоду із судовим рішенням шляхом його оскарження. Утім, як показують наведені в статті приклади, навіть на рівні Верховного Суду спостерігаються випадки довільного тлумачення законів – на догоду обставинам і ситуації. Критикувати судові рішення поза процесуальними формами адвокат собі не може дозволити, оскільки зв'язаний вимогами адвокатської етики.

По-третє, очевидним виходом із такої ситуації може стати доктрина, внеском у формування якої будуть науково-аналітичні розвідки на кшталт цієї, базовані на аналізі законодавства і судової практики. Як убачається, Верховний Суд використовує доктрину як джерело права. Можливо, аналіз і висновки цієї статті також стануть приводом до роздумів.

По-четверте, висновок не пов'язаний із самим текстом статті, але виснується з нього. Державна машина є бюрократичною за своєю суттю, неповороткою і схильною прислуховуватися до порад "з гори". Аби бути почутими, адвокатам потрібно наполегливіше працювати через свої самоврядні органи.

Список використаних джерел:

1. *Хотинська-Нор О. З.* Правовий статус адвоката у цивільному судочинстві у світлі оновлених положень процесуального законодавства України // Вісник кримінального судочинства. 2018. № 3. С. 102–110.

2. Конституція України від 26.06.1996 # 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254к/96-вр (дата звернення: 04.07.2022)

3. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції закону від 06.04.2022 // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст. 492. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 04.07.2022)

4. *Гудова А. В.* Проблемні питання надання правничої допомоги в цивільному процесі // Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія "Право". 2021, Вип. 67. С. 73–78.

5. *Єфанова Н.* Адвокат у цивільному процесі – основні принципи та завдання // Юридична газета. № 24–25 (522–523). URL https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/advokat-u-civilnomu-procesi--osnovni-principi-ta-zavdannya-8165.html (дата звернення: 04.07.2022)

6. *Бондарєва М., Шмарьова Т.* Розвиток альтернативного врегулювання спорів в Україні: на прикладі застосування медіації у нотаріаті та врегулювання спорів за участю судді. // Доступ до правосуддя в умовах сталого розвитку: до 30-річчя незалежності України : кол. монографія / за заг. ред. Юрія Притики та Ірини Ізарової. К. : ВД "Дакор", 2021. 478 с.

7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України в редакції від 16.07.2021 // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 27, ст. 282. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення: 04.07.2022)

8. Положення про ордер на надання правової допомоги та порядку ведення реєстру ордерів : Рішення Ради адвокатів України від 17.12.2012 р. № 36, в редакції від 27.05.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0036871-12/ed20170527#Text (дата звернення: 04.07.2022)

9. Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги, затверджене рішенням Ради адвокатів України від 12 квітня 2019 р. № 41, в редакції від 29.04.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr041871-19/ed20220429#Text (дата звернення: 04.07.2022)

10. Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 09.06.2017 2017 р. (зі змінами та доповненнями). URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text (дата звернення: 04.07.2022)

11. Про судоустрій і статус суддів : Закон України в редакції від 22.03.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (дата звернення: 04.07.2022)

12. Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян і організацій : Закон України від 06 травня 1993 р. (втратив чинність) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 24, ст. 259. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3188-12/ed19930506#Text (дата звернення: 04.07.2022)

13. Цивільний кодекс Української РСР : Закон України в редакції від 27.12.1996 р. (втратив чинність). URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/ed19961227 (дата звернення: 04.07.2022)

14. *Кохановська О. В.* Проблеми захисту честі, гідності й ділової репутації особи в Цивільному кодексі України // Верховний Суд України. URL: https://www.viaduk.com/clients/vs.nsf/0/C31366E8AB1A22C6C22570 45004D0477?OpenDocument&Co (дата звернення: 04.07.2022)

15. Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо права на інформацію : Закон України від 22 грудня 2005 року (поточній редакції) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2006. № 15, ст. 127. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3261-15/ed20060220#Text (дата звернення: 04.07.2022)

16. Про судову практику про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text (дата звернення: 04.07.2022)

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняття Закону України "Про інформацію" та Закону України "Про доступ до публічної інформації" : Закон України від 27 березня 2014 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2014. № 22. ст. 816. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1170-18/ed20141106#n33 (дата звернення: 04.07.2022)

18. Огляд судової практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах про захист гідності, честі та ділової репутації / упоряд. Д. Д. Луспеник. Київ, 2019. Вип. 53 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogliad_KCS.pdf (дата звернення: 04.07.2022)

19. Постанова Верховного Суду від 10 квітня 2019 р. у справі № 398/4136/15-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82034520 (дата звернення: 04.07.2022)

20. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 7 грудня 2021 р. у справі № 905/902/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102342551 (дата звернення: 04.07.2022)

21. Постанова Верховного Суду від 19 квітня 2022 р. у справі № 816/687/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104044775 (дата звернення: 04.07.2022)

22. Постанова Верховного Суду від 07.09.2018 р. у справі № 826/18755/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102342551 (дата звернення: 04.07.2022)

23. Постанова Верховного Суду від 17.03.2021 р. у справі № 816/846/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/1011342555 (дата звернення: 04.07.2022)

24. Постанова Верховного Суду від 01.07.2021 р. у справі № 816/844/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102373641 (дата звернення: 04.07.2022)

25. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України в редакції від 02.12.2012 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2006. № 30, ст. 260. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/T063477?an=107&ed=2012_10_16 (дата звернення: 04.07.2022)

26. *Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002г. СПб. : Изд-во "Юридический центр Пресс", 2004. 1072 с.

27. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Сокуренко і Стригун проти України" (заяви № 29458/04 та № 29465/04) від 20.07.2006 р. URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text (дата звернення: 04.07.2022)

References

1. Hotinska-Nor, O. Z. (2018) Pravovij status advokata u civilnomu sudochinstvi u svitli onovlenih polozhen procesualnogo zakonodavstva Ukrayini. [The legal status of a lawyer in civil proceedings in the light of the updated provisions of the procedural legislation of Ukraine]. Visnik kriminalnogo sudochinstva. № 3. S. 102-110. (in Ukrainian)

2. Konstytucija Ukrai'ny. [Constitution of Ukraine]. № 254к/96-BP/(1996). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254k/96-vr (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

3. Tsyvilnyi procesualnij kodeks Ukrayini. [Civil Procedure Code of Ukraine]. № 1618-IV (2004). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

4. Gudova, A.V. (2021) Problemni pitannya nadannya pravnichoyi dopomogi v civilnomu procesi. [Problematic issues of providing legal aid in civil proceedings]. Naukovij visnik Uzhgorodskogo Nacionalnogo Universitetu. Seriya "Pravo". № 67. S. 73-78. (in Ukrainian)

5. Yefanova, N. (2016) Advokat u civilnomu procesi – osnovni principi ta zavdannya. [A lawyer in civil proceedings – basic principles and tasks]. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/advokat-u-civilnomu-procesi--osnovni-principi-ta-zavdannya-8165.html (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

6. Bondaryeva, M., SHmarova, T. (2021). Rozvitok alternativnogo vregulyuvannya sporiv v Ukrayini: na prikladi zastosuvannya mediaciyi u notariati ta vregulyuvannya sporiv za uchastyu suddi. [The development of alternative dispute resolution in Ukraine: on the example of the use of mediation in the notary and dispute resolution with the participation of a judge]. Glava 14 (S. 338-356) u monografiyi: Dostup do pravosuddya v umovah stalogo rozvitku: do 30-richchya nezalezhnosti Ukrayini : Kolektivna monografiya / za zag. red. YUriya Pritiki ta Irini Izarovoyi. K. VD "Dakor". 478 s. (in Ukrainian)

7. Pro advokaturu ta advokatsku diyalnist: Zakon Ukrayini [About advocacy and advocacy activities, Law of Ukraine]. №5076-VI (2012). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

8. Polozhennya pro order na nadannya pravovoyi dopomogi ta poryadku vedennya reyestru orderiv, zatverdzhene rishennyam Radi advokativ Ukrayini [Regulations on the warrant for the provision of legal aid and the procedure for maintaining the warrant register] № 36 (2012), v redakciyi vid 27.05.2017, URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0036871-12/ed20170527#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

9. Polozhennya pro order na nadannya pravnichoyi (pravovoyi) dopomogi, zatverdzhene rishennyam Radi advokativ Ukrayini [Regulations on the warrant for the provision of legal aid and the procedure for maintaining the warrant register] № 41 (2019), v redakciyi vid 29.04.2022, URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr041871-19/ed20220429#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

10. Pravila advokatskoyi etiki, zatverdzheni Zvitno-vibornim z'yizdom advokativ Ukrayini [Rules of lawyer ethics] (2017). (iz zminami ta dopovnennyami) URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

11. Pro sudoustrij i status suddiv: Zakon Ukrayini [About the judiciary and the status of judges, Law of Ukraine] № 1402-VIII (2016). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

12. Pro vnesennya zmin i dopovnen do polozhen zakonodavchih aktiv Ukrayini, shho stosuyutsya zahistu chesti, gidnosti ta dilovoyi reputaciyi gromadyan i organizacij: Zakon Ukrayini [On introducing changes and additions to the provisions of legislative acts of Ukraine relating to the protection of honor, dignity and business reputation of citizens and organizations, Law of Ukraine] № 3188-XII (1993). URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3188-12/ed19930506#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

13. Tsyvilnyi kodeks Ukrayinskoyi RSR: Zakon Ukrayini v redakciyi [Civil Code of the Ukrainian SSR, Law of Ukraine] №1540-06 (1996). (vtrativ

chinnist) URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/ed19961227 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

14. Kohanovska, O. V. (2022) Problemi zahistu chesti, gidnosti j dilovoyi reputaciyi osobi v Tsyvilnomu kodeksi Ukrayini. [Problems of protection of honor, dignity and business reputation of a person in the Civil Code of Ukraine]. URL: https://www.viaduk.com/clients/vs.nsf/0/C31366E8AB1A22C6C2257045004D0477?OpenDocument&Co (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

15. Pro vnesennya zmin do Tsyvilnogo kodeksu Ukrayini shhodo prava na informaciyu: Zakon Ukrayini [On amendments to the Civil Code of Ukraine regarding the right to information, Law of Ukraine] № 3261-IV (2005) (potochnij redakciyi). URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3261-15/ed20060220#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

16. Pro sudovu praktiku pro zahist gidnosti ta chesti fizichnoyi osobi, a takozh dilovoyi reputaciyi fizichnoyi ta yuridichnoyi osobi. Postanova Plenumu Verhovnogo Sudu Ukrayini [On judicial practice on the protection of the dignity and honor of an individual, as well as the business reputation of an individual and a legal entity] № 1 (2009). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

17. Pro vnesennya zmin do deyakih zakonodavchih aktiv Ukrayini u zv'yazku z prijnyattya Zakonu Ukrayini "Pro informaciyu" ta Zakonu Ukrayini "Pro dostup do publichnoyi informaciyi". Zakon Ukrayini [On making changes to some legislative acts of Ukraine in connection with the adoption of the Law of Ukraine "On Information" and the Law of Ukraine "On Access to Public Information", Law of Ukraine] № 1170-VII (2014). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1170-18/ed20141106#n33 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

18. Oglyad sudovoyi praktiki Kasacijnogo civilnogo sudu u skladi Verhovnogo Sudu u spravah pro zahist gidnosti, chesti ta dilovoyi reputaciyi. [Review of the judicial practice of the Civil Court of Cassation as part of the Supreme Court in cases of protection of dignity, honor and business reputation].(2022) URL https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogliad_KCS.pdf (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

19. Postanova Verhovnogo Sudu [Resolution of the Supreme Court] (2019). u spravi № 398/4136/15-c. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82034520 (data zvernennya: 04.07.2022)

20. Postanova Velikoyi Palati Verhovnogo Sudu [Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court] (2021). u spravi № 905/902/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102342551 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

21. Postanova Verhovnogo Sudu. [Resolution of the Supreme Court] (2022). u spravi № 816/687/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104044775 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

22. Postanova Verhovnogo Sudu. [Resolution of the Supreme Court] (2018). u spravi № 826/18755/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102342551 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

23. Postanova Verhovnogo Sudu. [Resolution of the Supreme Court] (2021). u spravi № 816/846/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/1011342555 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

24. Postanova Verhovnogo Sudu. [Resolution of the Supreme Court] (2021). u spravi № 816/844/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102373641 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

25. Pro vikonannya rishen ta zastosuvannya praktiki Yevropejskogo sudu z prav lyudini: Zakon Ukrayini [On the implementation of decisions and application of the practice of the European Court of Human Rights,Law of Ukraine] № 3477-IV (2012). URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/T063477?an=107&ed=2012_10_16 (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

26. De Salvia M. (2004). Precedenty Evropejskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodyashhie principy sudebnoj praktiki, otnosyashhejsya k Evropejskoj konvencii o zashhite prav cheloveka i osnovnyh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002g. [Precedents of the European Court of Human Rights. Guiding principles of judicial practice related to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] SPb. Izd-vo "YUridicheskij centr Press", 1072 s. (in russian)

27. Rishennya Yevropejskogo sudu z prav lyudini u spravi "Sokurenko i Strigun proti Ukrayini" (zayavi № 29458/04 ta № 29465/04) [Decision of the European Court of Human Rights in the case "Sokurenko and Strygun v. Ukraine"] (2006). URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text (data zvernennya: 04.07.2022) (in Ukrainian)

Received: 15.08.22
Revised: 18.08.22
Accepted: 16.09.22

M. Bondareva, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
I. Melnyk, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
S. Rabovska, PhD (Law), Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

LAWYER IN CIVIL PROCEEDINGS: PRACTICAL ASPECTS OF REPRESENTATION

Since the establishments of an independent Ukrainian state, there have been numerous attempts to modernize and improve procedural legislation, as well as legislation that regulates the principles, tasks of activity and organizational and legal structure of the Bar. Such attempts aim at introducing and improving a fair and effective justice system in Ukraine, ensuring the right of access to the court, as well as including through reference to international standards. But the latter are regarded within a mandatory connection to the actual Ukrainian experience and the current state of affairs.

The consequence of such reformation is the appearance of new forms, structures and procedural institutions, for example, the institution of dispute settlement with the participation of a judge.

At the same time, the parties to the legal process and lawyers, as their representatives, are entrusted not only with the duty to master new legal protection tools, but also to test the imperfections of the new legislation in their own experience. And, unfortunately, constant radical changes in judicial practice do not always have proper grounds and perfect legal reasoning. And all these aspects together destroy in practice the principle of legal certainty – one of the sub-principles of the principle of the rule of law, which, according to part 1 of Art. 8 of the Constitution of Ukraine, is a recognized and valid one in Ukraine.

The purpose of this research is of the theoretical and applied nature: based on the analysis of judicial practice, to show the imperfection of the procedural law and the tendency of chaotic changes in practical law enforcement – without proper grounds and justification, as well as to suggest ways to solve these issues. At the same time, the panoramic section of practical cases was chosen arbitrarily by the authors and due to the limited scope of the article, the complete picture has not been provided. It was formed based on the results of analytical research and systematization of the judicial practice of the Supreme Court.

When forming and presenting the material, the authors used the method of court cases, which made it possible to structure the material according to the areas of imperfection in the legislation and to treat separately changes in practical law enforcement. The material is presented as an example of the work of a hypothetical lawyer who represents the interests of a specific person, as if his opportunities to express disagreement with the court decision could go beyond the scope of the court process.

Based on the analysis of the norms of the civil procedural law and specific court decisions, it is concluded that negative factors, such as the appropriate quality of the law and frequently though not always justifiably changing judicial practice, affect public trust in the judicial branch of government. It has been suggested that it is impossible to change the situation by implementing the reforms alone. Greater advocacy is needed through self-governing institutions and doctrine development. It is the purpose of the latter that this scientific research serves – as some analytical component.

Keywords: lawyer, representation of interests, civil litigation, settlement of disputes for participation in courts, claims for bringing unreliability expanded information, access to legal positions.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 12-15
УДК: 349.2
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-2

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

С. Вавженчук, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0002-6968-6720
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
Ю. Гришина, д-р юрид. наук, проф.
ORCID ID: 0000-0002-1892-6675
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
А. Мидель, асп.
ORCID ID: 0000-0001-8335-8304
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ДО ПИТАННЯ РОЗУМІННЯ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ПРАЦІВНИКА ВІД НЕПРАВОМІРНОГО ЗВІЛЬНЕННЯ

На основі наукової доктрини, законодавства України, а також судової практики досліджено окремі питання, пов'язані із захистом працівника від неправомірного звільнення в Україні, зокрема стосовно особливостей застосування у вітчизняному правопорядку такого засобу захисту, як поновлення на роботі. Підкреслено функціональний зв'язок між правом на працю, що закріплене в Конституції України, та правом працівника звернутись по захист у разі неправомірного звільнення роботодавцем. Наведено засоби захисту, які теоретично може застосувати працівник, якого було звільнено з порушенням вимог законодавства. Відзначено, що поновлення на роботі, виходячи з положень законодавства України, можна вважати провідним засобом захисту працівника від неправомірного звільнення. Водночас зазначено, що Кодекс законів про працю України не надає працівнику можливості вибору засобу захисту, який якнайкраще відображав би потреби конкретного працівника.

Також здійснено спробу обґрунтувати та пояснити правову природу поновлення на роботі з погляду теорії юридичних фактів. Крім того, зазначено, що запропонований підхід до аналізу поновлення на роботі дозволяє обґрунтувати виплату середнього заробітку за час вимушеного прогулу як закономірного наслідку поновлення на роботі. При цьому акцентовано увагу на окремих аспектах співвідношення поновлення працівника на роботі та виплати працівнику середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Також описано ставлення окремих міжнародних організацій до поновлення на роботі в контексті оцінювання рівня захищеності працівників у певній державі.

Ключові слова: захист трудових прав; засіб захисту трудових прав; поновлення на роботі; неправомірне звільнення; розірвання трудового договору.

Вступ. Загальновизнано, що право на працю є одним з основних соціально-економічних прав людини. Можливість належної реалізації особою цього права зумовлює необхідність існування певних гарантій та запобіжників проти припинення трудових правовідносин. Оскільки право на працю реалізується, зокрема, шляхом укладення трудового договору, то зазначені гарантії втілюються, серед іншого, у вигляді обмежень права роботодавця вільно та на власний розсуд розривати трудовий договір. Зважаючи на це, у статті 43 Конституції України окремо вказується, що громадянам гарантується захист від незаконного звільнення. Зазначений захист від незаконного звільнення втілюється в конкретних засобах захисту, які може застосувати працівник проти роботодавця-порушника, провідним з яких є поновлення на роботі.

Проблематика захисту прав працівника в разі його (її) неправомірного звільнення є особливо актуальною в складних економічних та соціальних умовах.

Метою цієї статті є, ґрунтуючись на доктринальних підходах, законодавстві та судовій практиці, виявити та окреслити окремі особливості застосування засобів захисту прав працівника від неправомірного звільнення, зокрема такого основного засобу захисту, як поновлення на роботі.

Проблематика поновлення на роботі досліджується в Україні передусім у контексті більш широких питань, зокрема способів та форм захисту трудових прав, порядку вирішення трудових спорів, а також процесуальних питань, пов'язаних із порядком виконання рішення про поновлення на роботі. Значний внесок у дослідження проблематики поновлення на роботі в разі неправомірного звільнення зробили такі вчені, як А. В. Андріїв, С. В. Венедіктов, Н. Д. Гетьманцева, М. І. Іншин, С. М. Прилипко, В. І. Щербина, О. М. Ярошенко та інші.

Виклад основного матеріалу. Захист працівника від неправомірного звільнення покликаний, зокрема, створити належні правові умови для реалізації працівником свого права на працю. Як стверджують С. М. Прилипко та О. М. Ярошенко, право на працю є одним із фундаментальних прав людини, яке належить до групи соціально-економічних і "в загальному сенсі відбиває потребу людини створювати і здобувати джерела існування для себе та своєї сім'ї, реалізовувати власний творчий потенціал, виражати свою особистість" [1, с. 102]. Право на працю посідає центральне місце в трудовому праві та прямо або опосередковано визначає зміст усіх норм трудового права як галузі права і їх внутрішню узгодженість відповідно до об'єктивних потреб розвитку соціально-трудових відносин [2, с. 74]. При цьому важливою ознакою права на працю та трудових правовідносин визнається те, що воно, за твердженням В. Л. Костюка, як фундаментальне соціально-економічне право особи характеризується певною сталістю і стабільністю [3, с. 9].

Захист від незаконного звільнення сприяє забезпеченню стабільності трудових правовідносин та реалізації права особи на працю. Законодавство України обмежує право роботодавця розірвати трудовий договір із працівником, зокрема, шляхом закріплення виключного переліку підстав, із настанням яких у роботодавця виникає право звільнити працівника.

Обмеження права роботодавця вільно та на власний розсуд звільняти працівника продиктовано слабким становищем працівника на ринку праці. Утім, така заборона, задля власної ефективності, має забезпечуватись пев-

© Вавженчук С., Гришина Ю., Мидель А., 2022

ним охоронним механізмом, що передбачав би можливість застосування до роботодавця, що порушив заборону, примусових заходів правового впливу. Як зазначає Ю. А. Джепа, "у випадку, якщо припинення трудових правовідносин відбулося із певними порушеннями, то державою має бути забезпечене право на захист прав сторін трудових правовідносин" [4, с. 92]. Оскільки неправомірне звільнення погіршує правове становище звільненого працівника, то застосування примусових заходів правового впливу до роботодавця-порушника може бути представлено як захист працівника від звільнення.

У вітчизняній правовій науці під захистом розуміють сукупність заходів охоронного характеру, що їх вживають у результаті порушення суб'єктивного права (або явної загрози порушення) з метою відновлення права, поновлення права, усунення перешкод у користуванні правом [5, с. 223]. Ключовою ознакою захисту, отже, виступає його спрямованість на відновлення права сторони трудових правовідносин, чиї суб'єктивні права порушені. Розмірковуючи над запитанням, яким чином відновити право або правове становище працівника, трудові правовідносини з яким були припинені роботодавцем неправомірно, можна виокремити кілька варіантів. Передусім працівника можна "повернути" в те саме правове становище, яке було до неправомірного звільнення. Під правовим становищем в юриспруденції розуміється сукупність прав та обов'язків фізичної або юридичної особи [6]. Відновлення або ж встановлення особі ідентичних прав та обов'язків, по суті, передбачає відновлення правових відносин, що були припинені. Такий засіб захисту, який полягає у відновленні трудових правовідносин до їх стану, що існував до неправомірного звільнення працівника, іменується поновленням на роботі. Іншим можливим варіантом "компенсації" неправомірно звільненому працівнику є надання працівнику відповідного еквіваленту, який втілював би порушені інтереси працівника, тобто певної грошової суми.

За законодавством України провідним заходом захисту від неправомірного звільнення є поновлення на роботі. Відповідно до частини 1 статті 235 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) у разі звільнення без законної підстави або незаконного переведення на іншу роботу, зокрема й у зв'язку з повідомленням про порушення вимог Закону України "Про запобігання корупції" іншою особою, працівник повинен бути поновлений на попередній роботі органом, який розглядає трудовий спір. Важливо відзначити, що закон безпосередньо вказує, що працівник *повинен бути поновлений* на попередній роботі. Обов'язковість поновлення на роботі вносить деякий елемент імперативності в модель захисту від неправомірного звільнення, адже позбавляє працівника можливості обрати засіб, який краще відповідав би його (її) потребам.

Зазначений підхід до наслідків неправомірного звільнення було "успадковано" українським законодавством з радянського періоду, він може вважатись традиційним для вітчизняного правопорядку. Те, що працівник в умовах радянської командно-адміністративної системи повинен був бути поновлений на роботі, на наше переконання, очевидно слідувало з особливостей суспільно-економічного устрою та соціальної політики. Якщо враховувати, що відсутність в особи роботи вважалось протиправним діянням, то зрозуміло, що працівник не міг бути "переведений" у стан безробітного; тому за неправомірним звільненням одразу мало слідувати поновлення на роботі, тобто відновлення стану зайнятості особи. Окрім того, така модель видається ще більш закономірною в умовах, коли держава, по суті, була єдиним роботодавцем.

Утім, поновлення на роботі залишилось провідним заходом захисту в разі неправомірного звільнення і в сучасному трудовому законодавстві України, незважаючи на кардинальну зміну соціально-економічного устрою та функціонування ринку праці з множинністю роботодавців.

Поновлення на роботі супроводжується виплатою працівникові також грошової компенсації за час між неправомірним звільненням та поновленням на роботі. Згідно з положеннями частини 2 статті 235 КЗпП України під час винесення рішення про поновлення на роботі орган, який розглядає трудовий спір, одночасно приймає рішення про виплату працівникові середнього заробітку за час вимушеного прогулу або різниці в заробітку за час виконання малооплачуваної роботи, але не більш як за один рік. Якщо заява про поновлення на роботі розглядається понад один рік не з вини працівника, то орган, який розглядає трудовий спір, виносить рішення про виплату середнього заробітку за весь час вимушеного прогулу.

Слід звернути увагу, що грошова компенсація сплачується за час вимушеного прогулу в розмірі середнього заробітку за цей час. Згідно з тлумаченням Верховного Суду, з яким слід погодитись, під терміном "вимушений прогул" розуміється "період часу, з якого почалось порушення трудових прав працівника (незаконне звільнення або переведення на іншу роботу, неправильне зазначення формулювання причин звільнення або затримки видачі трудової книжки під час звільнення) до моменту поновлення таких прав, тобто ухвалення рішення про поновлення працівника на роботі чи визнання судом факту того, що неправильне формулювання причин звільнення у трудовій книжці перешкоджало працевлаштуванню працівника" [7]. Таким чином, стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу здійснюється за період з дня звільнення працівника і до дня його (її) поновлення на роботі.

Зазначені особливості поновлення на роботі дозволяють зробити певні висновки щодо сутності поновлення на роботі за законодавством України, а також теоретичного механізму застосування цієї правової конструкції. По-перше, вказуючи на період часу між звільненням та поновленням на роботі законодавець використовує термін "прогул". Згідно з тлумачним словником, слово "прогул" означає неявку, невихід на роботу [8]. Зрозуміло, що неявка на роботу можлива лише за умови, що робота наявна, тобто, що особа перебуває в трудових правовідносинах, у межах яких роботодавець надав "фронт" робіт. По-друге, необхідно враховувати, що грошова виплата працівнику розраховується, виходячи із середнього заробітку особи, тобто виплата здійснюється так, ніби особа виконувала трудову функцію за відповідний період. Виходячи з викладеного, є підстави стверджувати, що сутність поновлення на роботі за законодавством України полягає в усуненні факту неправомірного звільнення з правової дійсності; рішення про поновлення працівника на роботі вказує, що неправомірного звільнення не існувало для цілей правовідносин між працівником та роботодавцем. Виплату середнього заробітку, отже, можна тлумачити як виконання роботодавцем свого обов'язку в межах трудового договору, а не як зовнішній щодо трудового договору, відновлювальний засіб (засіб захисту). Окрім того, виплата середнього заробітку в цьому разі розглядається не як самостійний, окремий засіб захисту нарівні з вла-

сне поновленням на роботі, а лише як закономірний наслідок поновлення на роботі, тобто як наслідок визнання, що неправомірного звільнення не було, а трудо-правовий зв'язок між працівником та роботодавцем існував та продовжує існувати.

Розвиваючи викладену вище думку, необхідно також прояснити питання стосовного того, як саме відбувається поновлення на роботі в теоретичній площині (беручи до уваги систему юридичних фактів та правовідносин між сторонами). Як уже було зазначено, поновлення на роботі "усуває" факт неправомірного звільнення; звільнення визнається таким, що не відбулося. Виходячи з теорії юридичних фактів, трудове правовідношення, таким чином, відновлюється саме по собі, адже судом скасовано (визнано незаконним, недійсним тощо) наказ роботодавця про звільнення працівника [9, с. 62–63]. Оскільки звільнення здійснюється на підставі волевиявлення роботодавця, то вимога про поновлення на роботі зводиться до "скасування" (визнання недійсним, незаконним, протиправним) результату волевиявлення роботодавця про розірвання трудового договору. Це може бути сформульовано як прохання працівника до суду визнати незаконним наказ роботодавця про звільнення.

Водночас неможливо не відзначити, що поновлення працівника на роботі в разі визнання звільнення неправомірним все ж застосовується не завжди. Українське трудове законодавство передбачає винятки із правила, що працівник повинен бути поновлений на роботі.

Передусім слід зауважити, що законом України "Про запобігання корупції" від 14.10.2014 № 1700-VII статтю 235 КЗпП України було доповнено новою нормою, відповідно до якої працівник, якого було звільнено у зв'язку з повідомленням ним (нею) про корупцію, може відмовитись від поновлення на роботі; у такому разі працівнику виплачується грошова компенсація у розмірі шестимісячного середнього заробітку. Фундаментальна важливість цієї норми, з погляду всієї структури захисту від неправомірного звільнення за українським правом, полягає в тому, що працівнику, по суті, дається можливість вибору засобу захисту власного права на працю: або поновлення на роботі, або грошова компенсація. Працівник, отже, може обрати, який із зазначених засобів краще відповідає його (її) суб'єктивним потребам у відповідній конкретній ситуації. Таким чином, скасовується вже згадана вище примусовість у поновленні на роботі. Крім того, можливість грошової компенсації підкреслює майнову природу трудових правовідносин, адже одразу постає питання про розмір компенсації та можливі способи його розрахунку. Ураховуючи вищевикладене, підхід з можливістю вибору працівником засобу захисту в разі неправомірного звільнення, деякі початки якого задекларовані в наведеній вище нормі, на наше переконання, є прогресивним.

Однак згадана норма статті 235 КЗпП України, на наш погляд, потребує уточнення та роз'яснення. Зазначається, що для виплати грошової компенсації працівник має *відмовитись від* поновлення на роботі. По-перше, виникає потреба в розумінні того, у якій формі та на якому етапі трудового спору працівник має заявити таку відмову. По-друге, виникають запитання стосовно правової природи вказаної відмови; не зрозуміло, чому працівник одразу не може заявити вимогу про грошову компенсацію. Необхідність заявити відмову від поновлення на роботі для отримання грошової виплати свідчить, що грошова компенсація розглядається не як самостійний засіб захисту, а лише як субсидіарний "замінник" для поновлення на роботі. Окрім того, якщо цією нормою працівнику прямо дозволяється відмовитись від поновлення на роботі, то із застосування до цієї норми правила тлумачення *a contrario* випливає, що в усіх інших випадках працівник не може відмовитись* від поновлення на роботі. По-третє, законодавцем передбачено встановлення розміру грошової виплати у вигляді плати за конкретно визначену кількість місяців. У практиці трапляються випадки, коли сторони бажають змінити розмір такої грошової виплати. У цьому разі це дозволила б каучукова норма, що покликана регламентувати такі випадки. За наведених обставин суд управнений самостійно встановлювати розмір компенсації, здійснюючи майнову оцінку порушеного інтересу працівника.

В іноземній науковій літературі також дискутується підхід щодо доцільності застосування поновлення на роботі (англ. – *reinstatement*) як провідного компенсаційного засобу в разі неправомірного звільнення, а також обґрунтовуються його переваги порівняно з виплатою грошової компенсації. Часто трудові правовідносини розглядаються як багатоаспектне соціальне явище, яке відіграє істотну роль та місце у фізичному та соціальному бутті працівника. Такий підхід вимагає в разі порушення прав працівника враховувати різноманітні життєві інтереси та потреби, які працівник мав за існування трудових правовідносин до протиправного звільнення. Наприклад, М. Флагерті констатує, що порівняно з грошовим відшкодуванням поновлення на роботі має ту перевагу, що воно є цілковитим, повним заходом захисту (англ. – *complete remedy*), адже повертає працівників саме в те становище, у якому вони були б, якби їхні права не були порушені [10, с. 108]. На думку Р. Вайзенбергера, грошова компенсація (відшкодування збитків) у деяких випадках може бути неадекватним засобом, оскільки після звільнення працівнику може бути складніше знайти нову роботу; окрім того, учений зазначає, що поновлення на роботі запобігає соціальним та економічним втратам від невикористання робочої сили [11, с. 575–576].

Можливість застосування поновлення на роботі в разі протиправного звільнення розглядається як перевага також міжнародними організаціями. Організація економічного співробітництва та розвитку, розраховуючи індекс захищеності працівників у відповідній країні, присвоює від 0 до 6 балів залежно від імовірності поновлення працівника на роботі (0 балів – коли право на поновлення або практика поновлення на роботі відсутня та 6 балів – коли поновлення на роботі доступне завжди або майже завжди) [12, с. 48]. Міжнародна організація праці застосовує мінімальні оцінки до рівня захищеності працівників, якщо поновлення на роботі недоступне (незважаючи на те, що можлива грошова компенсація), і максимальні оцінки, якщо поновлення на роботі закріплене як основний засіб захисту (англ. – *primary remedy*) від неправомірного звільнення [13, с. 97].

Висновки. У результаті здійсненого дослідження виявлено окремі особливості застосування засобів виконання прав працівника в разі неправомірного звільнення, зокрема уточнено правовий механізм поновлення працівника на роботі.

За своєю суттю поновлення на роботі полягає у відновленні трудових прав та обов'язків сторін трудового договору до стану, що існував до неправомірного звільнення. Механізм такого відновлення можна розкрити лише з погляду теорії юридичних фактів, а саме – ура-

* Тобто працівник, звичайно, може відмовитись від вимоги про поновлення на роботі, однак тоді його (її) право залишиться без захисту.

ховуючи, що скасовується (визнається незаконним, недійсним) правоприпиняльний юридичний факт, що, відповідно, відновлює трудо-правові зв'язки між працівником та роботодавцем. Окрім того, така позиція дозволяє розглядати виплату працівнику середнього заробітку не як окремий засіб захисту, а як складову або безпосередній наслідок поновлення на роботі.

З огляду на тенденції розвитку трудового законодавства варто виокремити позитивний вектор руху, адже виплата грошової компенсації в разі неправомірного звільнення (замість поновлення на роботі) вже допускається українським законодавством в окремих випадках і в разі відмови працівника від поновлення на роботі. Позитивно відзначаючи надання працівнику можливості обрати альтернативний засіб захисту, слід визнати подальше поглиблення такої тенденції в українському законодавстві.

Список використаних джерел

1. *Прилипко С. М., Ярошенко О. М.* Право на працю в системі прав людини // Право України. 2014. № 6. С. 102–110.
2. *Середа О. Г.* Реалізація права на працю в умовах євроінтеграції України // Право та інновації. 2016. № 1 (13). С. 73–80.
3. *Костюк В. Л.* Конституційне право на працю в новітніх умовах сьогодення: науково-правовий аспект // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". 2014. № 2(10). С. 1–15.
4. *Джепа Ю. А.* Особливості гарантій захисту прав суб'єктів трудового права при припиненні трудових правовідносин // Форум права. 2008. № 2. С. 90–94.
5. *Вавженчук С. Я.* Охорона та захист трудових прав працівників : підручник. Харків : Право, 2021. 592 с.
6. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. ред.) та ін. К., 1998. URL: https://leksika.com.ua/ (Дата звернення: 25.07.2022)
7. Постанова Верховного Суду від 26 серпня 2020 року у справі № 501/2316/15-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91186241 (Дата звернення: 25.07.2022)
8. Словник української мови : в 11 т. / І. К. Білодід та ін. К., 1970–1980. URL: http://sum.in.ua/s/proghul (Дата звернення: 25.07.2022)
9. *Вавженчук С.* Поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення як захід захисту трудових прав (частина 1) // Підприємництво, господарство і право. 2020. № 11. С. 61–65.
10. *Flaherty M.* Reinstatement as a Human Rights Remedy: When Jurisdictions Collide // Windsor Review Legal & Social Issues. 2015. Vol. 36. P. 101–122.
11. *Weisenberger R.* Remedies for Employer's Wrongful Discharge of an Employee Subject to Employment of Indefinite Duration // Indiana Law Review. 1988. № 21(2). P. 547–586
12. OECD Employment Outlook 2020. Recent trends in employment protection legislation // OECD. 2020. URL: https://www.oecd.org/els/emp/EmploymentOutlook2020-chapter3.pdf (Дата звернення: 25.07.2022).
13. Employment protection legislation: Summary indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals). Geneva, 2015. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_357390.pdf (Дата звернення: 25.07.2022).

References

1. Prylypko, S. M., & Yaroshenko, O. M. (2014). Pravo na pratsiu v systemi prav liudyny [The Right to Labor in the System of Human Rights]. *Pravo Ukrainy [Law of Ukraine]*, *6*, 102–110 (in Ukrainian).
2. Sereda, O. H. (2016). Realizatsiia prava na pratsiu v umovakh yevrointehratsii Ukrainy [Enforcement of the Right to Labor in the Context of the Eurointegration of Ukraine]. *Pravo Ta Innovatsii [Law and Innovations]*, *1 (13)*, 73–80 (in Ukrainian).
3. Kostiuk, V. L. (2014). Konstytutsiine pravo na pratsiu v novitnikh umovakh sohodennia: naukovo-pravovyi aspect [The constitutional right to work in new conditions present: scientific and legal aspects]. *Chasopys Natsionalnoho Universytetu "Ostrozka Akademiia". Seriia "Pravo," [Journal of NaUOA. Law Series] 2(10)*, 1–15 (in Ukrainian).
4. Dzhepa, Y. A. (2008). Osoblyvosti harantii zakhystu prav subiektiv trudovoho prava pry prypynenni trudovykh pravovidnosyn [Features of guarantees of protection for rights of subjects in the labor right at the termination labor legal relationship]. *Forum Prava [Law Forum]*, *2*, 90–94 (in Ukrainian).
5. Vavzhenchuk, S. Ya. (2021). *Okhorona ta zakhyst trudovykh prav pratsivnykiv [Protection and defence of labor rights of employees]* (2nd ed.). Pravo (in Ukrainian).
6. *Yurydychna entsyklopediia: v 6 t. / redkol.: Yu.S. Shemshuchenko (hol. red.) ta in.* (1998). Leksyka – Ukrainski Entsyklopedii Ta Slovnyky. Retrieved July 3, 2022, from https://leksika.com.ua/legal/ (in Ukrainian)
7. Postanova Verkhovnoho Sudu (2020) [Resolution of the Supreme Court]. In case No 501/2316/15-ts. URL:https://reyestr.court.gov.ua/Review/91186241 (in Ukrainian)
8. Prohul. (1977). In *Slovnyk ukrainskoi movy: v 11 tomakh*. http://sum.in.ua/s/proghul (in Ukrainian)
9. Vavzhenchuk, S. (2020). Ponovlennia na roboti v razi nezakonnoho zvilnennia abo perevedennia yak zakhid zakhystu trudovykh prav (chastyna 1) [Reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position as a measure of labor rights protection (part 1)]. *Pidpryiemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo [Entrepreneurship, Economy and Law]*, *11*, 61–65 (in Ukrainian).
10. Flaherty, M. (2015). Reinstatement as Human Rights Remedy: An Evolving Jurisprudence. *Windsor Review Legal & Social Issues*, *36*, 101–122 (in English).
11. Weisenberger, R. (1988). Remedies for Employer's Wrongful Discharge of an Employee Subject to Employment of Indefinite Duration. *Indiana Law Review*, *21 (2)*, 547–586 (in English).
12. OECD. (2020). *OECD Employment Outlook 2020. Recent trends in employment protection legislation.* https://www.oecd.org/els/emp/EmploymentOutlook2020-chapter3.pdf (in English).
13. International Labour Organization. (2015). *Employment protection legislation: Summary indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals).* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_357390.pdf (in English).

Received: 27.07.22
Accepted: 16.09.22

S. Vavzhenchuk, Dr. of Law, Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
Yu. Hryshyna, Dr. of Law, Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
A. Mydel, postgraduate stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ON THE QUESTION OF REMEDIES AVAILABLE TO THE EMPLOYEE IN CASE OF UNLAWFUL DISMISSAL

The article, on the basis of scientific doctrine, legislation of Ukraine, as well as judicial practice, examines certain issues related to the protection of an employee from wrongful dismissal in Ukraine, particularly, regarding the peculiarities of the application of such a remedy as reinstatement in the Ukrainian legal order. The authors emphasize the existence of a functional connection between the right to work, enshrined in the Constitution of Ukraine, and the employee's right to apply for protection in case of a wrongful dismissal by the employer. The article indicates the means of protection that can theoretically be applied by an employee who has been dismissed in violation of the requirements of the law. It is noted that reinstatement, based on the provisions of the legislation of Ukraine, can be considered the leading remedy available to the employee in case of a wrongful dismissal. At the same time, the authors note that the Labor Code of Ukraine does not provide the employee with an opportunity to choose a remedy that would reflect the needs of the particular employee in the most sufficient way.

The article also attempts to explain the legal nature of reinstatement from the point of view of legal facts theory. In addition, the authors note that the proposed approach to the analysis of reinstatement allows explaining the compensation of average earnings for the period when the employee did not work because of the wrongful dismissal. This compensation can be interpreted as a natural consequence of reinstatement. At the same time, attention is focused on certain aspects of the relationship between the reinstatement of the employee and the payment to the employee of average earnings during the period of forced absenteeism. The article also describes the attitude of certain international organizations to reinstatement in the context of assessing the level of protection of employees under certain jurisdiction.

Keywords: protection of labor rights; employment remedies; reinstatement; wrongful dismissal; termination of the employment contract.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 16-19
УДК: 349.2
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-3

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

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

ЩОДО ЗАПОБІГАННЯ ІНДИВІДУАЛЬНИМ ТРУДОВИМ СПОРАМ

Механізми вирішення індивідуальних трудових спорів, які існують на цей час в Україні, не можна назвати повністю ефективними. Певною мірою це викликано законодавчими прогалинами в їх регулюванні. Крім того, результат вирішення індивідуального трудового спору не завжди задовольняє інтереси обох сторін трудових правовідносин – працівника та роботодавця. У зв'язку з цим важливе місце в сучасному трудовому праві посідають процедури запобігання трудовим спорам, які здебільшого реалізуються на локальному рівні, крізь призму розгляду роботодавцями звернень працівників, пов'язаних з наявною в робочому середовищі конфліктною ситуацією.

Належний розгляд таких звернень надає можливість працівникам та роботодавцями самостійно врегульовувати індивідуальні конфлікти, що виникають у сфері праці. Запроваджена локальним нормативним актом роботодавця процедура розгляду звернень працівників сприятиме не тільки запобіганню трудовим спорам, але й дозволить прогнозувати та нівелювати їх виникнення у майбутньому. Крім того, існування такої процедури, що спрямована також і на врегулювання конфліктних ситуацій безпосередньо між працівниками, сприятиме посиленню у трудовому колективі відчуття справедливості, злагодженості інтересів та довіри до роботодавця.

Ключові слова: індивідуальні трудові спори, трудові конфлікти, запобігання трудовим спорам, комісія з трудових спорах, медіація.

Вступ. Виникнення спору в трудових правовідносинах є доволі вірогідним, адже інтереси працівника та роботодавця у сфері праці не завжди збігаються. Крім того, ми перебуваємо в робочому середовищі вагомий проміжок власного життя і, відповідно, воно стає зосередженням наших як позитивних, так і негативних емоцій, які мають вплив, зокрема, і на наші трудові відносини. Ці фактори, безперечно, впливають на виникнення конфліктних ситуацій, які без належного реагування переростають у трудові спори. Останні, у свою чергу, дуже часто породжують негативні наслідки як для працівників, так і для роботодавців. Працівники передусім зазнають економічних та моральних втрат, що впливають на загальний стан їхнього добробуту або навіть на здоров'я. Для роботодавців існування трудового спору створює ризики зниження темпів виробництва або надання послуг, що обумовлено зменшенням продуктивності праці працівників або їх відсутністю на роботі, псуванням комунікації в трудовому колективі тощо.

Значення вирішення трудових спорів наочно простежується на рівні національного законодавства, адже нормативно-правові акти будь-якої соціально та економічно розвиненої країни світу досить детально врегульовують усі процедури, що супроводжують таке вирішення. У свою чергу, як свідчить практика, наведені процедури не завжди виділяються своєю досконалістю. Крім того, результат вирішення індивідуального трудового спору не завжди приводить до задоволення інтересів обох сторін трудових правовідносин – працівника та роботодавця. У зв'язку з цим важливе місце в сучасному трудовому праві посідає категорія запобігання трудовим спорам, яка здебільшого реалізується крізь призму розгляду роботодавцем звернень працівників, пов'язаних з наявною в робочому середовищі конфліктною ситуацією.

Основні результати. Законодавством України приділяється достатньо велика увага правовому регулюванню вирішення індивідуальних трудових спорів. Відповідно до ч. 1 ст. 221 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) трудові спори, що випливають із положень окремого трудового договору (незалежно від його форми – письмової або усної та виду – строкового або безстрокового) розглядаються комісіями з трудових спорах (далі – КТС) та місцевими загальними судами. Крім того, у 2021 році КЗпП було доповнено ст. 222[1], відповідно до якої трудовий спір між працівником і роботодавцем може бути врегульовано шляхом медіації відповідно до Закону України "Про медіацію".

Безперечно, найбільш поширеним серед перелічених вище механізмів вирішення індивідуальних трудових спорів залишається звернення до суду. Зокрема, М. М. Шумило наголошує, що спори, які виникають із трудових правовідносин, посідають третє місце за кількістю з тих, що надійшли на розгляд до Касаційного цивільного суду (2138 у 2018 році та 2276 у 2019 році) після спорів, що виникають із договорів (8940 у 2018 році та 8762 у 2019 році) та спорів щодо відшкодування шкоди (2687 у 2018 році та 2869 у 2019 році) і ця тенденція зберігається [1]. До переваг судового вирішення трудових спорів можна зарахувати неупередженість, чітку юридичну формалізацію, обов'язкове виконання винесеного рішення, можливість відшкодування матеріальної та моральної шкоди, професійність судді тощо. Але судовий розгляд має й певні недоліки, зумовлені передусім відсутністю уніфікованої законодавчої бази та єдиного спеціалізованого суду у сфері вирішення трудових спорів. Зокрема, за загальним правилом, справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, які виникають із трудових відносин, розглядаються судами в порядку цивільного судочинства, що передбачено ч. 1 ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України. Але при цьому, відповідно до ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України, юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи в публічно-правових спорах, зокрема у спорах з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби. У свою чергу, відповідно до ч. 1, 2 ст. 7 Кодексу України з процедур банкрутства, спори, стороною в яких є боржник, розглядаються господарським судом за правилами, передбаченими Господарським процесуальним кодексом України. Господарський суд, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, в межах цієї справи вирішує, зокрема, і спори про стягнення

© Венедіктов С., 2022

заробітної плати та спори про поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника.

Звертаючись до розгляду трудових спорів КТС, слід зазначити, що актуальність наведених комісій припадала здебільшого на другу половину XX сторіччя. Застосування КТС у цей період, мабуть, і мало свій сенс. По-перше, виникнення в ті часи реального індивідуального трудового спору працівника з роботодавцем, якого уособлювала в собі держава, можна назвати досить сумнівним. По-друге, з погляду ідеології, надання трудовим колективам значної свободи дій (хоч і уявної) у вирішенні спору в КТС відповідала тогочасній комуністичній доктрині, яка культивувала концепцію "робітничо-селянської держави". По-третє, обов'язковий первинний розгляд КТС додатково розвантажував суди загальної юрисдикції, не доводячи більшість спорів до судового розгляду. У свою чергу, в XXI сторіччі, в умовах домінування в Україні суб'єктів господарювання приватної форми власності, розгляд трудового спору КТС вже вбачається досить дискусійним. Зумовлено це передусім тією обставиною, що відповідно до ч. 2 ст. 223 КЗпП кількість працівників у складі КТС має дорівнювати не менше ніж половині від її складу. Відповідно, прийняте рішення комісії, значну частину складу якої формують, хоч і опосередковано, але залежні від роботодавця працівники, може викликати сумніви щодо його об'єктивності. Не на користь вирішенню трудових спорів КТС слід назвати й відсутність спеціального державного органу, який здійснював би організаційне та консультативне супроводження розгляду індивідуального спору в комісії. Як приклад ефективного функціонування такого органу слід навести участь Національної служби посередництва і примирення у вирішенні колективних трудових спорів.

Як уже зазначалося, як альтернативу традиційному вирішенню індивідуальних трудових спорів в Україні минулого року було запроваджено інститут медіації. Серед переваг медіації В. Я. Бурак наводить такі: у разі вирішення трудового спору за допомогою медіації посередник (медіатор) є нейтральною третьою особою, головною метою якої є надання допомоги сторонам та сприяння у вирішенні конфлікту між ними шляхом пошуку компромісу на основі взаємних поступок; право обрання медіатора належить виключно сторонам, тому він зобов'язаний повідомити їх про наявність будь-якої особистої чи фінансової зацікавленості в результатах медіації або про наявність будь-яких інших відомих йому обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів під час проведення медіації, а отже, медіатор є неупередженою особою; медіації притаманний конфіденційний характер, у разі розголошення інформації щодо проведення медіації чи інших даних, що стали відомі під час її здійснення, медіатор несе персональну відповідальність; медіація може бути перервана або припинена в будь-якій час за ініціативи кожного з учасників медіації [2, с. 366–367]. На користь медіації слід навести також і ту обставину, що в разі її застосування трудовий спір розглядається у достатньо стислі строки. Крім того, процедура його вирішення не потребує залучення великої кількості осіб, на відміну, наприклад, від тієї ж КТС, а також не вимагає від сторін значних фінансових витрат.

У свою чергу, для медіації характерними є і певні недоліки, які зумовлені передусім практичним боком її реалізації. По-перше, ст. 222^1 КЗпП не конкретизує механізм медіаційного вирішення трудового спору, відсилаючи в цьому разі до спеціального Закону України "Про медіацію". У свою чергу, якщо звернутися до змісту наведеного Закону, то можна побачити, що його положення також не містять достатньої конкретики з цього приводу. По-друге, відповідно до ч. 3 ст. 222^1 КЗпП у разі невиконання чи неналежного виконання угоди за результатами медіації сторони медіації мають право звернутися для розгляду трудового спору до КТС або суду. Таким чином, може існувати вірогідність, що замість прискорення вирішення трудового спору, медіація, навпаки, сприятиме його сповільненню. Адже, якщо одна зі сторін буде не задоволена результатами медіації, спір надалі розглядатиметься КТС та судом.

Аналізуючи проблематику медіації, М. М. Шумило зазначає, що альтернативою її імперативності може стати умовна імперативність. На думку вченого, однією з істотних умов трудового договору може бути медіаційне застереження за прикладом арбітражних застережень у цивільних договорах. Таким чином, сторони трудових правовідносин наперед обумовлюють імперативність медіації, що може також мати позитивний ефект для поширення медіації під час вирішення спорів, що виникають з трудових правовідносин. Такі медіаційні застереження можуть бути передбачені також і колективним договором, де працівники визнають імперативність медіаційної процедури у вирішенні індивідуальних трудових спорів [1]. На жаль, запропонована М. М. Шумило концепція застосування медіаційних застережень у трудових договорах остаточно не вирішує питання неостаточності угод за результатами медіації. Адже в будь-якому разі положення ст. 55 та 124 Конституції України гарантують працівнику право безпосереднього звернення до суду минаючи медіаційні процедури, а ст. 9 КЗпП наголошує, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством України про працю (до яких, до речі, можна зарахувати медіаційне застереження), є недійсними.

Вищенаведені недоліки законодавчого регулювання вирішення індивідуальних трудових спорів посилюють актуальність локальних нормативних актів роботодавця, основною метою яких є подальший розвиток загальних норм трудового права шляхом їх пристосування до виробничих потреб та економічних можливостей конкретного суб'єкта господарювання. О. М. Ярошенко наголошує, що локальне регулювання, на відміну від законодавчого, має свої особливості: а) здійснюється безпосередньо у сфері праці – на підприємствах, в установах, організаціях; б) відчуває опосередкований вплив держави за допомогою законодавства про працю; в) має підзаконний характер, специфіка якого полягає в розвитку, уточненні й конкретизації положень законодавчих та інших правових актів, прийнятих у встановленому порядку відповідними органами, і не може вступати в суперечність із централізованим регламентуванням; г) ставить своїм завданням упорядкування суспільних відносин, специфічних для конкретного підприємства, установи чи організації і не врегульованих (або не цілком урегульованих) централізовано; д) служить формою саморегуляції працівниками й роботодавцем (безпосередньо або опосередковано) питань у сфері праці, що належать до компетенції підприємства; е) здійснюється за участю самих працівників підприємства або їхнього представницького органу; є) часто виконує роль експериментального регулятора, за допомогою якого перевіряється доцільність того чи іншого варіанта вирішення питання; ж) йому притаманні фактори випереджувального регламентування, яке спрямоване на усунення прогалин у трудовому праві, пошук тотожного варіанта правової регламентації умов праці [3].

Саме локальні нормативні акти роботодавця здатні заповнювати своїми положеннями прогалини, які можуть існувати в чинному законодавстві про працю. Стосуються зазначене й проблематики вирішення трудових спорів. У свою чергу, в цьому разі доречним є зосередження уваги не безпосередньо на трудових спорах, а на конфліктах, що є тими факторами, які передують їх виникненню. Аналізуючи питання співвідношення категорій "трудовий спір" та "трудовий конфлікт", доречно навести позицію М. І. Іншина, який зазначає, що трудовий конфлікт – це розбіжності інтересів і потреб сторін трудового або колективного договорів, які вони намагаються вирішити самостійно під час безпосередніх переговорів. Під трудовим спором науковець розуміє розбіжності інтересів і потреб сторін трудового або колективного договорів, що не були врегульовані ними під час безпосередніх переговорів і передані на розгляд до спеціально створеного для цього юрисдикційного органу [4, с. 74]. Тобто саме неврегульований сторонами трудовий конфлікт надалі переростає у трудовий спір та підлягає вирішенню із залученням відповідних юрисдикційних органів.

Звертаючись до механізмів врегулювання індивідуальних трудових конфліктів, слід зазначити, що їх основу передусім становлять процедури розгляду роботодавцями звернень працівників. Такі процедури можуть становити як частину правил внутрішнього трудового розпорядку або колективного договору, так і бути розробленими у вигляді окремого локального нормативного акта роботодавця, наприклад порядку розгляду звернень працівників.

Національне законодавство не встановлює жодних вимог щодо сфери охоплення таких процедур. У свою чергу, наведене питання знаходить деталізацію у двох стандартах Міжнародної організації праці – Рекомендації щодо консультацій та співробітництва між роботодавцями і працівниками на рівні підприємства від 1952 року (№ 94) та Рекомендації щодо розгляду скарг на підприємствах з метою їх вирішення від 1967 року (№ 130). Зокрема, п. 1 Рекомендації № 94 вказує на необхідність вжиття належних заходів із метою сприяння консультаціям та співробітництву між роботодавцями і працівниками на рівні підприємства в питаннях, котрі становлять загальний інтерес і не охоплені процедурою колективних переговорів чи якоюсь іншою процедурою, що звичайно застосовується у визначенні умов праці. Відповідно до п. 2 Рекомендації № 130, будь-який працівник, який діє індивідуально або разом з іншими працівниками, який вважає, що він має підстави для скарг, повинен мати право: а) подати таку скаргу без будь-якої шкоди для себе; б) вимагати розгляду цієї скарги на підставі відповідної процедури. Також Рекомендація № 130 визначає, що причинами, з яких може подаватися скарга, можуть бути будь-який захід чи ситуація, що стосуються взаємовідносин між роботодавцем і працівником, чи які стосуються або можуть стосуватися умов праці одного чи кількох працівників на підприємстві, якщо цей захід чи положення суперечать умовам чинного колективного договору або індивідуального трудового договору, правилам внутрішнього трудового розпорядку, положенням законодавства, а також звичаям та практиці в цій професії, у галузі економічної діяльності чи країні з урахуванням принципів сумлінності.

Таким чином, виходячи з аналізу положень наведених міжнародних стандартів можна зробити висновок, що процедури розгляду звернень працівників охоплюють не тільки наявні між працівниками та роботодавцями розбіжності інтересів і потреб, але й конфліктні ситуації, учасниками яких виступають виключно працівники. У цьому разі слід підкреслити, що лише трудовий конфлікт між працівником та роботодавцем може надалі перерости в індивідуальний трудовий спір. Неврегульовані ж конфліктні ситуації між працівниками категорію трудового спору не охоплюються. Однак зазначена обставина жодним чином не применшує колосального значення вирішення таких конфліктів для трудового права. Адже вони, крім дрібних виробничих питань, можуть стосуватися дуже важливих соціально-трудових аспектів, таких як прояви дискримінації, агресивне поводження з колегами, насильство, домагання, перешкоджання виконанню безпосередніх посадових обов'язків тощо.

Звертаючись до змісту процедур розгляду звернень працівників, слід констатувати, що вони не є однотипними та передусім залежать від організаційної структури та економічних можливостей окремого роботодавця. Але в будь-якому разі такі процедури мають:

- розроблятися та затверджуватися за активної участі професійних спілок або інших представників працівників, що виступає додатковою гарантією дотримання прозорих та орієнтованих на практичний результат процедур;
- бути лаконічним та містити якомога просте викладення їхнього змісту, що забезпечить легке сприйняття широким колом працівників, не залежно від рівня освіти;
- ураховувати принцип рівних прав та можливостей чоловіків та жінок, а також інтереси працівників, які належать до однієї або кількох вразливих груп (особи з інвалідністю, неповнолітні, люди, які живуть з ВІЛ, етнічні меншини та ін.);
- встановлювати швидкі терміни реалізації та уникати зайвого формалізму;
- забезпечувати інформування працівників про всі заходи, яких вживають у межах процедури розгляду їхніх звернень;
- наголошувати на праві працівників на супроводження представниками профспілки або колегами по роботі на всіх стадіях розгляду їхнього звернення;
- містити ефективні заходи для забезпечення збереження конфіденційної інформації;
- включати механізми недопущення переслідування працівника у зв'язку з його зверненням до роботодавця;
- забезпечувати можливість додаткового перегляду звернення працівника однією або кількома вищими інстанціями в організаційній структурі роботодавця.

Висновки. На підставі вищевикладеного хотілось би ще раз звернути увагу на ту обставину, що наявні на цей час в Україні механізми вирішення індивідуальних трудових спорів не можна назвати повністю ефективними. Певною мірою це викликано законодавчими прогалинами в регулюванні процедур вирішення трудових спорів. Тому є цілком логічним, що в умовах сьогодення наведені процедури не завжди приводять до позитивних наслідків. Розв'язання цієї проблематики потребує комплексних та досить значних зусиль, пов'язаних, наприклад, із розробленням процесуального трудового законодавства або запровадженням спеціального трудового суду. У свою чергу, це, по-перше, вимагає великих організаційних та фінансових витрат, а, по-друге, не може бути належним чином реалізованим без прийняття нового кодифікованого акта в сфері праці.

Зазначена обставина акцентує увагу на проблематиці запобігання трудовим спорам, яка не потребує проведення додаткових реформ у сфері праці, а реалізується на локальному рівні шляхом розроблення та

запровадження відповідних процедур розгляду звернень працівників. Ці процедури забезпечують можливість працівникам та роботодавцями самостійно врегульовувати індивідуальні конфлікти, що виникають в трудових відносинах та надалі можуть мати наслідком виникнення трудових спорів. Слід підкреслити, що процедура розгляду звернень працівників, що функціонує належним чином, сприятиме не тільки запобіганню трудовим спорам, але й дозволить прогнозувати та нівелювати їх виникнення в майбутньому. Крім того, існування такої процедури, що спрямована також і на врегулювання конфліктних ситуацій безпосередньо між працівниками, матиме свій загальний позитивний ефект, посилюючи в трудовому колективі відчуття справедливості, злагодженості інтересів та довіри до роботодавця.

Список використаних джерел

1. *Шумило М. М.* Медіація як інструмент вирішення трудових спорів: невичерпний ресурс для розвантаження судової системи // Юридична Газета. 2020. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/trudove-pravo/mediaciya-yak-instrument-virishennya-trudovih-sporiv-nevicherpniy-resurs-dlya-rozvantazhennya-sudovo.html (дата звернення 22.08.2022).

2. *Бурак В. Я.* Правовий механізм захисту трудових прав та законних інтересів працівників : монографія. Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2021. 440 с.

3. *Ярошенко О. М.* Джерела трудового права України : автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.05. Х., 2007. 42 с.

4. *Іншин М. І.* Трудові конфлікти та трудові спори у системі соціальних конфліктів // Форум права. 2006. № 2. С. 71–75. URL: http://www.center-social-law.com/bitstream/123456789/56/1/70.pdf (дата звернення 22.08.2022).

References

1. Shumylo, M.M. (2020). Mediatsiya yak instrument vyrishennya trudovykh sporiv: nevycherpnyy resurs dlya rozvantazhennya sudovoyi systemy [The mediation as a tool for resolving labour disputes: an inexhaustible resource for unloading the judicial system]. Yurydychna Hazeta [Legal Gazette]. https://yur-gazeta.com/publications/practice/trudove-pravo/mediaciya-yak-instrument-virishennya-trudovih-sporiv-nevicherpniy-resurs-dlya-rozvantazhennya-sudovo.html (in Ukrainian).

2. Burak, V.Y. (2021). Pravovyy mekhanizm zakhystu trudovykh prav ta zakonnykh interesiv pratsivnykiv [The legal mechanism for protection of labour rights and legitimate interests of employees]. L'viv: L'vivs'kyy natsional'nyy universytet imeni Ivana Franka (in Ukrainian).

3. Yaroshenko, O.M. (2007). Dzherela trudovoho prava Ukrayiny [Sources of labour law of Ukraine] [Avtoref. dys... d-ra yuryd. nauk]. Nats. yuryd. akad. Ukrayiny im. YA. Mudroho [Yaroslav Mudryi National Law University], Kharkiv (in Ukrainian).

4. Inshyn, M.I. (2006). Trudovi konflikty ta trudovi spory u systemi sotsial'nykh konfliktiv[Labour conflicts and labour disputes in the system of social conflicts]. Forum prava [Law forum], (2), 71-75. http://www.center-social-law.com/bitstream/123456789/56/1/70.pdf (in Ukrainian).

Received: 23.08.22
Revised: 26.08.22
Accepted: 16.09.22

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

CONCERNING THE PREVENTION OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES

The paper analyses the peculiarities of prevention of labor disputes through the implementation of grievance procedures at the enterprise level.

The existing mechanisms for resolving individual labor disputes in Ukraine cannot be called fully effective, which is primarily due to the lack of balanced legislative regulation of this issue. In addition, the result of the resolution of an individual labor dispute does not always lead to the satisfaction of the interests of both sides of the employment relationship – the employee and the employer. In this regard, an important place in the current labor law belongs to the procedures for preventing labor disputes. These procedures are generally implemented at the local level, through the prism of consideration by the employer of the grievances of employees related to the existing conflict situations in the working environment.

National legislation does not contain any requirements for employers to deal with employee grievances. Such procedures can be part of the employer's internal labor rules and regulations, or be developed in the form of a separate local normative act of the employer. The grievance procedures are not uniform and primarily depend on the organizational structure and economic capabilities of a particular employer. But in any case, such procedures must: be developed and approved with the active participation of trade unions or other employee representatives; set quick deadlines for implementation and avoid unnecessary formalism; contain effective measures to ensure the safety of confidential information; be simple in content; ensure that employees are informed of all steps and measures taken as part of the grievance procedure; ensure the right of employees to be accompanied by trade union representatives or other employees at all stages of consideration of complains; ensure the principle of equal rights and opportunities for men and women.

The adoption of the grievance procedures at the enterprise enables employees and employers to independently resolve individual conflicts that arise in the field of work and may subsequently result in labor disputes. A properly functioning procedure for handling employee claims will not only help prevent labor disputes, but will also allow prediction and elimination of their occurrence in the future. In addition, the existence of such a procedure, which is also aim at resolving conflict situations directly between employees, will have its overall positive effect, strengthening among employees a sense of fairness, coherence of interests and trust in the employer.

Keywords: individual labor disputes, labor conflicts, prevention of labor disputes, commission on labor disputes, mediation.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 20-24
УДК: 347.77.01
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-4

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

В. Гринчук, асп.
ORCID ID: 0000-0001-5747-6454
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ВИЩИЙ СУД З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ДІЯЛЬНОСТІ

Досліджено особливості захисту прав інтелектуальної власності з огляду на формування в Україні спеціалізованого судового органу з розгляду і вирішення спорів у цій сфері – Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Проаналізовано характерні риси та труднощі судового розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності, суперечності чинного законодавстві України, що регулює відносини інтелектуальної діяльності, організаційні питання, проблеми та перспективи діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності, сформульовано висновки щодо вдосконалення системи правової охорони інтелектуальної власності.

У процесі дослідження особливостей та перспектив діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності було використано загальнонаукові та спеціальні юридичні методи, зокрема діалектичний, формально-логічний, історичний, нормативно-порівняльний, системно-структурний тощо.

На підставі розгляду особливостей захисту прав інтелектуальної власності в судовому порядку, оцінювання проблеми та окреслення перспектив діяльності спеціалізованого суду з розгляду та вирішенню спорів у сфері інтелектуальної власності – Вищого суду з питань інтелектуальної власності, зроблено висновок, що наразі в Україні сформована необхідна законодавча база, яка забезпечувала би реалізацію та гарантувала дотримання прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Проте складність розглядів спорів у сфері інтелектуальної власності, їх тривалість, відсутність узагальненої судової практики – ці чинники негативно впливають на рівень правової захищеності суб'єктів інтелектуальної власності. Розв'язання зазначених проблем має забезпечити функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності, створення та ефективна діяльність якого значно підвищить рівень охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, захист прав, IP-суд, патентний суд, господарський процес.

Вступ. Право інтелектуальної власності має важливе значення у разі наявності необхідних та ефективних засобів, спрямованих на запобігання правопорушенням, поновлення порушених прав та відшкодування заподіяних збитків. Тому питання правового захисту відіграють основоположну роль у реалізації будь-якого суб'єктивного права, що особливо важливо для системи прав інтелектуальної власності, у сфері якої спостерігається значна кількість правопорушень, а спори цієї категорії небезпідставно належать до категорії найскладніших. На сьогодні в Україні проводиться судова реформа, одним із напрямів якої є поглиблення спеціалізації суддів, що стало наслідком створення окремого судового органу – Вищого суду з питань інтелектуальної власності.

Проблема утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності в Україні була предметом дослідження значної кількості науковців та юристів-практиків. О. Блажівська, О. Дорошенко, А. Кодинець, О. Орлюк, М. Потоцький, О. Штефан звертали увагу на окремі засади функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Водночас організаційним аспектам, проблемам та перспективам діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності приділялася недостатня увага, що зумовлює актуальність звернення до дослідження цієї проблематики.

Метою статті є наукове дослідження особливостей розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності, суперечностей чинного законодавстві України, що регулює відносини інтелектуальної діяльності, проблем та перспектив діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності та визначення шляхів їх розв'язання.

Основні результати. Насамперед розглянемо основні проблеми, що виникають у зв'язку із захистом суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів у галузі інтелектуальної власності, що зумовили необхідність створення спеціалізованої судової установи з розгляду та вирішення спорів у цій сфері.

До найбільш важливих слід зарахувати підвищення рівня підготовки суддів, що розглядають спори у сфері прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, скорочення строків розгляду цієї категорії спорів, підвищення рівня правозастосування в умовах законодавчих змін тощо. Зупинимося на основних проблемах розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності.

По-перше, незважаючи на оновлення законодавства у сфері інтелектуальної власності протягом останніх кількох років, внесення змін до законів України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі" [1], "Про охорону прав на промислові зразки" [2], "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" [3] у частині запровадження адміністративної (позасудової) процедури визнання недійсними патентів на винаходи та корисні моделі, свідоцтв та патентів на промислові зразки Апеляційною палатою Національного органу інтелектуальної власності (надалі- НОІВ), усе ж констатуємо, що основою захисту прав та інтересів особи у сфері ІВ залишатиметься насамперед судовий захист. Адже спори, що випливають з прав інтелектуальної власності на зазначені об'єкти, є предметом судового розгляду.

Наразі в Україні проводиться реформа патентного законодавства, здійснення якої було започатковано прийнятими в липні 2020 р. Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями" [4] та Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства" [5]. Однією із новел цих законів є можливість визнання недійсними патентів на винаходи та корисні моделі та на промислові зразки Апеляційною палатою. Проте стосовно свідоцтв на торго-

© Гринчук В., 2022

вельні марки така можливість не передбачена. Тому, як і раніше, наразі визнання недійними свідоцтв на знаки для товарів і послуг буде відбуватися лише в судовому порядку. Саме спори про право інтелектуальної власності на торговельні марки є найчастіше предметом судового розгляду судами господарської юрисдикції.

По-друге, не можна не відзначити, що спори у сфері інтелектуальної власності зазвичай належать до одних із найбільш складних спорів, судова практика щодо яких характеризується достатньою різноманітністю.

У цьому зв'язку, саме узагальнення судової практики судів господарської юрисдикції дозволяла усунути наявні прогалини законодавчого регулювання відносин інтелектуальної власності та виробити напрацьовані процедури розгляду та вирішення спорів у цій сфері, забезпечити належний і ефективний захист прав їх суб'єктів. Положення постанов Пленум Вищого господарського суду України "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності" № 12 від 17.10.2012 р. [6] та № 5 "Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності" від 23.03.2012 [7] сприяли формуванню єдиних підходів до розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності інтелектуальної власності, незважаючи на особливості контурного судового спору, зумовленого специфікою кожного окремого об'єкта.

Подекуди суди повинні брати на себе функції нормотворця та застосувати право за відсутності відповідного нормативного базису. Наприклад, постанова Верховного Суду у справі № 910/4947/18 [8], де суд визначив про пріоритетність застосування норм Угоди про асоціацію порівняно із Законом України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" у частині дострокового припинення чинності свідоцтва в разі його невикористання протягом 5-річного строку, а не 3-річного строку, як це визначалося у тогочасній редакції зазначеного Закону.

Водночас наразі виникає потреба переглянути з урахуванням сучасних реалій та змін законодавства окремі положення зазначених узагальнень судової практики

По-третє, розгляд та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності нерідко вимагає спеціальних професійних знань і практичних навичок.

Як слушно зазначає А. Кодинець: "суддя, який розглядає спір у сфері інтелектуальної власності, часто змушений, поряд із вирішенням суто правових питань (про наявність чи відсутність права, факту правопорушення, розміру заподіяної шкоди тощо), також досліджувати технічні аспекти, що належать до предмета доведення (наприклад, питання схожості конфліктних позначень, використання у виробі відповідача всіх ознак, включених до незалежних пунктів формули винаходу, що охороняється патентом позивача, новизни сукупності суттєвих ознак промислового зразка тощо)" [9]. Сприяти вирішенню таких питань покликана призначена судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності.

Проте призначення експертиз під час розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності також не розв'язує всіх проблем і не має бути панацеєю. Тривалість проведення судової експертизи, відсутність єдиних підходів та, подекуди, неоднозначність висновків судових експертів під час вирішення питань інтелектуальної власності часто є причиною затягування розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності [9].

Відзначимо, що Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС) [10] передбачено, що процедури, які стосуються захисту прав інтелектуальної власності, не можуть бути безпідставно ускладнені або вартість їх здійснення не повинна бути високою або супроводжуватися значними матеріальними затратами, містити безпідставні часові обмеження або невиправдані затримки.

У постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 5 "Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності" [7] наголошується, що питання про призначення судової експертизи має вирішуватися лише після ґрунтовного вивчення обставин справи і аргументів сторін щодо реальної необхідності такого призначення. З урахуванням конкретних обставин справи та в разі, коли знань судді достатньо для з'ясування обставин справи, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, можливе вирішення суддею (суддями) питань, які виникають у розгляді справи, з позиції споживача без призначення судової експертизи.

По-четверте, складнощі виникають також у визначенні підвідомчості справ, що виникають з правовідносин інтелектуальної власності [9]. Особливо гостро це питання постає у сфері розмежування компетенції господарських та адміністративних судів у спорах про визнання недійсними правоохоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності. Як співвідповідач у таких спорах разом із власником охоронного документа виступає центральний орган влади, який реалізує політику у сфері інтелектуальної власності, а отже, формально такі спори можуть бути підвідомчі адміністративним судам. Однак спори щодо визнання недійсними правоохоронних документів є різновидом спорів про право, оскільки в кінцевому підсумку на підставі судового рішення підтверджуються або визнаються недійсними майнові права інтелектуальної власності щодо результату творчої діяльності, який охороняється патентом чи свідоцтвом.

У цьому зв'язку слід наголосити про практику Верховного Суду [11], згідно з якою спори щодо визнання недійсними правоохоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності підлягають вирішенню судами згідно з правилами господарського чи цивільного судочинства залежно від правового статусу сторін судового процесу.

Зазначені проблеми сукупно зумовили необхідність звернення до питання про формування спеціалізованого суду, який матиме за мету ефективний розгляд та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності.

Зазначимо, що за часів перебування території України у складі СРСР ефективного механізму захисту порушених прав інтелектуальної власності не було. Передбачені законодавством санкції були незначні, а судова процедура складною. У результаті в разі масових порушень прав інтелектуальної власності кількість судових справ була мізерною. Саме тоді почалося обговорення створення суду, до компетенції якого належав би розгляд справ щодо інтелектуальної власності.

В Україні створення патентного суду обговорювалося протягом тривалого часу. Уперше створення такого суду передбачалося Законом СРСР "Про винаходи в СРСР" 1991 р., у якому вказувалося на роботу окремого органу з розгляду спорів – Патентного суду СРСР [12]. У зв'язку з розпадом Радянського Союзу на території України цей нормативний акт не набув чинності. На офіційному рівні в незалежній Україні питання про створення так званого "спеціалізованого патентного суду" постало в Указі Президента "Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні" від 27 квітня 2001 року [13], у якому Кабінету Міністрів України

було доручено вивчити питання щодо створення спеціалізованого патентного суду. Про необхідність створення спеціалізованого Суду з питань інтелектуальної власності було зазначено в Концепції розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності [14]. Дискусії щодо доцільності його функціонування в Україні завершилися підписанням у вересні 2017 р. указу Президента України "Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності" [15].

Статтею 31 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 2 червня 2016 року [16] передбачено створення двох Вищих спеціалізованих судів, а саме Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду. Наразі проблема початку здійснення правосуддя Вищим судом з питань інтелектуальної власності досі не знайшла свого розв'язку: з 2019 року у зв'язку з розпуском Вищої кваліфікаційної комісії суддів України конкурс призупинився та не продовжується, оскільки не реформована Вища кваліфікаційна комісія суддів, яка має завершити проходження кандидатами конкурсу. При цьому указ про створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності було підписано Президентом у вересні 2017 р. [15].

Одразу можемо відмити певну некоректність формулювання назви цього спеціалізованого судового органу. Суд як орган, що здійснює правосуддя, загалом не займається вирішенням питань, зокрема й питань інтелектуальної власності. Будь-який судовий орган має бути спрямований на розгляд та вирішення спорів відповідної сфери, тому більш правильно говорити про суд із розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності або суд у справах інтелектуальної власності, але не про суд з питань інтелектуальної власності.

Ще один важливий момент, який стосується назви суду – це зазначення у її складі слова "вищий", що викликає у пересічного громадянина закономірний висновок про наявність поряд із "вищим судом з питань інтелектуальної власності" також "звичайних" судів із розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності. Водночас аналіз переліку справ, зарахованих законодавством до компетенції Вищого суду з питань інтелектуальної власності, дозволяє констатувати, що зазначений суд виконуватиме функції суду першої та апеляційних інстанцій.

Згідно з п. 2 ст. 20 ГПК України [17] Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає справи щодо прав інтелектуальної власності, зокрема:

1) Справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку (знак для товарів і послуг), комерційне найменування та інших прав інтелектуальної власності, зокрема й щодо права попереднього користування.

2) Справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси.

3) Справи про визнання торговельної марки добре відомою.

4) Справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав, зокрема й у спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами.

5) Справи у спорах щодо укладання, зміни, розірвання і виконання договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, комерційної концесії.

6) Справи у спорах, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету.

ГПК України в п. 3 ч. 24 також зазначає, що Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядається як суд першої інстанції. Апеляційна палата Вищого суду з питань інтелектуальної власності переглядає в апеляційному порядку судові рішення, ухвалені Вищим судом з питань інтелектуальної власності (ст. 25 ГПК України).

За цих обставин, відзначаємо умовність формулювання слова "вищий" у складі назви суду – адже він буде функціонувати лише як суд першої та апеляційної інстанцій. Функції касаційного перегляду справ, винесених зазначеним судом, як і раніше, належатимуть Верховному Суду.

Наразі в Україні продовжується реформа судової влади, що має на меті підвищити роль та значення суду як основного державного органу, який здійснює правосуддя, забезпечити належну реалізацію та надійний захист прав та інтересів осіб у сфері інтелектуальної власності. Однією зі складових цієї реформи є формування та ефективне функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності, який, незважаючи на його формальне створення, з 2017 р. так і не почав свою діяльність.

Одним із негативних факторів, що перешкоджає його функціонуванню, є проблема низького нормативного забезпечення діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Зокрема, наразі спеціального закону, який регулював би діяльність Вищого суду з питань інтелектуальної власності, не прийнято, що зумовлює правову невизначеність питань, пов'язаних із діяльністю Суду.

Однак, як слушно відзначає М. Потоцький: "навіть ухвалення такого закону не розв'язує всіх проблем. Варто пам'ятати про цілі, яких ми прагнемо досягти, створюючи спеціалізований суд: розв'язати проблему конфлікту різних видів юрисдикції та уніфікації практики застосування судами законодавства про інтелектуальну власність; скоротити строки розгляду цих спорів; покращити кадрове забезпечення; забезпечити адекватне застосування способів захисту прав до специфічних правовідносин у цій сфері" [18].

Нерозв'язаною також залишається проблема різних вимог до кандидатів на посаду судді такого суду. Згідно із Законом України "Про судоустрій і статус суддів" [16] суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності може бути особа, яка відповідає одній із таких вимог: має стаж роботи на посаді судді не менше ніж три роки; досвід діяльності патентного повіреного не менше як п'ять років; досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності не менше ніж п'ять років; має сукупний стаж роботи з вищезазначеними параметрами.

Передусім звертаємо увагу на те, що для кандидата, який має стаж роботи судді, ставляться вимоги, які не пов'язані зі сферою інтелектуальної власності. За таких обставин може виникнути ситуація, за якої особа, яка працювала суддею щонайменше три роки, проте не розглядала жодної справи у сфері інтелектуальної власності, може претендувати на обрання суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Перешкоджає проведенню конкурсу кандидатів на посаду судді процес оновлення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, уповноваженої забезпечувати підбір судових кадрів.

Ще однією проблемою майбутньої діяльності цього суду є визначення процесуального порядку здійснення правосуддя з розгляду та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, відповідно до ст. 20 ГПК України Вищий суд з питань інтелектуальної власності має розглядати спори за правилами господарського судочинства, підставу для такого висновку надає сам факт визначення компетенції суду в нормах ГПК України. Водночас наразі значна кількість спорів у цій сфері розглядається у порядку цивільного судочинства з огляду на участь фізичної особи (автора, виконавця, винахідника тощо) як сторони спору. Спори у сфері інтелектуальної власності можуть бути предметом розгляду також за правилами адміністративного процесу, наприклад, коли йдеться про порушення митних правил чи адміністративних процедур набуття прав інтелектуальної власності. У закордонних законодавствах також існують різні підходи до цього. Наприклад, Шведський патентний суд керується адміністративним процесом, Суд інтелектуальної власності Великої Британії та Патентний суд Австрії – цивільним, Федеральний патентний суд Німеччини – адміністративним і цивільним [19].

У цьому зв'язку слід погодитися з позицією науковців, які пропонують доповнити положення ГПК України нормами щодо деталізації юрисдикції суду та зарахування до неї спорів про адміністративні правопорушення, митні, трудові та кримінальні справи у сфері інтелектуальної власності [18]. Вважаємо, що розгляд зазначених категорій справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності повинен здійснювати саме Вищий суд з питань інтелектуальної власності.

Висновки. Підбиваючи підсумки розгляду окремих проблем захисту прав інтелектуальної власності в судовому порядку та перспектив діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності, можна констатувати, що наразі в Україні сформована необхідна законодавча база, яка забезпечувала б реалізацію та гарантування дотримання прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Складність розглядів спорів у сфері інтелектуальної власності, їх тривалість, відсутність єдиних судових підходів до вирішення цієї категорії спорів – зазначені фактори негативно впливають на рівень правової захищеності суб'єктів інтелектуальної власності, дотримання прав на результати інтелектуальної діяльності. Розв'язанню зазначених проблем має сприяти функціонування спеціалізованого суду з розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності – Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Створення та ефективна діяльність цього суду значно підвищить рівень охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності, забезпечить дієвість їх правого захисту з боку держави.

Список використаних джерел

1. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 7, ст. 32. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12#Text. (дата звернення 20.08.2022).

2. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15.12.1993 (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 7, ст. 34. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12#Text (дата звернення 20.08.2022).

3. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15.12.1993 (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 7, ст. 36. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення 20.08.2022).

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями : Закон України від 21.07.2020 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 7, ст. 36. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12#Text (дата звернення 20.08.2022).

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства : Закон України від 21.07.2020 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2020. № 52, ст. 496. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text.

6. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 № 12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text (дата звернення 20.08.2022).

7. Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності : постанова пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text (дата звернення 20.08.2022).

8. Постанова Верховного Суду у справі № 910/4947/18 // Судова влада України. 2019, 3 липня. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/754216/ (дата звернення 20.08.2022).

9. *Кодинець А.* Захист прав інтелектуальної власності в умовах впровадження судової реформи // Підприємство, господарство і право. 2018. №3 http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/3/3.pdf (дата звернення 20.08.2022).

10. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2016. № 12, ст. 133. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018_(дата звернення 20.08.2022).

11. Рішення ВС України від 16.06.2015 р. у справі №21-227а15 // Протокол. 2015, 16 червня. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vsu_vid_16_06_2015_roku_u_spravi_21_377a15/ (дата звернення 20.08.2022).

12. Об изобретениях в СССР : Закон СССР от 31 мая 1991 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1991. № 25. Ст. 703.

13. Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні : Указ Президента України від 27.04.2001 року № 285/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285/2001 (дата звернення 20.08.2022).

14. Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки : Рішення Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності, оформлене Протоколом № 11 від 11.03.2009. URL: http://sips.gov.ua/ua/normative_acts.html (дата звернення 20.08.2022).

15. Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності : Указ Президента України від 29 вересня 2017 року № 299/2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017 (дата звернення 20.08.2022).

16. Про внесення змін до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16.10.2019 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2019. № 50, ст. 354. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-20#Text (дата звернення 20.08.2022).

17. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1992. № 6, ст. 56. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text/ (дата звернення 20.08.2022).

18. *Потоцький М.* Варто пам'ятати про цілі, яких ми прагнемо досягти, створюючи спеціалізований IP-суд // Закон і бізнес. 2021. URL: https://zib.com.ua/ua/147073.html. (дата звернення 20.08.2022).

19. *Пашковська Т.* Вищий "інтелектуальний" суд: на фінішній прямій // Юридична газета. 2017. URL: https://yur-gazeta.com/publications/actual/vishchiy-intelektualniy-sud-na-finishniy-pryamiy.html (дата звернення 20.08.2022).

References

1. Pro okhoronu prav na vynakhody i korysni modeli: Zakon Ukrainy [On protection of rights to inventions and utility models: The Law of Ukraine] vid 15.12.1993 (zi zminamy). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12#Text (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

2. Pro okhoronu prav na promyslovi zrazky Zakon Ukrainy [on the protection of rights to industrial designs: The Law of Ukraine] vid 15.12.1993 (zi zminamy). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12#Text (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

3. Pro okhoronu prav na znaky dlia tovariv i posluh: Zakon Ukrainy [n protection of rights to signs for goods and services:The Law of Ukraine] 15.12.1993 (zi zminamy). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3689-12. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

4. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo posylennia okhorony i zakhystu prav na torhovelni marky i promyslovi zrazky ta borotby z patentnymy zlovzhyvanniamy: Zakon Ukrainy [On making changes to some legislative acts of Ukraine regarding the strengthening of the protection and protection of rights to trademarks and industrial designs and the fight against patent abuse: The Law of Ukraine] vid 21.07.2020 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12#Text. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

5. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo reformy patentnoho zakonodavstva: Zakon Ukrainy [On making changes to some legislative acts of Ukraine regarding patent legislation reform: The Law of Ukraine] vid 21.07.2020 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

6. Pro deiaki pytannia praktyky vyrishennia sporiv, poviazanykh iz zakhystom prav intelektualnoi vlasnosti: postanova plenumu Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy [On some issues of the practice of resolving

disputes related to the protection of intellectual property rights: Resolution of the Plenum of the Higher Economic Court of Ukraine] vid 17.10.2012 № 12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

7. Pro deiaki pytannia praktyky pryznachennia sudovykh ekspertyz u spravakh zi sporiv, poviazanykh iz zakhystom prava intelektualnoi vlasnosti" vid: postanova plenumu Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy [On some issues of the practice of appointing forensic experts in cases of disputes related to the protection of intellectual property rights" from: Resolution of the Plenum of the Higher Economic Court of Ukraine] vid 23.03.2012 №5 12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

8. Postanova Verkhovnoho Sudu [Resolution of the Supreme Court] u spravi №910/4947/18. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/754216/(accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

9. Kodynets, A. (2018). Zakhyst prav intelektualnoi vlasnosti v umovakh vprovadzhennia sudovoi reformy. [Protection of intellectual property rights in the conditions of implementation of judicial reform.] Pidpryiemstvo, hospodarstvo i pravo [Enterprise, economy and law] №3 http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/3/3.pdf. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

10. Uhoda pro torhovelni aspekty prav intelektualnoi vlasnosti [Agreement on trade aspects of intellectual property rights] vid 15.04.1994 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

11. Rishennia VS Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 16.06.2015 r. u spravi №21-227a15 URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vsu_vid_16_06_2015_roku_u_spravi_21_377a15/ (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

12. Ob yzobretenyiakh v SSSR : Zakon SSSR [On inventions in the USSR: Law of the USSR] ot 31 maia 1991 h. // Vedomosty Verkhovnoho Soveta SSSR. – 1991. – № 25. – St. 703.(in russian)

13. Pro zakhody shchodo okhorony intelektualnoi vlasnosti v Ukraini: Ukaz Prezydenta Ukrainy [On measures to protect intellectual property in Ukraine: Decree of the President of Ukraine] vid 27.04.2001 roku № 285/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285/2001. /(accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

14. Kontseptsiia rozvytku derzhavnoi systemy pravovoi okhorony intelektualnoi vlasnosti na 2009–2014 roky: Rishennia Kolehii Derzhavnoho departamentu intelektualnoi vlasnosti, oformlene Protokolom № 11 [Concept of development of the state system of legal protection of intellectual property for 2009-2014: Decision of the Board of the State Department of Intellectual Property, formalized by Protocol No. 11] vid 11.03.2009. URL: http://sips.gov.ua/ua/normative_acts.html. /(accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

15. Pro utvorennia Vyshchoho sudu z pytan intelektualnoi vlasnosti: Ukaz Prezydenta Ukrainy [On the establishment of the High Court on Intellectual Property: Decree of the President of Ukraine] vid 29 veresnia 2017 roku № 299/2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017. /(accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

16. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy "Pro sudoustrii i status suddiv" ta deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo diialnosti orhaniv suddivskoho vriaduvannia: Zakon Ukrainy [On amendments to the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" and some laws of Ukraine regarding the activities of judicial governance bodies: The Law of Ukraine] vid 16 zhovtnia 2019 roku № 193-IX. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2019, № 50, st.354. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

17. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Economic Procedure Code of Ukraine] vid 06.11.1991(zi zminamy). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text/ (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

18. Pototskyi, M. (2021). Varto pamiatyty pro tsili, yakykh my prahnemo dosiahty, stvoriuiuchy spetsializovanyi IP-sud. [It is worth keeping in mind the goals we aim to achieve by creating a specialized IP court] Zakon i biznes, [Law and business] URL: https://zib.com.ua/ua/147073.html. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

19. Pashkovska, T. (2017). Vyshchyi "intelektualnyi" sud: na finishnii priamii. [The high "intellectual" court: on the finish line]. Yurydychna hazeta.[Legal newspaper] URL: https://yur-gazeta.com/publications/actual/vishchiy-intelektualniy-sud-na-finishniy-pryamiy.html. (accessed: 20.08.2022) (in Ukrainian).

Received: 22.08.22
Revised: 01.09.22
Accepted: 16.09.22

V. Grynchuk, postgraduate stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE HIGH COURT ON INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES: PROBLEMS AND PROSPECTS OF ACTIVITY

The article examines the features of the protection of intellectual property rights, taking into account the formation in Ukraine of a specialized judicial body for the consideration and resolution of disputes in this area – the Supreme Court for Intellectual Property. The publication analyzes the characteristics and difficulties of litigation and dispute resolution in the field of intellectual property, contradictions with the current legislation of Ukraine governing relations of intellectual activity, organizational issues, problems and prospects for the activities of the Supreme Court on intellectual property issues, formulates conclusions on improving the system of legal protection of intellectual property.

In the process of studying the features and prospects of the activities of the Supreme Court on intellectual property issues, general scientific and special legal methods were used, in particular, dialectical, formal-logical, historical, normative-comparative, systemic-structural, etc.

Based on consideration of the features of protecting intellectual property rights in court, assessing the problem and determining the prospects for the activities of a specialized court for the consideration and resolution of disputes in the field of intellectual property – the Supreme Court on Intellectual Property, it was concluded that at present the necessary legislative framework has been formed in Ukraine, which would ensure the implementation and guarantee of compliance with the rights to the results of intellectual, creative activity. However, the complexity of adjudication of disputes in the field of intellectual property, their duration, the lack of generalized judicial practice – these factors negatively affect the level of legal protection of intellectual property subjects. The solution of these problems should ensure the functioning of the Supreme Court for Intellectual Property, the creation and effective operation of which will significantly increase the level of protection of the rights of intellectual property subjects.

Keywords: intellectual property, protection of rights, IP-court, patent court, economic process.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 25-30
УДК: 347.952.06.09(477):341.645.03]:[004.47:347.95]](045)
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-5

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

М. Корнієнко, асп.
ORCID ID: 0000-0003-0553-5824
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ОКРЕМИХ ІННОВАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ КЛОПОТАНЬ ПРО ВИЗНАННЯ ТА НАДАННЯ ДОЗВОЛУ НА ПРИМУСОВЕ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ

Окреслено основні проблеми, які виникають у процесі застосування окремих інноваційних технологій у разі подання до суду та розгляду клопотань про визнання та надання дозволу на примусове виконання іноземних судових рішень, а також висунення пропозицій для подолання наявних проблем. Використано загальнонаукові та спеціальні наукові методи, зокрема діалектичний метод, метод системного аналізу, дедукції, індукції, синтезу, формально-логічний та догматичний метод тощо. Проаналізовано положення Цивільного процесуального кодексу України, які закріплюють право учасників справ на подання до суду документів в електронній формі. Виокремлено три основні проблеми, які стосуються права заявників на подання клопотань про визнання та надання дозволу на виконання іноземних судових рішень в електронній формі. Перша проблема стосується неузгодженості положень глав 1 та 2 Розділу IX Цивільного процесуального кодексу України, а саме – відсутності у главі 2 будь-якого посилання на наявність у заявника права на подання клопотання та додатків до нього в електронній формі. Друга проблема випливає зі змісту актуальної редакції ч. 5 ст. 466 Цивільного процесуального кодексу України, яка передбачає право на подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду в електронні формі, але водночас встановлює суттєві обмеження для реалізації цього права. Зазначена норма не дає заявникам можливості реалізувати свої процесуальні права повною мірою та не зменшує формалізованість цивільного процесу. Третя проблема пов'язана з неоднаковим тлумаченням судами України норм цивільного процесуального законодавства та відсутністю єдиного підходу до визнання права заявників на подання документів до суду з використанням офіційної електронної адреси суду. Для розкриття окресленої проблематики наведено підходи місцевих судів та Верховного Суду, які демонструють відсутність сталого підходу та підтверджують висновки автора. Підкреслено важливість застосування широкого підходу до тлумачення законодавства, що регламентує порядок подання документів в електронній формі в умовах воєнного стану, що триває в Україні. Наведено пропозиції щодо розв'язання цих проблем.

Ключові слова: рішення іноземного суду, визнання рішення іноземного суду, звернення судового рішення до примусового виконання, інноваційні технології, Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система.

Вступ. *Актуальність теми дослідження.* Повномасштабна війна, яка з 24 лютого 2022 року триває на території України, актуалізувала питання безперешкодного доступу громадян до правосуддя. Законом України "Про правовий режим воєнного стану" передбачена заборона на скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства. Правосуддя на території, на якій введено воєнний стан, здійснюється лише судами, які продовжують діяти в межах, передбачених Конституцією та законами України [2, ст. 12–2].

Таким чином, під час дії воєнного стану основоположне право особи на судовий захист та відповідний обсяг процесуальних прав залишається непорушним.

Водночас на практиці постає низка проблем, які не дозволяють учасникам судових справ повною мірою реалізовувати надані їм процесуальні права. Зокрема, існують проблеми з особистим прибуттям до суду, особистою або через представника участю у судовому засіданні, поданням процесуальних документів у паперовому вигляді поштою або через канцелярію суду тощо.

У межах статті пропонуємо проаналізувати проблематику застосування інноваційних технологій у розгляді судами України клопотань про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень іноземних судів. Актуальність вибраної теми дослідження пояснюється тим, що значна частина клопотань про визнання та надання дозволу на виконання іноземних судових рішень подається громадянами іноземних держав, які в умовах воєнного стану, що триває в Україні, мають істотні труднощі в реалізації своїх процесуальних прав. Одним зі шляхів подолання таких труднощів є застосування інноваційних технологій, які дозволяють учасникам справ ініціювати судові процеси і брати повноцінну участь у розгляді справ віддалено.

Метою дослідження є окреслення основних проблем, які виникають у процесі застосування окремих інноваційних технологій під час подання до суду та розгляду клопотань про визнання та надання дозволу на примусове виконання іноземних судових рішень, а також висунення пропозицій для подолання наявних проблем. Для досягнення зазначеної мети було досліджено норми чинного законодавства України та проаналізовано національну судову практику та практику Європейського суду з прав людини. Було використано загальнонаукові та спеціальні наукові методи, зокрема діалектичний метод, метод системного аналізу, дедукції, індукції, синтезу, формально-логічний та догматичний метод тощо. *Об'єктом дослідження* є правовідносини, що виникають у зв'язку із застосуванням інноваційних технологій у цивільних справах щодо визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень іноземних судів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти інституту визнання та звернення до виконання іноземних судових рішень досліджували такі вчені, як О. М. Клименко, Д. А. Мінченко, Ю. Д. Притика, Ю. В. Черняк, С. Я. Фурса та інші. Питання застосування інноваційних технологій під час здійснення правосуддя та пов'язану з цим проблематику досліджували О. В. Бринцев, Ж. В. Васильєва-Шаламова, М. О. Гетманцев, І. О. Ізарова, І. В. Камінська, В. С. Мильцева та інші. Водночас комплексного наукового дослідження, яке розкривало б питання застосування інноваційних

© Корнієнко М., 2022

технологій під час розгляду клопотань про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень іноземних судів, на сьогодні не проведено.

Основні результати. Чинна редакція Цивільного процесуального кодексу (надалі – *ЦПК*) України закріплює окремі механізми, які дозволяють учасникам судових справ ефективно реалізовувати свої процесуальні права попри різні перешкоди.

Одним із найбільш дієвих механізмів є право на подання процесуальних документів у електронному вигляді. Згідно з ч. 5 ст. 43 ЦПК України документи (зокрема й процесуальні документи, письмові та електронні докази тощо) можуть подаватися до суду, а процесуальні дії вчинятися учасниками справи в електронній формі з використанням Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи [1, ст. 43].

Відповідно до положень ч. 8 ст. 43 ЦПК України, якщо документи подаються учасниками справи до суду або надсилаються іншим учасникам справи в електронній формі, то такі документи скріплюються електронним цифровим підписом учасника справи (його представника) [1, ст. 43].

Проблемні питання нормативного закріплення права на подання клопотань в електронній формі. Розгляд питання про визнання та звернення до примусового виконання на території України рішення іноземного суду ініціюється відповідним клопотанням заявника, яке останній подає до місцевого суду за місцем проживання або перебування боржника у справі. Для іноземних рішень, які підлягають примусовому виконанню, окрім визнання, потрібно отримати дозвіл українського суду і на виконання такого рішення на території України.

Розгляд клопотань про визнання рішень, які підлягають примусовому виконанню, здійснюється за правилами, визначеними Главою 1 Розділу IX ЦПК України. Глава 2 вказаного розділу регламентує порядок розгляду клопотань про визнання рішень іноземних судів, які не підлягають примусовому виконанню.

Далі на прикладі положень вказаних глав ЦПК України розглянемо, яким чином врегульовано право заявників на подання клопотання та додатків до нього в електронному вигляді.

Стаття 466 ЦПК України встановлює порядок подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Як передбачено ч. 1 вказаної статті, клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається у письмовій формі. Ч. 3 встановлює перелік документів, які треба додавати до клопотання, серед них а) засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання; б) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало чинності (якщо це не зазначено в самому рішенні); в) документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про дату, час і місце розгляду справи; г) документ, що визначає, у якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше); д) документ, що посвідчує повноваження представника (якщо клопотання подається представником); е) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України [1, ст. 466]. Зазначені документи вимагаються судом в тому випадку, коли міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, не визначено переліку документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого договору.

Відповідно до ч. 5 ст. 466 ЦПК України в разі подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду в електронній формі документи, зазначені в пунктах 1–4 частини 3 цієї статті, можуть подаватися у копіях, проте заявник повинен надати такі документи до суду до початку судового розгляду вказаного клопотання. У разі неподання вказаних документів клопотання повертається без розгляду, про що судом постановляється відповідна ухвала [1, ст. 466].

Щодо обмеження права на подання клопотань в електронній формі. Із зазначеного вище вбачається, що законодавець закріпив право заявника на подання клопотання та додатків до нього в електронній формі. Поряд з цим ч. 5 ст. 466 ЦПК України закріплює і суттєві обмеження цього права. У тому разі, коли заявник вирішив скористатися своїм правом на подання додатків до клопотання у електронній формі, до початку судового засідання йому потрібно буде подати до суду додатки (крім повноважень представника та перекладів) і в паперовому вигляді. Недотримання такого порядку подання документів матиме безальтернативним наслідком повернення клопотання без розгляду.

Наведена вимога закону видається такою, що фактично нівелює право заявника на подання документів в електронній формі та загальну тенденцію диджиталізації цивільного процесу. За ч. 5 ст. 466 ЦПК України право заявника на подання документів в електронній формі обмежується в часі та реалізується виключно до початку судового розгляду клопотання. Варто погодитися з авторами коментаря до ЦПК України, які підкреслюють, що закріплена в ч. 5 ст. 466 ЦПК України "диджиталізація" має фрагментарний характер та не зменшує формалізованості цивільного процесу, а лише додає зайвий етап для подання відповідних документів до суду [12, с. 946].

Варто зазначити, що ст. 472 ЦПК України, яка регламентує порядок подання клопотання про визнання рішення іноземного суду, яке не підлягає примусовому виконанню, узагалі не передбачає можливості подання клопотання та додатків в електронній формі. Така логіка законодавця видається дещо не зрозумілою з огляду на закріплення відповідного права для заявників за клопотаннями про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. При цьому ч. 1 ст. 472 ЦПК України встановлює, що клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, подається заінтересованою особою до суду в порядку, встановленому статтями 464–466 ЦПК України для подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, з урахуванням особливостей, главою 2 Розділу IX [1, ст. 472]. З наведеної норми можна зробити висновок, що ч. 5 ст. 466 ЦПК України має застосовуватися у разі подання до суду та розгляду клопотань про визнання рішення іноземного суду, яке не підлягає примусовому виконанню. Однак ч. 2 ст. 472 ЦПК України закріплює перелік документів, які мають бути долучені до клопотання, таким чином, що не дає очевидної можливості витлумачити з цієї норми право заявника на подання клопотання з додатками в електронній формі.

Незважаючи на особливості нормативного закріплення права на подання документів в електронній формі у главах 1–2 розділу IX ЦПК України, заявники мають можливість скористатися відповідним правом, закріпленим у ст. 43 ЦПК України. Водночас інститут визнання та звернення до виконання рішення іноземних судів має свої специфічні особливості, які полягають, зокрема, у необхідності дослідження доказів, які мають іноземне походження, виготовлені, оформлені та посвідчені за кордоном. Зазначене вимагає як від учасників справ, так і від суду особливої уваги та компетенцій. Таким чином, ми вважаємо виправданим як закріплення права на подання документів в електронному вигляді, так і регламентування порядку реалізації такого права, у спеціальних нормах ЦПК України, що регулюють порядок подання клопотань про визнання або надання дозволу на виконання іноземних судових рішень. Проте чинна редакція норм ст. 466 та ст. 472 ЦПК України потребує внесення відповідних змін.

Щодо проблематики подвійного нормативного регулювання інституту визнання та надання дозволу на виконання рішень іноземних судів. Інша проблема реалізації процесуального права на подання клопотань про визнання та звернення до примусового виконання рішень іноземних судів пов'язана з важливою особливістю інституту визнання та виконання іноземних судових рішень. Особливість полягає у тому, що зазначений інститут цивільного процесу характеризується подвійним нормативним регулюванням, а саме – регулюється як нормами міжнародного законодавства, ратифікованого Україною, так і нормами ЦПК України. При цьому в ч. 2 ст. 3 ЦПК України закріплений та визнаний примат міжнародного права. Тобто, якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, передбачено інші правила, ніж встановлені ЦПК України, то застосовуються правила міжнародного договору [1, ст. 3].

Постає логічне запитання про те, чи може застосовуватися ч. 5 ст. 466 або загальна норма ч. 5 ст. 43 ЦПК України у тому випадку, коли міжнародний договір України з іноземною державою, рішення суду якої запитується до виконання, не містить положень про право на подання клопотання та додатків до нього в електронній формі. З огляду на те, що більшість міжнародних договорів України, які закріплюють взаємні зобов'язання держав щодо виконання судових рішень, укладалися кілька десятиліть тому і не містять жодних умов про застосування інноваційних технологій, відповідь на це запитання видається доволі не однозначною.

З урахуванням спрямованості цивільного процесу України на спрощення доступу до суду, диджиталізацію та всебічне застосування інноваційних технологій, вважаємо, що як ч. 5 ст. 43, так і ч. 5 ст. 466 ЦПК України, які передбачають право заявників на подання до суду процесуальних документів разом з додатками в електронній формі, можуть застосовуватися судами і в разі відсутності в міжнародному договорі посилання на такий спосіб подання документів. У цьому разі вважаємо виправданим застосування розширювального тлумачення положень міжнародних договорів України, що відповідає завданню та основним засадам цивільного судочинства. У міжнародному публічному праві загальновизнаним вважається підхід, за яким процедури визнання та виконання іноземного судового рішення встановлюються законодавством запитуваної держави. Відповідно, і форма (спосіб подання) клопотання та додатків до нього, на наш погляд, може визначатися правом запитуваної держави, за умови відсутності в міжнародному договорі положень, які прямо суперечать внутрішньому законодавству.

Щодо можливості подання клопотань шляхом їх направлення на електронну адресу суду. Це ще одна проблема, яка нерідко виникає в процесі реалізації права на подання до суду документів у електронній формі, стосується способу такого подання.

Відповідно до абз. 2 ч. 8 ст. 14 ЦПК України особи, які зареєстрували офіційні електронні адреси в ЄСІТС, можуть подати процесуальні, інші документи, вчинити інші процесуальні дії в електронній формі виключно за допомогою ЄСІТС з використанням власного електронного цифрового підпису, прирівняного до власноручного підпису відповідно до Закону України "Про електронний цифровий підпис" [1, ст. 14].

Водночас з огляду на недосконалість окремих модулів ЄСІТС, на практиці учасники справ доволі часто направляють документи безпосередньо на електронну адресу суду. Якщо направлені на електронну адресу документи скріплені електронним цифровим підписом, це дозволяє суду належним чином ідентифікувати відправника документів.

Як свідчить судова практика, суди по-різному трактують питання про те, як учасники справи можуть реалізувати своє право на подання документів у електронній формі і чи допускається направлення документів на електронну адресу суду без використання ЄСІТС.

В Єдиному реєстрі судових рішень можна знайти ухвали, якими суди залишають клопотання без розгляду та повертають їх заявникам на тій підставі, що клопотання та додатки до нього були відскановані та направлені на електронну адресу суду, а не подані через підсистему "Електронний суд".

Суд при цьому зазначає, що заявникові необхідно подати клопотання та додані до нього матеріали в паперовій формі або направити вказане клопотання, скориставшись підсистемою "Електронний суд" [10].

Проте існує і протилежна практика, коли суд приймає до розгляду клопотання, що разом з додатками у вигляді сканованих копій було направлене на електронну адресу суду та скріплене електронним цифровим підписом. Наприклад, у межах справи № 639/8233/21 03 грудня 2021 року заявник направив на електрону адресу Жовтневого районного суду м. Харкова клопотання про визнання та надання дозволу на примусове виконання на території України рішення іноземного суду. Перевіривши підсудність справи, ухвалою від 07 грудня 2021 року суд відкрив провадження у справі. В ухвалі про відкриття провадження у справі суд роз'яснив заявникові, що в разі неподання доданих до клопотання документів у паперовій формі до початку розгляду клопотання, воно буде повернуте заявникові без розгляду.

02 лютого 2022 року на адресу суду від заявника надійшло клопотання про надання додаткових документів, а саме – засвідченої в установленому законом порядку копії рішення суду, про визнання якого клопотав заявник. У процесі розгляду справи суд, застосувавши норми міжнародного договору, який регулює спірні правовідносини (Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року), встановив, що заявником не було додержано вимог подання клопотання, не було надано

документ, з якого випливає, що сторона, проти якої було ухвалено рішення і яка не брала участі в процесі, була належним чином і вчасно викликана в суд, а в разі її процесуальної недієздатності була належним чином представлена. Ураховуючи викладене, суд дійшов висновку, що клопотання про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду слід повернути без розгляду [11].

Попри кінцеве судове рішення у цій справі, на її прикладі можна побачити, що місцевий суд визнав право заявника на подання клопотання саме шляхом його направлення на електронну адресу суду, що свідчить про застосування судом розширювального тлумачення процесуального закону.

У контексті цього питання варто зазначити, що 22 червня 2022 року Верховний Суд (надалі – *ВС*) у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду в ухвалі щодо справи № 204/2321/22 розглянув питання допустимості подання до суду документів у електронній формі без використання ЄСІТС шляхом направлення скріплених електронним цифровим підписом документів на електронну адресу суду [6].

Касаційна скарга за вказаною справою була мотивована, зокрема, шляхом здійснення посилання на постанову ВС від 03 травня 2022 року у справі № 205/5252/19, у якій суд касаційної інстанції визнав можливим подання документів на офіційну електронну адресу суду та зазначив, що подані в електронній формі процесуальні заяви вважаються належним чином підписаними в разі їх скріпленням електронним цифровим підписом [7]. У зазначеній постанові було зроблено посилання на правові висновки, викладені в попередній постановах ВС, зокрема на висновок із постанови від 30 березня 2021 року у справі № 530/544/16, згідно з яким чинне процесуальне законодавство не забороняє учаснику справи звернутися з процесуальними документами до суду шляхом направлення їх на офіційну електронну адресу суду з обов'язковим скріпленням їх власним електронним цифровим підписом учасника справи [8].

Варто зазначити, що у практиці ВС зустрічається і протилежний підхід. Наприклад, Велика Палата ВС висловлювала позицію, згідно з якою альтернативою оригінальним (паперовим) та підписаним заявником процесуальним документам можуть бути лише документи, подані через "Електронний суд" [9]. Відповідні висновки містяться, зокрема, у постановах від 3 червня 2021 року у справі № 9901/82/21 та від 10 лютого 2021 року у справі № 9901/335/20.

Зазначене свідчить про те, що єдності в підході до визнання права заявників на подання процесуальних документів шляхом їх направлення на електронну адресу суду немає навіть серед суддів, судових колегій та палат ВС. Такий стан речей суперечить принципу правої визначеності, що, за висновками Європейського суду з прав людини (надалі – *ЄСПЛ*), є одним із фундаментальних аспектів верховенства права [3, § 61]. За підходом ЄСПЛ, якщо конфліктна практика розвивається в межах одного з найвищих судових органів країни, цей суд сам стає джерелом правової невизначеності, таким чином підриває принцип правової визначеності та послаблює довіру громадськості до судової системи [4, §123]. Однією з вимог до судових рішень, незалежно від виду судочинства, є їх розумна передбачуваність [5, § 36].

Повертаючись до висновків ВС, викладених в ухвалі від 22 червня 2022 року у справі № 204/2321/22, слід зазначити, що ВС відступив від висновків, викладених у низці попередніх постанов різних касаційних судів (від 12 серпня 2021 року у справі № 200/6370/20, від 21 грудня 2019 року у справі № 910/12245/19, від 17 червня 2020 року у справі № 910/8423/19, від 07 жовтня 2021 року у справі № 904/4137/20). У зазначених постановах право на подання документів в електронній формі обмежувалося виключно використанням "Електронного суду".

В ухвалі від 22 червня 2022 року ВС зазначив, що ніхто не може бути обмежений у праві на доступ до правосуддя, яке охоплює можливість особи ініціювати судовий розгляд та брати безпосередню участь у судовому процесі, або позбавлятися такого права. Відмова суду в прийнятті позовних заяв, скарг, оформлених відповідно до процесуального закону, є порушенням права на судовий захист, яке згідно статті 64 Конституції України не може бути обмежене, навіть в умовах воєнного стану [6].

На думку ВС, слід розмежовувати спосіб звернення до суду із вимогами до оформлення процесуального документа. Якщо електронний документ підписаний накладенням електронного підпису, який забезпечує ідентифікацію особи, але електронний підпис накладений без використання підсистем ЄСІТС, а процесуальний документ направлений на офіційну електронну адресу суду, то відсутні правові підстави стверджувати, що такий електронний документ не підписаний. Протилежний підхід нівелює приписи про юридичну силу електронного документа та суперечить ч. 1 ст. 8 Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг" [6].

Вимога про звернення до суду через підсистеми ЄСІТС не є вимогою належного оформлення процесуального документа. За своєю суттю – це лише один зі способів звернення до суду, який з урахуванням системного тлумачення абз. 2 ч. 8 ст. 14 ЦПК України, ч. 5–6 ст. 43 ЦПК України є обов'язковим виключно для осіб, які зареєстрували офіційні електронні адреси в ЄСІТС [6].

На наш погляд, цілком обґрунтованим видається висновок ВС, згідно з яким звернення особи до суду через офіційну електронну адресу суду з процесуальним електронним документом, який підписано електронним цифровим підписом, є належним та правомірним способом безпосереднього звернення до суду, який нічим не відрізняється від звернення до суду через канцелярію або традиційними засобами поштового зв'язку і має кваліфікуватися саме як безпосереднє звернення до суду. Наявність у судів офіційних електронних адрес, з урахуванням принципу пропорційності, свідчить, що направлення підписаного електронного процесуального документа на офіційну, загальновідому, електронну адресу суду є безпосереднім зверненням до суду з письмовим документом та зумовлює обов'язкове прийняття судами електронних процесуальних документів, які направлені на офіційну електронну адресу суду та відповідають вимогам ч. 8 ст. 43 ЦПК України.

Варто погодитися з І. О. Ізаровою, яка визнає необхідність спрощення комунікації між судом та учасниками процесу. На думку науковиці, доступність правосуддя є істотною еволюційною цінністю, а нагальним завданням науки є пошук рішень для подальшого спрощення судового процесу та його наближення до людини, яка прагне правосуддя [13, с. 79].

З урахуванням наведеного вище підходу ВС, можна дійти висновку, що альтернативним способом звернення заявників до суду із клопотаннями про визнання або зве-

рнення до виконання іноземних судових рішень є звернення з відповідними клопотаннями в електронній формі з обов'язковим їх скріпленням власним електронним цифровим підписом учасника справи та подання таких документів шляхом направлення на офіційну електронну адресу відповідного суду. З урахуванням положень ст. 64 ЦПК України, подавати клопотання таким чином можуть і уповноважені представники заявників.

Висновки. На наш погляд, варто зробити зміни в чинну редакцію ч. 5 ст. 466 ЦПК України та виключити з неї положення, яке стосується обов'язку заявника подати паперові примірники додатків до клопотання до початку судового розгляду. Натомість вважаємо за доцільне передбачити у ч. 5 ст. 466 ЦПК України право суду витребувати в заявника оригінали (паперові примірники) документів, поданих у електронній формі, у тому випадку, коли в суду з'являться сумніви в достовірності таких документів або коли обґрунтоване клопотання про витребування оригіналів (паперових примірників) заявить боржник. Такий підхід повністю відповідає інтенсивній диджиталізації судочинства та інших суспільних процесів, яка в умовах воєнного стану набуває особливого значення для забезпечення прав та свобод людини і громадянина;

Вважаємо за доцільне пропонувати доповнити ст. 472 ЦПК України частиною 3, яка буде передбачати право заявника на подання клопотання з додатками в електронній формі. Зазначена зміна направлена на усунення наявної прогалини в законодавстві, яка призводить до неоднакового тлумачення закону, прийняття протилежних за своїм змістом судових рішень та порушує принцип правової визначеності;

В умовах повномасштабної війни, що триває в Україні, особливої важливості набуває забезпечення плюралізму способів звернення до суду. З урахуванням дослідженої судової практики, вважаємо, що заявники та інші учасники справ мають гарантоване процесуальним законодавством України право на звернення до суду шляхом направлення відповідних клопотань або заяв в електронній формі. При цьому спосіб реалізації такого права не може обмежуватися виключно використанням підсистеми "Електронний суд". На наш погляд, положення ч. 5 ст. 43 ЦПК України та ч. 5 ст. 466 ЦПК України варто тлумачити широко, враховуючи право заявників на подання процесуальних документів безпосередньо на офіційну електронну адресу суду. При цьому електронні документи мають бути оформлені та підписані відповідно до вимог чинного законодавства України.

Список використаних джерел

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 40–41, 42, ст. 492. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (дата звернення: 20.08.22).

2. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 № 389-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2015. № 28, ст. 250. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text (дата звернення: 20.08.2022).

3. European Court of Human Rights. Case of BRUMARESCU v. ROMANIA № 28342/95. Strasbourg, 28.10.1999. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2228342/95%22],%22itemid%22:[%22001-58337%22]} (дата звернення: 18.08.2022).

4. European Court of Human Rights. Case of LUPENI GREEK CATHOLIC PARISH AND OTHERS v. ROMANIA, № 76943/11. Strasbourg, 29.11. 2016. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-169054%22]} (дата звернення: 18.08.2022).

5. European Court of Human Rights. Case of S.W. v. THE UNITED KINGDOM, № 20166/92. Strasbourg, 22.11.1995. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57965%22]} (дата звернення: 17.08.2022).

6. Ухвала Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду по справі № 204/2321/22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 22.06.2022. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104921879 (дата звернення: 17.08.2022).

7. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду по справі № 205/5252/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 03.05.2022 URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104282885 (дата звернення: 17.08.2022).

8. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду по справі № 530/544/16 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 30.03.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006089 (дата звернення: 17.08.2022).

9. Постанова Великої Палати Верховного Суду по справі № 9901/82/21 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 03.06.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97829125 (дата звернення: 17.08.2022).

10. Ухвала Броварського міськрайонного суду Київської області по справі № 361/990/21 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 10.02.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94841852 (дата звернення: 17.08.2022).

11. Ухвала Жовтневого районного суду м. Харкова по справі № 639/8233/21 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 04.02.2022. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102975248 (дата звернення: 16.08.2022).

12. Цивільний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. Н. В. Василини, Б. І. Гулька, О. О. Кота. Київ : ВД "Дакор", 2021. 1028 с.

13. *Ізарова І. О.* Стандартизовані форми в цивільному судочинстві: як спростити комунікацію між судом і учасниками процесу // Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 20 травня 2017 року) : в 3 т. / Редкол.: І. С. Гриценко (голова), І. С. Сахарук (відп. ред.) та ін. Київ : ВПЦ "Київський університет", 2017. Т. 3. 304 с.

References:

1. Tsyvil'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrayiny [Civil Procedure Code of Ukraine, Law of Ukraine] № 1618-IV (2004). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (in Ukrainian).

2. Pro pravovyy rezhym voyennoho stanu: Zakon Ukrayiny [On the legal regime of martial law, Law of Ukraine] № 389-VII (2015) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text (in Ukrainian).

3. European Court of Human Rights. Case of BRUMARESCU v. ROMANIA № 28342/95 vid 28.10.1999. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2228342/95%22],%22itemid%22:[%22001-58337%22]}.

4. European Court of Human Rights. Case of LUPENI GREEK CATHOLIC PARISH AND OTHERS v. ROMANIA, № 76943/11 vid 29.11.2016. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-169054%22]}.

5. European Court of Human Rights. Case of S.W. v. THE UNITED KINGDOM, № 20166/92 vid 22.11.1995 URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57965%22]}.

6. Ukhvala Kasatsiynoho tsyvil'noho sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 22.06.2022 po spravi № 204/2321/22. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104921879 (in Ukrainian).

7. Postanova Kasatsiynoho tsyvil'noho sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 03.05.2022 po spravi № 205/5252/19. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104282885 (in Ukrainian).

8. Postanova Kasatsiynoho tsyvil'noho sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 30.03.2021 po spravi № 530/544/16. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006089. 18.08.2022 (in Ukrainian).

9. Postanova Velykoyi Palaty Verkhovnoho Sudu 03.06.2021 po spravi № 9901/82/21. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97829125 (in Ukrainian).

10. Ukhvala Brovars'koho mis'krayonnoho sudu Kyyivs'koyi oblasti vid 10.02.2021 po spravi № 361/990/21. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94841852 (in Ukrainian).

11. Ukhvala Zhovtnevoho rayonnoho sudu m. Kharkova vid 04.02.2022 po spravi № 639/8233/21. Yedynyy derzhavnyy reyestr sudovykh rishen'. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102975248 (in Ukrainian).

12 Tsyvil'nyy protsesual'nyy kodeks Ykraini: naykovo-praktichnii komentar (2021) [Civil Procedure Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]. Kyiv: "Dakor". 1028 p (in Ukrainian).

13. Izarova, I. O. (2017) Standartyzovani formy v tsyvil'nomu sudochynstvi: yak sprostyty komunikatsiyu mizh sudom i uchasnykamy protsesu [Standardized forms in civil proceedings: how to simplify communication between the court and the participants in the proceedings]. Kyiv. "Kyyivs'kyy universytet". 304 (in Ukrainian).

Received: 29.08.22
Revised: 05.09.22
Accepted: 16.09.22

M. Korniienko, PhD stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ACTUAL PROBLEMS OF APPLYING OF SOME INNOVATIVE TECHNOLOGIES IN THE PROCESS OF CONSIDERATION OF THE APPLICATIONS FOR RECOGNITION AND GRANTING OF PERMISSION FOR COMPULSORY ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

The article is devoted to the problem of applying certain innovative technologies in the process of consideration by the courts of Ukraine of applications for recognition or granting of permission for compulsory enforcement of foreign judgments. The author analyses the provisions of the Civil Procedure Code of Ukraine that provide for the right of participants in cases to submit documents to the court in electronic form. Actual judicial practice of Ukrainian courts, both local and the Supreme Court, is also analyzed. The article highlights three main problems concerning the right of applicants to apply for recognition or enforcement of foreign judgments in electronic form. The first problem concerns inconsistencies in the provisions of Chapters 1 and 2 of Title IX of the Civil Procedure Code of Ukraine, namely the absence in Chapter 2 of any reference to the right of the applicant to file an application and its attachments in electronic form. The second problem arises from the content of the current edition of part 5 of article 466 of the Civil Procedure Code of Ukraine, which provides for the right to file an application in electronic form, but at the same time sets significant restrictions on the exercise of this right. This provision does not allow applicants to exercise their procedural rights in full and does not reduce the formalization of civil proceedings. The third problem relates to the unequal interpretation by Ukrainian courts of the provisions of civil procedure law and the lack of a unified approach to recognizing the right of applicants to submit documents to the court using the court's official e-mail address. Developing these issues, the author quotes judicial practice, which demonstrates the absence of a sustainable and unified approach and confirms the author's conclusions regarding the above-mentioned problems. Summarizing the research and practical analysis, the author stresses the importance of taking a broad approach to the interpretation of the legislation governing the procedure for filing documents in electronic form, in the current context of martial law in Ukraine. In the conclusion to the article, the author gives practical proposals for solving the three problems identified in the article.

Keywords: foreign judgment, recognition of a foreign judgment, enforcement of a judgment, innovative technologies, Unified Court Information and Telecommunication System.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 31-40
УДК: 343.148
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-6

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

О. Костюченко, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-2243-1173
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
Н. Ахтирська, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0003-3357-7722
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ЇХ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

На початку XIX століття існувало переконання, що з часом слідчі, прокурори та судді будуть володіти такими знаннями, які дозволять оцінювати докази без залучення "наукових суддів" (експертів). Беззастережний прогноз спростовано стрімким розвитком науки, у результаті чого сформувалось стійке усвідомлення необхідності розробити теорію експертології та вдосконалення методики проведення різних видів експертиз, що потребує науково-технічної спроможності та нормативно-правового забезпечення. Джон Брокман обґрунтував майбутнє науки в XXI столітті, оцінивши його як грандіозний прорив у фізиці, хімії, кібернетиці, біології, штучного інтелекту та психології, що й визначатиме темпи розвитку експертології. Заглиблення у розуміння процесів існування та взаємодії матерії стає інструментом більш детального аналізу діяльності особи, що може розглядатися як втручання в її особисте життя. Балансування у дотриманні прав особи, виконання державою функцій щодо забезпечення безпеки суспільства та оперування науковими можливостями потребує відповідного вчасного правового реагування задля уникнення ризику порушення такого балансу. З часу прийняття Закону України "Про судову експертизу" минуло майже 30 років, тому з метою внесення пропозицій задля нормативного врегулювання використання можливостей судової експертизи в кримінальному провадженні було проведено аналіз статистичних даних, практики ЄСПЛ. Вважається за доцільне на законодавчому рівні визначити строки проведення експертизи; відповідно до практики ЄСПЛ усунути відомчу залежність експертів під час проведення експертизи; встановити підстави для проведення експертизи за ініціативою суду (без клопотання сторін); створити державний реєстр геномної інформації людини та впорядкувати його ведення згідно з міжнародними стандартами.

Ключові слова: залучення експерта в кримінальному провадженні, неупередженість експерта, методика експертних досліджень, вилучення зразків, розумні строки досліджень.

Вступ. Стрімкий розвиток науки, інтеграція міжгалузевих досягнень, міжнародний обмін досвідом, технічна спроможність досліджень зумовили в останні роки збільшення кількості експертних досліджень у кримінальному провадженні. Водночас слід зазначити, що розслідування злочинів потребує допомоги фахівців з різних галузей знань щодо застосування високотехнологічних методів дослідження предметів, явищ та процесів. Опитування співробітників правоохоронних органів та суддів свідчить про підвищення обізнаності та усвідомлення можливостей судових експертиз у сучасних умовах. Верифікація результатів дослідницьких програм, розроблення та схвалення методик проведення судових експертиз, належна правова регламентація використання спеціальних знань сприятимуть формуванню надійної доказової бази, розширенню пошукового поля доказової інформації та переконливих аргументів для обґрунтування висновків. М. Сорія вважає, що така тенденція ґрунтується на *надійності сучасних експертних методик та запитуваності їх практикою* [1, с. 108–114]. Галузеві наукові відкриття значно випереджають законодавчій процес, а усталеність правових норм, якими регламентується порядок використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві, не сприяє залученню результатів наукового прогресу для збирання та перевірки доказів. Отже, наразі постало питання щодо зміни парадигми правової регламентації судової експертизи в розрізі визначення суб'єктів, наділених правом її проведення, їх підвідомчої належності (незалежності) задля досягнення об'єктивності висновків, класифікації видів спеціальних знань та методик судових експертиз, визначення випадків обов'язковості призначення експертних досліджень, достатніх підстав для цього та критеріїв оцінювання результатів тощо.

У межах цього дослідження було зроблено аналіз статистичних даних щодо кількості проведених експертиз НДІСЕ України, показників правоохоронних органів та судів, якими підтверджується низка проблем у цій сфері (порушуються строки досудового розслідування та судового розгляду у зв'язку з тривалістю проведення судових експертиз, що зумовлюється значним навантаженням на експертні установи тощо); узагальнено практику судів України та правові позиції Верховного Суду; досліджено практику Європейського суду з прав людини (далі ЄСПЛ) щодо оцінювання висновків судових експертиз; застосовано компаративістський метод під час вивчення законодавства країн Європейського Союзу та інших держав для визначення найбільш ефективних підходів до нормативного врегулювання експертної діяльності та використання її результатів у сучасних умовах.

Основні результати. Важливість використання спеціальних знань визнавалась ученими, якими створювалися засади кримінального судочинства. Зокрема, Ганс Гросс у фундаментальній роботі "Керівництво для судових слідчих як система криміналістики" зазначав, що поза всяким сумнівом, найважливішим допоміжним засобом, який має бути в розпорядженні судового слідчого, визнається наявність обізнаних осіб, висновки яких часто мають вирішальний вплив на справу. Головне при цьому, на його думку, полягало в тому, щоб судовий слідчий з'ясував для себе, кого він повинен запитати, тобто до якої категорії обізнаних осіб йому варто звернутися; щоб він мав змогу обирати для цього відповідний момент [2, с. 184]. Л. Є. Владіміров визнавав експертів, які обґрунтовують свої висновки на даних будь-якої науки, *науковими суддями*, вирок яких є рішенням спеціального питання у справі [3, с. 198].

© Костюченко О., Ахтирська Н., 2022

У сучасних умовах в Україні існує розвинена система експертних установ, які проводять експертні дослідження, створено Реєстр методик судових експертиз, Кримінальний процесуальний кодекс України та спеціальний Закон України "Про судову експертизу" регламентують порядок залучення експертів, проведення досліджень та використання висновків експертів як процесуального джерела доказів. Науково-технічна спроможність відповідних установ підтверджується статистичними показниками: лише в 2021 році Київський НДІСЕ, який має розгалужену систему, виконав 59339 експертних досліджень. У Харківському НДІСЕ проводиться близько 70 видів експертних досліджень, за останні п'ять років інститутом виконано понад 60 тисяч експертиз. За даними Державної судової адміністрації України, у 2018 році слідчими суддями було розглянуто 209966 клопотань про проведення судової експертизи [4], у 2019 році – 270951 клопотань [5]. Очевидне збільшення кількості залучення експертів органами досудового розслідування та судами для призначених судових експертиз зумовило порушення строків їх проведення, що призвело до значної кількості нерозглянутих судами на кінець звітного періоду кримінальних проваджень (84440 – в 2018 році, 98060 – в 2019 році). На запит практики щодо необхідності вдосконалення правового врегулювання експертної діяльності в Україні було розроблено кілька проєктів законів (Закону України "Про судово-експертну діяльність" № 6284-1, Закону України "Про судово-експертну діяльність та самоврядування судових експертів" №6284-2, Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про судову експертизу" № 6284-3, Закону України "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо вдосконалення деяких положень, пов'язаних з порядком призначення та проведення експертизи" № 6285 та №6285-1), що створило передумови для детального опрацювання визначених у них положень на предмет їх практичної доцільності, ефективності та відповідності міжнародним стандартам і практиці ЄСПЛ.

Серед низки дискусійних питань постала проблема визначення мережі установ, яким надається право проведення судових експертиз, оскільки в Україні існує відомче підпорядкування (НДІСЕ Міністерства юстиції України; ДУ "Науково-дослідний інститут психіатрії Міністерства охорони здоров'я"; Бюро судово-медичної експертизи управлінь охорони здоров'я обласних виконавчих комітетів та республіканське бюро (Автономної Республіки Крим); у 1998 році створено ДНДЕКЦ МВС України, у 2000 році – Експертну службу МВС України, куди ввійшли ДНДЕКЦ, НДЕКЦ при ГУ МВС у Криму, м. Києві, Київській області, Управліннях в областях, м. Севастополі та на транспорті; відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 28.10 2015 року № 877 Експертна служба ввійшла до складу МВС; а з 1991 року активно розвивається судова експертиза в Службі безпеки України, Державній прикордонній службі, Міністерстві оборони). Відомче підпорядкування створює ризик порушення принципу неупередженості та незалежності експерта під час проведення експертизи та складання висновку. Хоча в п. 1 ст. 6 Конвенції про права людини та основоположні свободи йдеться виключно *про незалежний та безсторонній суд,* ці дві гарантії мають поширюватися й на експертів, оскільки від їхніх висновків залежить судове рішення. З цього приводу суддя ЄСПЛ Малінверні у справі "Шулепов проти Росії" ставить риторичне питання: "Чи буде нерозумною вимога того, що експерт, так само як і суддя, повинен бути незалежним та безстороннім?" [6]. Для визначення того, чи може орган вважатися "незалежним", ЄСПЛ бере до уваги такі критерії: порядок призначення та тривалість строку повноважень; існування гарантій від зовнішнього тиску; чи притаманні органу зовнішні ознаки незалежності [7].

У Рішенні "Проскурніков проти Росії" (Заява №48364/11) від 1 вересня 2020 року ЄСЛЛ висловив сумніви з приводу того, що експерти, які є співробітниками відомчих експертних установ (правоохоронних органів) можуть виступати незалежними експертами в кримінальних провадженнях. ЄСПЛ нагадав, що судовий розгляд має бути передусім змагальним та гарантувати рівність сторін захисту та обвинувачення. Така позиція ЄСПЛ має ключове значення для вирішення питання виведення всіх експертних структур з відомчого підпорядкування в окрему експертну установу. Нейтральність експертів поліції, служби безпеки чи інших відомств викликає сумніви хоча б на підставі того, що вони перебувають на службі в тих самих органах, які здійснюють досудове розслідування, одержують заробітну плату в цих відомствах, премії, звання. Саме з цим погодився ЄСПЛ. В Україні суди зазвичай відмовляють в задоволенні клопотання про проведення повторної експертизи в іншій експертній установі (наприклад, в експертних установах Міністерства юстиції України), якщо обвинувачений посилається на відомчий характер висновку (експертиза проведена в ДНДЕКЦ МВС України, причому розслідування проводилося Національною поліцією). У цьому рішенні ЄСПЛ дійшов висновку, що, незважаючи на те, що суд першої інстанції допитав експерта, а заявник міг поставити йому запитання, такої міри було недостатньо для того, щоб зробити висновок про те, що заявнику була надана можливість викласти свою справу в умовах, які не ставили б його у невигідне положення порівняно зі стороною обвинувачення. Ураховуючи такі обставини, ЄСПЛ ухвалив рішення, у якому зазначив, що судовий розгляд був несправедливим. Заявник не міг оскаржити висновок судового експерта, наданий стороною обвинувачення. У результаті він був позбавлений можливості оперувати власними аргументами на свій захист на тих самих умовах, що й сторона обвинувачення. Отже, відбулося порушення пункту 1 статті 6 Конвенції [8].

У справі Bönisch V. Austria від 6 травня 1985 року ЄСПЛ зазначав, що легко зрозуміти виникнення сумнівів, особливо у свідомості обвинуваченого, відносно нейтральності експерта, коли саме його висновок фактично є основою обвинувачення [9]. У справі "Соаре та інші проти Румунії" підставою для сумнівів у незалежності та об'єктивності є такі факти: суб'єкти є діючими військовослужбовцями, мають звання та пільги, пов'язанні з виконанням службових обов'язків, вони можуть бути притягнуті до дисциплінарної відповідальності, наявною є структура ієрархічного підпорядкування [10].

Відповідно до міжнародних стандартів та тлумачення ЄСПЛ, відбулося реформування системи експертних установ, зокрема, в Естонії в 2008 р. створено Інститут судової експертизи в результаті об'єднання Естонського бюро судово-медичної експертизи та Центру судової експертизи та криміналістики, який підпорядкований Міністерству юстиції.

В Угорщині в 2017 році відбулося об'єднання Угорського інституту судової медицини та Угорського інституту судових наук (Bűnügyi Szakértői és Kutatóintézet). Організаційна концепція злиття установ полягала у виключенні відомчої належності та об'єднанні ресурсів.

Ця структура, крім штаб-квартири в Будапешті, має 11 регіональних інститутів, які забезпечують проведення високоякісних експертиз.

Під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який … встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Згідно з практикою ЄСПЛ, розумність тривалості судового розгляду має бути оцінена у світлі обставин справи і з урахуванням таких критеріїв: складність справи, поведінка заявника і відповідних органів влади та те, що було поставлено на карту для заявника в спорі (рішення у справах "Пелісьє і Сассі проти Франції" п. 67 [11], "Фрайндлер проти Франції" п. 43 [12]). Також Європейський суд нагадує, що договірні держави повинні організувати свої правові системи таким чином, щоб їхні суди могли гарантувати кожному право на остаточне рішення в розумні строки при вирішенні його прав і обов'язків (рішення у справі "Кайлот проти Франції" п. 27 [13]).

Визначаючи те, чи були строки кримінального провадження розумними, Суд ураховує такі фактори, як складність справи, поведінка заявника та дії відповідних адміністративних та судових органів (Konig v.Germany, пункт 99; Neumeister v. Austria, пункт 21; Ringeisen v. Austria, пункт 110; Pelissier and Sassi v. France, пункт 67; Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, пункт 45). Навіть якщо справа є складною, Суд не може розглядати тривалі періоди безпідставної бездіяльності як "розумні" (Adiletta v.Italy, пункт 17) [14].

Суд ЄСПЛ *зрідка* бере до уваги великі обсяги роботи, на які посилається влада (Eckle v. Germany, пункт 92) [15]. Задоволення судом клопотання сторони захисту про залучення експерта для проведення експертизи не може розглядатися як причина порушення дотримання розумного строку. У справі "Ангелова проти Росії" ЄСПЛ нагадав, що в його завдання не входить встановлення причини затримки під час підготування висновку експерта, оскільки пункт 1 статті 6 Конвенції покладає на державу обов'язок організувати судову владу таким чином, щоб суди мали змогу розглядати справи протягом розумного строку (Loffler v. Austria), скарга № 30546/96, § 57) [16]. Далі ЄСПЛ підкреслює, що основна відповідальність за затримку, створену експертами, покладається виключно на державу (Capuano v. Italy, Series A, N 119, § 32) [17].

У судах України на кінець 2020 року не було розглянуто 43210 кримінальних проваджень, значна кількість з яких – у зв'язку із залученням експертів для проведення судових експертиз та тривалими строками їх проведення. На кінець 2021 року ця цифра сягнула 101502 кримінальних проваджень. Відповідно до Інструкції про призначення та проведення судових експертиз, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України № 1872/5 від 11.05.2022 р.), строк проведення експертизи встановлюється керівником експертної установи (або заступником керівника чи керівником структурного підрозділу) і не повинен перевищувати 90 календарних днів [18]. Відповідно до п. 15 Інструкції з організації проведення та оформлення експертних проваджень у підрозділах Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України, затвердженої Наказом Міністерства внутрішніх справ України17.07.2017 № 591, строк проведення судової експертизи або експертного дослідження встановлюється директором, заступником директора ДНДЕКЦ, НДЕКЦ або керівником відповідного відділу (сектору) залежно від складності дослідження та з урахуванням завантаження фахівця і становить: до 10 днів – щодо матеріалів, які належать до категорії простих досліджень; до 30 днів – щодо матеріалів, які належать до категорії досліджень середньої складності; до 60 днів – щодо матеріалів, які належать до категорії складних досліджень; до 90 днів – щодо матеріалів, які належать до категорії досліджень особливої складності [19]. Водночас практика свідчить про суттєві порушення встановлених строків.

Оскільки дотримання строків проведення судових експертиз безпосередньо впливає на загальні строки кримінального провадження, посилання експертних установ на значне навантаження не враховується ЄСПЛ як виправдання порушення розумних строків, то доцільно строки проведення експертизи визначити не в підзаконних актах, якими є інструкції та накази, а доповнити відповідною нормою Кримінальний процесуальний кодекс України та спеціальний закон. Прикладом того є законодавство інших держав, зокрема в Естонії в законі визначено строк проведення експертизи до 30 днів з правом подальшого продовження у випадку необхідності [20].

Деякі вчені називають висновки експертів "чорними ящиками", що зумовлено складністю розуміння методики дослідження (чи був застосований метод адекватним до ситуації) та оцінки одержаних висновків [21]. Як справедливо стверджував Л. Є. Владимиров, учасники кримінального провадження не можуть опанувати всі таємниці науки за одне судове засідання, оскільки для цього їм потрібно кілька років наукових занять [3, с. 198]. Сторони кримінального провадження користуються правом клопотати про залучення експерта для проведення первинної, повторної та додаткової експертизи. Для уникнення зловживань доцільно визначити в національному законодавстві підстави для проведення повторної чи додаткової експертизи. Відповідно до позиції ЄСПЛ, право на проведення альтернативної експертизи (власної або клопотання про доручення суду провести повторну експертизу) залежить від таких факторів: *важливості експертизи для кримінального провадження, серйозності сумнівів у достовірності наявного висновку експерта, технічної можливості проведення експертизи* ("Stoimenov v. The former Yugoslav Republic of Macedonia" [22]). Звісно, що закон не може охопити всі випадки, які потребують відповідних досліджень, а тому ЄСПЛ визнав, що в цій сфері важко сформулювати закони з абсолютною точністю і певний рівень гнучкості є допустимим задля того, щоб оцінювання здійснювали суди (Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, №№ 23536/94 и 24408/94, § 39, ECHR 1999-IV; Karademirci and Others v. Turkey, №№ 37096/97 и 37101/97, § 39, ECHR 2005-I). ЄСПЛ послідовно стверджує, що в будь-якій системі права, зокрема й у кримінальному праві, хоч як точно була б сформульована норма права, неминуче існує необхідність тлумачення її судами, оскільки їхня функція полягає в чіткому роз'ясненні незрозумілих нюансів та виключенні будь-яких сумнівів стосовно тлумачення законодавства (Jorgic v. Germany, № 74613/01, § 101, ECHR 2007-III) [23].

А тому з метою формування єдності судової практики в Україні на окремі питання дала відповідь касаційна інстанція. Зокрема, Верховний Суд зазначив, що за змістом ч. 2 ст. 242 КПК призначення автотехнічних

експертиз не є обов'язковим. У деяких випадках обставини ДТП можуть бути встановлені на підставі сукупності інших доказів [24]. Водночас у разі скоєння дорожньо-транспортної пригоди, унаслідок якої є особи, що загинули або травмовані, проведення огляду на стан сп'яніння учасників цієї пригоди є *обов'язковим у закладі охорони здоров'я [25]. З цього приводу виникало запитання: "Чи правомірною є відмова пройти перевірку на стан алкогольного / наркотичного сп'яніння? Чи не є це примушуванням свідчити проти самого себе?"* За практикою ЄСПЛ, право не свідчити проти самого себе – це передусім зберігати мовчання. У правових системах Держав-учасниць Конвенції та в інших країнах таке правило не поширюється на використання в кримінальному процесі матеріалів, які можуть бути одержані від обвинуваченого (підозрюваного) незалежно від його волі у примусовому порядку, наприклад, вилучення документів, одержання зразків крові, сечі та шкіряного покрову для проведення аналізу ДНК. Не суперечить принципу презумпції невинуватості обов'язок водія транспортного засобу пройти дослідження крові, якщо він підозрюється в сп'янінні. У цьому разі ЄСПЛ констатує, що положення щодо проходження перевірки на алкотесті базується на аналогічному принципі (Tiredo Ortiz et Lozano Martin) [26].

Крім того, відповідно до правового висновку, викладеного в постанові об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 25 листопада 2019 року, обов'язкове залучення експерта для проведення експертизи необхідне за наявності двох підстав: по-перше, коли характер об'єктивних обставин, які мають значення для кримінального провадження, неможливо достовірно встановити без залучення особи, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями (що є загальною підставою проведення експертизи в кримінальному провадженні, передбаченої ч. 1 ст. 242 КПК у редакції Закону № 1261-VII); по друге, коли існують обставини, передбачені ч. 2 цієї норми. Також ВС зазначив, що імперативність п. 6. ч. 2 ст. 242 КПК у редакції Закону № 1261-VII щодо призначення експертизи в кожному кримінальному провадженні для визначення розміру збитків, завданих кримінальним правопорушенням, має обмежений характер, оскільки не стосується тих випадків, коли предметом злочину є гроші або інші цінні папери, що мають грошовий еквівалент, а також коли розмір матеріальних збитків, шкоди, заподіяних кримінальним правопорушенням, можливо достовірно встановити без спеціальних знань, а достатньо загальновідомих та загальнодоступних знань, проведення простих арифметичних розрахунків для оцінки даних, отриманих за допомогою інших, крім експертизи, джерел доказування [27]. Випадки обов'язкового проведення експертизи у кримінальному провадженні, передбачені в ч. 2 ст. 242 КПК, є імперативними та не підлягають розширеному тлумаченню. Такого висновку дійшов Верховний Суд [28].

Іншою є позиція щодо проведення експертизи у провадженнях про кримінальні правопорушення, які мають матеріальний склад злочину. Верховний Суд розглянув справу, у якій досліджував питання залучення експерта для проведення експертизи для визначення *розміру збитків.* З матеріалів справи відомо, що особа обвинувачувалась у незаконному зайнятті рибним добувним промислом, що заподіяло істотну шкоду. Верховний Суд звернув увагу, що обов'язковою ознакою, яка підлягає доведенню у кримінальному провадженні про вчинення правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК, є заподіяння такими незаконними діями *істотної шкоди*, що саме і відрізняє кримінальне правопорушення від адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 85 "Порушення правил рибальства" Кодексу України про адміністративні правопорушення. Пунктом 6 ст. 242 КПК передбачено обов'язковість проведення експертизи у провадженнях про кримінальні правопорушення, які мають матеріальний склад злочину, тобто містять суспільно небезпечні наслідки, які можливо обчислити у вигляді збитків або шкоди довкіллю. У цьому кримінальному провадженні органом досудового розслідування не проводилось досліджень для встановлення наявності істотної шкоди (не було призначено та не проведено судово-іхтіологічної експертизи для визначення наявності істотної шкоди для репродукційного потенціалу популяції цього виду). Надані ж органом досудового слідства накладна на рибу та розрахунок збитків, згідно з Таксами, установленими постановою КМУ № 1209, разом із відповіддю директора Інституту рибного господарства та екології моря на запит заступника начальника Бердянського ВП ГУНП у Запорізькій області, суд визнав неналежними доказами, оскільки зазначені документи не можуть підмінювати висновок експерта [29].

В окремих випадках суди стикаються з труднощами щодо визнання висновку експерта допустимим джерелом доказів. Верховний Суд з цього приводу, зокрема, вказав, що висновок експерта-медика визнається *недопустимим доказом*, якщо в порушення ст. 163 КПК України слідчий та прокурор не зверталися з клопотанням до слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів, а саме медичних карт стаціонарного хворого [30]. Водночас відсутність у протоколах конкретизації порядку пакування, з огляду на те, що для проведення експертиз були надані належним чином упаковані та опечатані зразки, не є безумовною підставою для визнання цих протоколів недопустимими доказами у справі, у зв'язку з чим не є недопустимими доказами висновки експертиз, що проведені на підставі відібраних зразків. Обов'язковою вимогою до висновку експерта є вказівка на те, що останній обізнаний про відповідальність. Норма, яка визначає, що в ухвалі повинно бути роз'яснено експерту про кримінальну відповідальність, не виключає обов'язку експерта зазначити під час складання висновку, що він попереджений (обізнаний) про кримінальну відповідальність за надання свідомо неправдивого висновку за статтею 384 Кримінального кодексу України [31].

Постало в судовій практиці й питання про правомірність залучення судами експертів для проведення експертизи за відсутності клопотання сторін або інших учасників провадження. Верховний Суд висловив таку позицію: "Суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам незалежно від наявності клопотання, якщо суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності [32].

Доцільно нормативно деталізувати вимоги до висновків судових експертів, оскільки адвокати стверджують, що висновки судових експертів іноді не затверджуються печатками, викладаються російською мовою тощо.

ЄСПЛ ввів поняття "практичні труднощі" участі захисту в проведенні експертизи ("Mantovanelli v. France") [33]. У справі "Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia" ЄСПЛ звернув увагу на те, що суд не прийняв як докази усні та письмові "експертні" докази захисту (висновки та свідчення спеціалістів). ЄСПЛ погодився з можливістю

та правомірністю такого розсуду, водночас підкреслив, що відмова мотивована лише формою доказів, порушує принцип рівності сторін. Захист повинен мати можливість бути активним, надаючи докази. Теоретично захист може оскаржити експертний висновок та клопотати про проведення нової експертизи. Однак для цього необхідно переконати суд, що експертиза неповна або проведена з недоліками. Це додатковий тягар, який може бути ускладнений відсутністю можливості викликати експертів на допит та піддати сумніву їхню компетентність. ЄСПЛ стурбований труднощами захисту оскаржити висновок експертизи без допомоги іншого експерта та дійшов висновку, що права клопотати про призначення судом іншої експертизи недостатньо – "для ефективної реалізації цього права захист повинен мати право надавати свій "експертний доказ". У справі "Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia" ЄСПЛ висловив занепокоєння з приводу того, що в законодавстві існує різниця у статусі експерта та спеціаліста, а практика національних судів не приймати як докази висновки спеціаліста на тій підставі, що він не експерт, визнав сумнівною [34].

Щодо правових підстав одержання зразків для експертизи, то відповідно до ст. 245 КПК України, порядок відібрання зразків з речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (статті 160-166 КПК), а відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими статтею 241 КПК. У разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160-166 КПК, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово.

Постає питання щодо порядку відібрання зразків голосу. ЄСПЛ у рішенні "CASE OF P.G. AND J.H. v. THE UNITED KINGDOM" зразки голосу дорівнює до проб крові, волосся та інших фізичних проб [35]. ВССУ в Узагальненні судової практики від от 03.06.2016 р. також визнав голос біологічним зразком [36]. Отже, керуючись ст. 241 КПК України, відібрання зразків голосу має відбуватися на підставі постанови прокурора, а в разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160-166 КПК України, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово (ч. 3 ст. 245 КПК України).

На запитання "на якій підставі можна використовувати запис розмови, одержаної в результаті проведення ОРД та НСРД, як зразок голосу для проведення експертизи?" ЄСПЛ дав відповідь у справі "Саундерс (Saunders) проти Сполученого Королівства", зазначивши, що право на мовчання та його складова частина – право не давати свідчень проти самого себе у статті 6 Конвенції спеціально не згадані, проте вони є загальновизнаними міжнародними нормами, які лежать в основі поняття справедливої процедури, про яку йдеться у статті 6. Їх зміст *inter alia* – у захисті обвинуваченого від зловмисного примусу з боку влади, що допомагає уникнути судових помилок і досягти цілей, поставлених статтею 6. Зокрема, це право сприяє тому, щоб сторона обвинувачення не вдавалася до доказів, здобутих усупереч волі обвинуваченого за допомогою примусу чи тиску. У цьому сенсі це право тісно пов'язане з презумпцією невинуватості, що міститься в п. 2 статті 6 Конвенції (п.68). Право не свідчити проти себе – це насамперед право обвинуваченого зберігати мовчання. Як зазвичай вважають у правових системах держав – учасниць Конвенції та в інших країнах, це право не поширюється на використання у кримінальному процесі матеріалів, які можуть бути отримані від обвинуваченого незалежно від його волі примусовим шляхом, а саме *inter alia*: вилучення за розпорядженням документів, отримання зразків крові, сечі та шкірного покриву для проведення аналізу ДНК (п. 69). За досвідом інших держав, надання зразків голосу має бути добровільним у присутності адвоката (захисника); для використання як зразків для експертизи записів голосу, одержаних у результаті таємних операцій, необхідна ухвала слідчого судді.

Правові акти країн Європейського Союзу, Великої Британії та США на законодавчому рівні (в Законах про судову експертизу) визначили порядок формування баз даних (зокрема, відбитків пальців, ДНК), строки зберігання, підстави для виключення та інше. В Україні наразі ці питання регулюються на рівні підзаконних актів, хоча в 2020 році в парламенті було зареєстровано проєкт Закону України "Про державну реєстрацію геномної інформації людини" №4265 [37]. Оскільки такі зразки відбираються здебільшого для проведення експертних досліджень, за результатами одержаних даних приймається рішення про внесення інформації до відповідних реєстрів, то слід розглянути питання про використання досвіду інших країн та доповнити окремим розділом спеціальний закон про судову експертизу. Заслуговує на увагу в цьому аспекті досвід Естонії, де в Законі "Про судову експертизу" передбачається створення Національного реєстру відбитків пальців та Національного реєстру ДНК (Розділ 2). Реєстри поповнюються експертною службою, а відповідальною установою за ведення реєстру визначається Міністерство юстиції. Інформація з реєстру надається правоохоронним органам, прокуратурі, суду, міністерству оборони, компетентним органам іноземної держави, а також особі на її запит. Інформація в реєстрах зберігається за загальним правилом 40 років, неперсоналізовані відбитки пальців рук та ДНК зберігаються 75 років. У Польщі система зберігання даних ДНК зареєстрована 23 квітня 2007 року, її адміністрування покладено на Генерального інспектора зберігання персональних даних, адміністратором визначено очільника поліції Польщі. Перелік осіб, дані яких вносяться в цей реєстр, міститься в Кримінально-процесуальному кодексі Польщі: особи з невстановленими даними; особи, які намагаються приховати свої дані; невпізнані трупи; сліди невідомих виконавців злочинів; особи, що становлять загрозу (ст. 74, ст. 192а). На сьогодні база містить 70 тис. профілів ДНК, строк зберігання 20 років, а за особливо тяжкими злочинами – 35 років. Проєкт Закону України "Про державну реєстрацію геномної інформації людини" стосується лише створення Реєстру генетичних ознак людини та відомостей про них, хоча в тексті використовується термін "біологічний матеріал людини", який тлумачиться значно ширше. Зокрема, у рішенні ЄСПЛ "Сондерз проти Сполученого Королівства" від 17.12.1996 зазначено, що до проб біологічного матеріалу ЄСПЛ належать зразки крові, волосся або іншої тканини та матеріали, які виробляються в процесі природної життєдіяльності організму, як, наприклад, зразки видихуваного повітря, сечі, голосу. Аналогічний висновок зроблено і в рішенні ЄСПЛ "PG і JO проти Сполученого Королівства" від 25.09.2001, де зазначено, що зразки голосу розглядаються як щось подібне до проб крові, во-

лосся або інших фізичних чи об'єктивних проб. Отже, доцільно або виключити з законопроєкту термін "біологічні зразки", "біологічні матеріали", або включити в законопроєкт розділи, якими регламентується створення баз даних таких зразків (зокрема, голосу, за досвідом Сінгапуру, та відбитків пальців). До того ж проєктом передбачається, що біологічний матеріал, відібраний для проведення обов'язкової державної реєстрації геномної інформації зберігається в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України (ст.11). Утім, варто зауважити, що КПК України не містить такої норми. За загальним правилом дані в Реєстр вносяться один раз, водночас встановлено виключення для військовослужбовців – відбір біологічного матеріалу у військовослужбовців проводиться з періодичністю кожні 8 років (ч. 2 ст. 8), що науково необґрунтовано, оскільки ДНК є незмінною упродовж життя. Право на одержання інформації мають: а) керівники прокуратур та органів досудового розслідування; б) прокурори; в) слідчі; г) дізнавачі; д) уповноважені особи оперативних підрозділів; е) уповноважені особи Національного центрального бюро Інтерполу в Україні відповідно до законодавства; ж) органи іноземних держав. Фізичні особи (їх законні представники), генетичні ознаки яких поміщено до Бази даних у порядку добровільної державної реєстрації, мають право на використання інформації виключно стосовно себе (ст. 15). Це означає, що інші особи, інформація про яких внесена не на добровільній основі, не мають права звернутися за одержанням даних, що обмежує право на оскарження. 9 липня 2022 року закон прийнятий парламентом та скерований на підпис Президента України [38].

Окремої уваги заслуговує питання участі перекладача в кримінальному провадженні, оскільки в практиці судів як України, так і ЄСПЛ існують випадки оскарження його фахового рівня, що негативно вплинуло на переклад та спричинило неправильне розуміння обвинуваченим сутності звинувачення. В Україні, на відміну від інших держав (зокрема, Франції), відсутня служба судових перекладачів, Реєстр ліцензованих судових перекладачів, не визначаються критерії професійної спроможності надавати такі послуги у кримінальному судочинстві. Деякі держави унормовують вимоги, що ставляться до перекладача, у *законах про використання спеціальних знань та судову експертизу.* КПК України не містить вимоги, що компетентність перекладача у кримінальному провадженні повинна бути підтверджена дипломом про наявність спеціальної освіти (статті 77, 79 КПК). На думку суддів Верховного Суду, достатній рівень володіння перекладачем мовою, з якої здійснюється переклад та якою володіє обвинувачений, може бути підтверджений *атестатом про середню освіту, отриману в тій державі, громадянином якої є обвинувачений, та дипломом про отримання вищої освіти* в Україні [39]. На нашу думку, доцільно нормативно врегулювати кваліфікаційні вимоги перекладача, оскільки складнощі із залученням відповідних фахівців призводять до того, що інші учасники кримінального провадження перебирають на себе цю функцію. Наприклад, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду частково задовольнив касаційну скаргу захисника особи, засудженої до 5 років позбавлення волі за розбій. На думку скаржника, суди попередніх інстанцій, зокрема, порушили право на захист засудженого, що полягало в незабезпеченні йому права на перекладача. Касаційний суд дійшов такого висновку: доводи захисника про порушення права засудженого користуватися послугами перекладача з огляду на те, що він є громадянином Республіки Азербайджан і українською мовою не володіє, – обґрунтовані. Зокрема, у суді апеляційної інстанції захисник заявив клопотання про призначення перекладача, яке обвинувачений підтримав. Однак суд не розглянув це клопотання по суті та не ухвалив жодного процесуального рішення. Відповідно до звукозапису судового засідання головуючий лише послався на те, що в разі, коли обвинувачений не зрозуміє обставин, які з'ясовуються в судовому засіданні українською мовою, то суд або прокурор здійснять переклад російською мовою. При цьому можливість обвинуваченого одержувати допомогу перекладача в судовому засіданні є одним із принципів забезпечення права на справедливий суд, визначених у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Згідно зі ст. 29 КПК України суд забезпечує учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача. Таке право має бути забезпечено реально, а не формально. Перекладач є учасником кримінального провадження, наділений передбаченими законом правами та обов'язками, несе кримінальну відповідальність за свідомо неправильний переклад або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладача, засвідчує підписом переклад судових рішень та інших процесуальних документів кримінального провадження (ст. 68 КПК України). Відповідно до вимог закону учасники кримінального провадження та суд не мають права перебирати на себе обов'язки перекладача, користуватися його правами та нести відповідальність. Отже, під час розгляду справи суд апеляційної інстанції допустив порушення вимог КПК України, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення. У зв'язку з цим ККС ВС скасував ухвалу апеляційного суду та призначив новий розгляд у цьому суді [40].

Висновки. З урахуванням наведеного, доцільно виключити відомче підпорядкування експертних установ задля уникнення ризику упередженого ставлення до результатів дослідження (наприклад, СБУ, МВС); закріпити на рівні закону строки проведення експертизи, врегулювати відповідно до міжнародних стандартів та практики ЄСПЛ створення та використання генетичної інформації людини, унормувати порядок відбору біологічних матеріалів людини (за власною згодою або всупереч волі), у спеціальному законі встановити порядок ведення Реєстрів біологічних даних людини, строки зберігання, механізм контролю використання такої інформації.

Слід зазначити, що кожний із проаналізованих законопроєктів має певні позитивні зміни в питанні вдосконалення правового регулювання залучення експерта у кримінальному провадженні для проведення експертизи, тому доречним є їх об'єднання в один спільний документ. З певними новелами щодо внесення змін до КПК України важко погодитися, а тому пропонуємо власне узагальнене бачення редакції певних статей КПК України:

Стаття 242. Проведення експертизи:

1. Експертиза проводиться експертною установою, експертом або експертами, яких залучають сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник, законний представник, цивільний позивач, його представник, цивільний відповідач, його представник або слідчий суддя за клопотанням сторони захисту, потерпілого, його

представника, законного представника, цивільного позивача, його представника, цивільного відповідача, його представника у випадках та порядку, передбачених статтею 244 цього Кодексу, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Не допускається проведення експертизи для з'ясування питань права.

Стаття 243. Порядок залучення експерта:

1. Експерт залучається у разі необхідності проведення експертизи на підставі постанови сторони обвинувачення (слідчого, дізнавача, прокурора) про залучення експерта для проведення експертизи.

2. У постанові зазначаються:

а) короткий виклад обставин кримінального правопорушення;

б) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

в) експерт, який залучається, або експертна установа, якій доручається проведення експертизи;

г) вид експертного дослідження, що необхідно провести, та перелік запитань, які поставлено експерту.

3. До постанови додаються: копії матеріалів кримінального провадження, які мають значення для проведення експертизи, об'єкти, що підлягають дослідженню, а також дозвіл на можливе повне або часткове знищення таких об'єктів, зміну їхніх властивостей у ході дослідження.

4. Сторона захисту, потерпілий, його представник, законний представник, цивільний позивач, його представник, цивільний відповідач, його представник має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, зокрема й обов'язкової.

5. Експерт може бути залучений слідчим суддею за клопотанням сторони захисту, потерпілого, його представника, законного представника, цивільного позивача, його представника, цивільного відповідача, його представника у випадках та порядку, передбачених статтею 244 цього Кодексу.

Стаття 244. Розгляд слідчим суддею клопотання про проведення експертизи:

1. Сторона захисту, потерпілий, його представник, законний представник, цивільний позивач, його представник, цивільний відповідач, його представник має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про проведення експертизи, якщо:

а) треба вирішити питання, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте сторона обвинувачення не залучила його або для вирішення залученим стороною обвинувачення експертом поставлені запитання, що не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності в нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок;

б) сторона захисту, потерпілий, його представник, законний представник, цивільний позивач, його представник, цивільний відповідач, його представник не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин.

2. У клопотанні зазначаються:

а) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання;

б) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

в) виклад обставин, якими обґрунтовуються доводи клопотання;

г) експерт, якого необхідно залучити, або експертна установа, якій необхідно доручити проведення експертизи;

д) вид експертного дослідження, що необхідно провести, та перелік запитань, які необхідно поставити перед експертом.

До клопотання також додаються:

а) копії матеріалів, якими обґрунтовуються доводи клопотання;

б) копії документів, що підтверджують неможливість самостійного залучення експерта стороною захисту, потерпілим, його представником, законним представником, цивільним позивачем, його представником, цивільним відповідачем, його представником.

3. Клопотання розглядається не пізніше, ніж через п'ять днів із дня його надходження до суду слідчим суддею місцевого суду, у межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, а в кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, зарахованих до підсудності Вищого антикорупційного суду, – слідчим суддею Вищого антикорупційного суду. Особа, яка подала клопотання, повідомляється про місце та час його розгляду, проте її неприбуття не перешкоджає розгляду клопотання, крім випадків, коли участь такої особи визнана слідчим суддею обов'язковою.

4. У разі встановлення слідчим суддею, що клопотання подано без додержання вимог частини другої цієї статті, слідчий суддя повертає таке клопотання особі, яка його подала, про що постановляє ухвалу.

5. Під час розгляду клопотання слідчий суддя має право за клопотанням учасників розгляду або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення клопотання.

6. Слідчий суддя за результатами розгляду клопотання має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам, якщо особа, яка звернулася з клопотанням, доведе наявність підстав, визначених частиною першою цієї статті.

7. До ухвали слідчого судді про доручення проведення експертизи включаються запитання, поставлені перед експертом особою, яка звернулася з відповідним клопотанням. Слідчий суддя має право не включити до ухвали запитання, поставлені особою, яка звернулася з відповідним клопотанням, якщо відповіді на них не стосуються кримінального провадження або не мають значення для судового розгляду, обґрунтувавши таке рішення в ухвалі.

8. Для задоволення клопотання про залучення експерта слідчий суддя у разі необхідності має право за клопотанням особи, яка звернулася з клопотанням про залучення експерта, вирішити питання про отримання зразків для експертизи відповідно до статті 245 цього Кодексу.

9. Висновок експерта, залученого слідчим суддею, надається особі, за клопотанням якої він залучений.

Стаття 245. Отримання зразків для експертизи:

1. За необхідності зразки для проведення експертизи відбираються стороною кримінального провадження, потерпілим, його представником, законним представником, цивільним позивачем, його представником, цивільним відповідачем, його представником, які звернулися за проведенням експертизи або за клопотанням яких

експертиза призначена слідчим суддею. Якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або, за його дорученням, залученим спеціалістом.

2. Порядок відібрання зразків з речовин речей і документів встановлюється згідно з положеннями про тимчасовий доступ до речей і документів (статті 160–166 цього Кодексу). У разі необхідності відібрання зразків писемного та усного мовлення, голосу, почерку та інших рухових навичок особи, прокурор приймає відповідне рішення у формі постанови.

3. Відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими статтею 241 цього Кодексу. У разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого, його представника, законного представника, цивільного позивача, його представника, цивільного відповідача, його представника, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160–166 цього Кодексу, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту, потерпілим, його представником, законним представником, цивільним позивачем, його представником, цивільним відповідачем, його представником) здійснити відбирання біологічних зразків примусово.

Список використаних джерел

1. *Soria M. L.* La ciencia forense en processso de transición // Rev Esp Med Legal. 2018. P. 44. URL: https://www.elsevier.es/en-revista-spanish-journal-legal-medicine-446-numeros-anteriores (дата звернення – 20.01.2022).
2. *Гросс Г.* Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. М. 2002. 1088 с.
3. *Владимиров Л. Є.* Вчення про кримінальні докази. Частини: загальна та Особлива. Репринтне видання з 1910 р. К. : Паливода А. В., 2010.
4. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2018 рік // Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018 (дата звернення – 12.03.2019).
5. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019 рік. // Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019 (дата звернення – 16.08.2020).
6. Case of Shulepova v. Russia (no. 34449/03) // ECHR. Strasbourg, 2008. URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":["001-90093"]} (дата звернення – 12.09.2022).
7. Case of Findlay v. the United Kingdom // ECHR. Strasbourg, 25 February 1997. URL: http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1997/8.html (дата звернення – 25.02.2020).
8. Дело Проскурников против России (Жалоба №48364/11) // ЕСПЧ. 1 сентября 2020. URL: https://european-court-help.ru/delo-4836-11-proskurnikov-protiv-rossii/ (дата звернення – 08.09.2022).
9. Case of Bonisch v. Austria (ARTICLE 50) (Application № 8658/79) // ECHR. Strasbourg, 2 June 1986. URL: https://www.legal-tools.org/doc/5a26c1/pdf (дата звернення – 26.09.2022).
10. Affaire soare et autres c. Roumanie (№ 24329/02). // ECHR. Strasbourg, 22.02.2011. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22881890%22],%22itemid%22:[%22001-103591%22]} (дата звернення – 18.06.2020).
11. Справа Пелісьє і Сассі проти Франції : Рішення ЄСПЛ від 25.03.1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_398#Text (дата звернення 15.06.2022).
12. Справа Фрайдлендер проти Франції : Рішення ЄСПЛ від 27.06.2000 р. URL: https://ips.ligazakon.net/document/SO2392 (дата звернення 12.07.20220).
13. Справа Кайлот проти Франції : Рішення ЄСПЛ від 07.06.1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_371#Text (дата звернення 15.07.2022).
14. Право на справедливое судебное разбирательство (Уголовно-правовой аспект) : Руководство по статье 6 Конвенции // Совет Европы. Европейский суд по правам человека. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_RUS.pdf (дата звернення 11.05.2021).
15. Case of Eckle v. Germany. (Application no. 8130/78). Judgment Strasbourg. 15 July 1982 URL: https://ips.ligazakon.net/document/ES006515 (07.11.2021).
16. Дело Ангелова (Angelova) против России. (Жалоба № 33820/04). Страсбург, 13 декабря 2007 года. http://hrlibrary.umn.edu/russian/euro/Rangelovacase.html (дата звернення – 12.09.2022).
17. Capuano v. Italy // ECHR. Strasbourg. 26.06.1987. URL: https://swarb.co.uk/capuano-v-italy-echr-25-jun-1987/ (дата звернення 12.07.2022).
18. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ № 53/5 // Міністерство юстиції України. 08.10.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text
19. Про затвердження Інструкції з організації проведення та оформлення експертних проваджень у підрозділах Експертної служби Міністерства внутрішніх справ України : Наказ № 591 // Міністерство внутрішніх справ України. 17.07.2017 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1024-17#Text (дата звернення – 20.01.2022).
20. Kohtueksperttiisiseadus Vastu võetud. Riigikogu. 30.05.2001. URL: https://www.riigiteataja.ee/akt/13278312?leiaKehtiv (дата звернення – 10.01.2022).
21. *P.T.C. van Kampen*. Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System. Antwerpen : Intersentia, 1998. P. 308–312.
22. Stoimenov v. Macedonia : Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowiek № 17995/02. URL: https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/17995-02-stoimenov-v-macedonia-wyrok-europejskiego-520365867 (дата звернення – 12.11.2021).
23. Case of Jorgic v. Germany. № 74613/01. Strasbourg. 12 July 2007. URL: https://www.legal-tools.org/doc/812753/pdf/ 12/07/2007.
24. Справа № 732/138/18. Провадження № 51-5638км19 : Постанова ККС у складі ВС від 24 листопада 2020 року. URL: http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=93217865&red=100003074e6d83605fb36e560e0290a05e5ed6&d=5 (дата звернення – 20.12.2021).
25. Справа № 158/1606/20. Провадження № 51-2809 км 21 : Постанова ККС у складі ВС від 23 вересня 2021року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99890353 (дата звернення – 20.12.2021).
26. Santiago Tirado Ortiz et Santiago Lozano Martin contre l'Espagne // ECHR. 15.06.1999. https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-30404%22]}. (дата звернення – 04.010.2020).
27. Справа № 420/1667/18. Провадження № 51-10433 км : Постанова ВС 25 листопада 2019 року. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86070671 (дата звернення – 20.01.2022).
28. Справа № 750/4082/16-к : Постанова ВС від 08.09.2020. URL: http:///reyestr.court.gov.ua/Review/91555053 (дата звернення – 20.01.2022).
29. Справа № 310/6110/18. Провадження № 51-1234км : Постанова ККС у складі ВС від 24 вересня 2020 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91901299?fbclid=IwAR2Vk_kBuZM_uP8uKXVUbsolW1FGH4YcsP7ZzTBROjhxgOPy8rui5_3p7OE (дата звернення – 20.01.2022).
30. Справа № 582/445/20. Провадження № 51-4502 км 20 : Постанова ВС від 18 серпня 2021 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99151651?fbclid=IwAR3vyq8YzSidJKcE_1ViTr_l7BR43GtHHsxMj3R0k-u3mp6fnljSJzV-Pp0 (дата звернення – 20.01.2022).
31. Справа № 623/3335/17. Провадження № 51-6154км20 Постанова ВС від 09.06.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97657165 (дата звернення – 20.01.2022).
32. Справа № 753/21575/16-к. Провадження № 51-3036км21 : Постанова ВС від 29 вересня 2021 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100068121 (дата звернення – 07.11.2021).
33. Case of Mantovanelli v. France. Application № 21497/93. Strasbourg. 18 March 1997. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-58023&filename=CASE%20OF%20MANTOVANELLI%20v.%20FRANCE.docx&logEvent=False
34. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia № 11082/06 and 13772/05. Judgment Strasbourg. 25.7.2013. URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-7648%22]} (дата звернення 24.04.2020).
35. Case of P.G. and J.H. v. the United Kingdom № 44787/98 : Комюніке Секретаря Суду. Judgment Strasbourg. 25.9.2001. URL: http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=419.
36. Про практику вирішення слідчими суддями питань, пов'язаних із слідчими (розшуковими) діями : Лист ВСС України від 03.06.2016. URL: https://kievskiysud.od.ua/images/docs/doc1/vityag_slid.pdf (дата звернення 23.03.2021).
37. Про державну реєстрацію геномної інформації людини : Проєкт Закону // gov.ua. URL: https://www.kmu.gov.ua/bills/proekt-zakonu-pro-derzhavnu-reestratsiyu-genomnoi-informatsii-lyudini (дата звернення – 13.09.2022).
38. *Ахтирська Н.* Правова регламентація національних реєстрів біологічних даних людини // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. Випуск 69/ 2022. С. 385–390.
39. Справа № 732/415/19. Провадження № 51-5669км20 : Постанова ВС від 04 березня 2021 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95382778 (дата звернення – 20.01.2022).
40. Справа № 331/706/19. Провадження № 51-1993км20 Постанова ВС від 29 липня 2020 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90714506 (дата звернення – 20.01.2022).

References

1. Soria ML. (2018). La ciencia forense en processso de transición. Rev Esp Med Legal. 2018. 44. https://www.elsevier.es/en-revista-spanish-journal-legal-medicine-446-numeros-anteriores (20.01.2022). (in English).
2. Gross G. (2002). Rukovodstvo dlya sudebnykh sledovatelei kak sistema kriminalistiki [A guide for forensic investigators as a forensic system]. Novoe izd., perepech. c izd. 1908 g. M. LexEst. (in Russian).
3. Vladimirov L.Є. (2010). Vchennya pro kriminal'ni dokazi. Chastini: zagal'na ta Osobliva. [The doctrine of criminal evidence. Part General and Particular]. Reprintne vidannya z 1910 r. K. : Palivoda A.V., 2010. (in Russian).
4. Zvit sudiv pershchoï instantsiï pro rozglyad materialiv kriminal'nogo provadzhennya za 2018 rik. [Report of courts of first instance on consideration of materials of criminal proceedings for 2018]. https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018 (in Ukrainian).
5. Zvit sudiv pershchoï instantsiï pro rozglyad materialiv kriminal'nogo provadzhennya za 2019 [Report of courts of first instance on consideration of materials of criminal proceedings for 2019]. rik. https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019.(in Ukrainian).
6. Shulepova v. Russia (no. 34449/03). ECHR. https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90093. (in English).
7. Findlay v. The United Kingdom. (25 February 1997). URL: http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1997/8.html (in English).
8. Proskurnikov v. Russia (Application no. 48364/11). 1 September 2020 // https://ips.ligazakon.net/document/ES068346?hide=true (in English).
9. Bonisch v. Austria (Application no. 8658/79). 2 June 1986// https://www.google.com/search?q=B%C3%B6nisch+V.+Austria&rlz=1C1CHBD_enUA912UA912&oq=B%C3%B6nisch+V.+Austria+&aqs=chrome..69i57.1213j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8. (in English).
10. Soare and Others v. Romania] (№ 24329/02). 22.02.2011. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22881890%22], %22itemid%22:[%22001-103591%22]} (in English).
11. Rishennia YeSPL "Pelisie i Sassi proty Frantsii" vid 25.03.1999 [Decision of the ECtHR "Pelisier and Sassi v. France" dated March 25, 1999] https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_398#Text (in Ukrainian).
12. Rishennia YeSPL u spravi "Fraidlender proty Frantsii" vid 27.06.2000 r.[The decision of the European Court of Justice in the case "Friedländer v. France" dated June 27, 2000.] https://ips.ligazakon.net/document/SO2392 (in Ukrainian).
13. Rishennia YeSPL u spravi "Kailot proty Frantsii" vid 07.06.1999 r. [The decision of the European Court of Justice in the case "Caillot v. France" dated June 7, 1999]. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_371#Text (in Ukrainian).
14. Guide on Article 6 – Right to a fair trial (criminal limb). https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_RUS.pdf. (in English).
15. CASE OF ECKLE v. GERMANY. (Application no. 8130/78). JUDGMENT. STRASBOURG .15 July 1982 (in English). https://ips.ligazakon.net/document/ES006515
16. Angelova v. Russian Federation. (Complaint N 33820/04). December 13, 2007. https://rm.coe.int/echr-reasonable-time-of-proceedings-compilation-of-case-law-of-the-eur/native/1680a20c21. (in English).
17. Capuano v. Italy 26.06.1987. https://swarb.co.uk/capuano-v-italy-echr-25-jun-1987/ (in English)
18. Instruktsiya pro priznachennya ta provedennya sudovikh ekspertiz ta ekspertnikh doslidzhen, Nakaz Ministerstva yustitsiï Ukraïni [Instructions on the appointment and conduct of forensic examinations and expert studies, Order of the Ministry of Justice of Ukraine] № 53/5 (1998). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text (in Ukrainian).
19. Instruktsiya z organizatsiï provedennya ta oformlennya ekspertnikh provadzhen' u pidrozdilakh Ekspertnoï sluzhbi Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukraïni, zatv. Nakazom Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukraïni vid 17.07.2017 № 591 [Instructions on the organization of expert proceedings in the subdivisions of the Expert Service of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine] № 591 (2017). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1024-17#Text (in Ukrainian).
20. Kohtuekspertiisiseadus Vastu võetud 30.05.2001.RT I 2001, 53, 309 jõustumine 01.01.2002 [Forensic Expertise Act Adopted on 30.05.2001 RT I 2001, 53, 309 entry into force 01.01.2002]. https://www.riigiteataja.ee/akt/13278312?leiaKehtiv (in Estonian).
21. Similarly, see P. Traest, Het Bewijs in Strafzaken [Evidence in Criminal Cases], Gent:Mys 8z Breesch 1992, 134; For more detail, see P.T.C. van Kampen, Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System, Antwerp: Intersentia 1998, pp. 308–312. (in English).
22. Stoimenov v. Macedonia. 03/12/2009. https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-80035 . (in English).
23. Jorgic v. Germany (№ 74613/01). 12 July 2007. https://www.legal-tools.org/doc/812753/pdf/%2012/07/2007 (in English).
24. Postanova KKS uskladi VS vid 24 listopada 2020 roku. Sprava № 732/138/18. Provadzhennya № 51-5638km19 [Resolution of the Supreme Court of Appeal dated November 24, 2020. Case No. 732/138/18. Proceedings No. 51-5638km19]. // http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=93217865&red=100003074e6d83605fb36e560e0290a05e5ed6&d=5 (in Ukrainian).
25. Postanova KKS u skladi VS vid 23 veresnya 2021roku.Sprava № 158/1606/20.Provadzhennya № 51-2809 km 21 [Resolution of the CCS as part of the Supreme Court of September 23, 2021. Case No. 158/1606/20. Proceedings No. 51-2809 km 21]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/99890353 (in Ukrainian).
26. Santiago Tirado Ortiz et Santiago Lozano Martin contre l'Espagne 15.06.1999. [Santiago Tirado Ortiz and Santiago Lozano Martin against Spain]. https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-30404%22]} (in French).
27. Postanova VS 25 listopada 2019 roku. Sprava № 420/1667/18. Provadzhennya № 51-10433 kmo 18 [Resolution of the Supreme Court of November 25, 2019. Case No. 420/1667/18. Proceedings No. 51-10433 kmo 18]. https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86070671(in Ukrainian).
28. Postanova VS vid 08.09.2020. Sprava № 750/4082/16-k. [Resolution of the Supreme Court of September 8, 2020. Case No. 750/4082/16-k. Proceedings]. // https://reyestr.court.gov.ua/Review/91555053 (in Ukrainian).
29. Postanova KKS u skladi VS vid 24 veresnya 2020 roku. Sprava № 310/6110/18. Provadzhennya № 51-1234km [Resolution of the CCS as part of the Supreme Council of September 24, 2020. Case No. 310/6110/18. Proceedings No. 51-1234km]. // https://reyestr.court.gov.ua/Review/91901299?fbclid=IwAR2Vk_kBuZM_uP8uKXVUbsolW1FGH4YcsP7ZzTBROjhxgOPy8rui5_3p7OE(in Ukrainian).
30. Postanova VS vid 18 serpnya 2021 roku. Sprava № 582/445/20. Provadzhennya № 51-4502 km 20 [Resolution of the Supreme Court of August 18, 2021. Case No. 582/445/20. Proceedings No. 51-4502 km 20]. /https://reyestr.court.gov.ua/Review/99151651?fbclid=IwAR3vyq8YzSidJKcE_1ViTr_l7BR43GtHHsxMj3R0k-u3mp6fnljSJzV-Pp0(in Ukrainian).
31. Postanova VS vid 09.06.2021. Sprava N 623/3335/17. Provadzhennya No 51-6154km20 [Resolution of the Supreme Court dated 09.06.2021. Case N 623/3335/17. Proceedings No. 51-6154km20/]. / https://reyestr.court.gov.ua/Review/97657165 (in Ukrainian).
32. Postanova VS vid 29 veresnya 2021 roku. Sprva № 753/21575/16-k. Provadzhennya № 51-3036km21 [Resolution of the Supreme Court of September 29, 2021. Case No. 753/21575/16-k. Proceedings No. 51-3036km21]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/100068121 (in Ukrainian).
33. CASE OF MANTOVANELLI v. FRANCE.Application no. 21497/93). 18 March 1997. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-58023&filename=CASE%20OF%20MANTOVANELLI%20v.%20FRANCE.docx&logEvent=False (in English).
34. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia – 11082/06 and 13772/05. Judgment 25.7.2013 [Section I] https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-7648%22]} (in English).
35. P.G. and J.H. v. the United Kingdom – 44787/98ю Judgment 25.9.2001. file:///C:/Users/Admin/Downloads/002-5500.pdf (in English).
36. Pro praktyku vyrishennia slidchymy suddiamy pytan, poviazanykh iz slidchymy (rozshukovymy) diiamy. Lyst VSS Ukrainy vid 03.06.2016. [About the practice of resolving issues related to investigative (search) actions by investigating judges. Letter of the SCC of Ukraine dated June 3, 2016] https://kievskiysud.od.ua/images/docs/doc1/vityag_slid.pdf (in Ukrainian).
37. Proekt Zakonu "Pro derzhavnu reestratsiyu genomnoï informatsiï lyudini" [Draft Law "On State Registration of Human Genomic Information"]. http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_J?ses=10010&num_s=2&num=4265&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id= (in Ukrainian).
38. Akhtyrska N. (2022). Pravova rehlamentatsiia natsionalnykh reiestriv biolohichnykh danykh liudyny.[Legal regulation of national registries of human biological data.]. Naukovy'j visny'k Uzhgorods'kogo nacional'nogo universy'tetu. Seriya Prava [Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Law Series], (69), 385-390 (in Ukrainian). DOI https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.69.65
39. Postanova VS vid 04 bereznya 2021 roku . Sprava № 732/415/19. Provadzhennya № 51-5669km20 [Resolution of the Supreme Court of March 4, 2021. Case No. 732/415/19. Proceedings No. 51-5669km20]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/95382778 (in Ukrainian).
40. Postanova VS vid 29 lipnya 2020 roku. Sprava № 331/706/19. Provadzhennya № 51-1993km20 [Resolution of the Supreme Court of July 29, 2020. Case No. 331/706/19. Proceedings No. 51-1993km20]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/90714506References (in Ukrainian).

Received: 27.07.22
Revised: 31.08.22
Accepted: 16.09.22

O. Kostiuchenko, Cand. of Legal Sciences /PhD in Law, Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
N. Akhtyrska, Cand. of Legal Sciences /PhD in Law, Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INTERNATIONAL STANDARDS OF LEGAL REGULATIONS OF FORENSIC EXPERTISE AND THEIR IMPLEMENTATION IN UKRAINE

At the beginning of the 19th century, there was a belief that eventually investigators, prosecutors and judges would have the knowledge to evaluate evidence without the involvement of "scientific judges" (experts). The unconditional forecast was refuted by the rapid development of science, as a result of which a stable awareness of the need to develop the theory of expertise and improve the methodology of conducting various types of expertise, which requires scientific and technical capabilities and regulatory as well as legal support, was formed. John Brockman justified the future of science in the 21st century, assessing it as a grand breakthrough in physics, chemistry, cybernetics, biology, artificial intelligence and psychology, and as one determining the pace of expertise development. A deeper understanding of the processes of existence and interaction of matter becomes an instrument for a more detailed analysis of a person's activity, which can be considered as an intervention in his personal life. Balancing the observance of individual rights, the state's performance of functions to ensure the safety of society and scientific opportunities requires an appropriate timely legal response, in order to avoid the risk of violating such a balance.

Almost 30 years have passed since adoption of the Law of Ukraine "On Forensic Expertise", therefore, in order to make proposals for the legal regulation of the use of forensic expertise in criminal proceedings, an analysis of statistical data, judicial practice and the practice of the ECtHR was carried out. It is considered expedient: to determine the terms of the expert examination at the legislative level; to eliminate departmental dependence of experts when conducting an examination (in accordance with the practice of the ECtHR); to establish the grounds for conducting an examination on the initiative of the court (without a request from the parties); to create a state register of human genomic information and streamline its management in accordance with international standards; to determine the status of the specialist's conclusions in criminal proceedings.

Keywords: impartiality of the expert, method of expert research, extraction of samples, reasonable terms of research.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 41-46
УДК: 341.6
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-7

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

С. Кравцов, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-8270-193X
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна

ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ: СУЧАСНІ ТРЕНДИ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Досліджено різноманітні сучасні підходи до визначення та класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу. Та правова природа міжнародного комерційного арбітражу, яка існує на теперішній час у доктрині арбітражу, має суттєві недоліки і не відображає реалій сьогодення щодо розгляду зовнішньоекономічних спорів. Адже та довіра і ті переваги, які притаманні міжнародному комерційному арбітражу, роблять його настільки привабливим для сторін зовнішньоекономічної діяльності (і не тільки), наскільки це можливо. Така тенденція до "приватизації" розгляду спорів з іноземним елементом є не випадковою через наявність уніфікованих міжнародних нормативно-правових актів, які застосовуються до міжнародного комерційного арбітражу.

Незважаючи на такі переваги, основним питанням у міжнародному комерційному арбітражі все ж залишається питання про застосовні джерела права. Ключовим принципом, який відрізняє арбітраж від національного судочинства, є "автономія волі" сторін, тому, відповідно, саме сторони визначають, за якими правовими нормами саме і якої країни вони бажають, щоб їх спір був розглянутий. І в цьому разі досить неоднозначними є погляди вчених, які порівнюють доцільність застосування lex fori чи lex arbitri.

За результатами дослідження зроблено висновки щодо можливої класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу і пропонується новий підхід до визначення саме природи джерела арбітражу, вважаючи, що сам арбітраж не може існувати виключно у правовому вакуумі.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, джерела арбітражу, врегулювання спорів, цивільний процес.

Вступ. Зі зростанням глобалізаційних процесів та міжнародної торгівлі все більшої популярності набувають чимало позасудових альтернативних способів розгляду спорів, такі як арбітраж, примирення, переговори, посередництво тощо. Міжнародний комерційний арбітраж набув найбільшої популярності через свій різноманітний характер. Арбітраж є однією із процедур урегулювання спорів поряд з процедурами примирення і посередництва, що широко використовуються для врегулювання спорів, які виникають між сторонами зовнішньоекономічних спорів.

Зовнішньоекономічні договори є важливим інструментом регулювання діяльності сторін у арбітражних спорах. Проте існують обставини, у яких правила публічного порядку передбачають, що такі форми договорів не підлягають примусовому виконанню у межах юрисдикції конкретної держави. Це є результатом неузгодженості законів про міжнародний комерційний арбітраж між країнами, а також їхніх правових процедур. Докладаються численні зусилля щодо узгодження процедур міжнародного комерційного арбітражу, тоді як арбітраж зазвичай розглядається як координаційний центр для багатьох країн з різними культурними та соціальними стандартами, у якому складність та відмінності в арбітражному законодавстві призводять до випадків невідповідності в арбітражних рішеннях. Останнім часом Організація Об'єднаних Націй заохочувала рух за гармонізацію комерційного арбітражу в міжнародних договорах, регіональних угодах та національних законах [1]. Це також підвищує ефективність та дієвість міжнародної арбітражної практики.

Зазначена проблематика неодноразово була предметом дискусій таких учених, як Ю. Притика, В. Комаров, М. Мальський, Ф. Манн, Д. Лью та інших, але повною мірою не була розкрита і потребує значного наукового дослідження. Мета даної статті – продемонструвати тенденції розвитку сучасних поглядів до визначення на класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу.

Виклад основного матеріалу. Спочатку сам арбітраж розглядався як нейтральний суд, у якому сторони спору незалежні від національних судів. Джуліан Лью стверджував, що міжнародний арбітраж має створюватися та проводитися відповідно до міжнародної визнаної практики, без контролю з боку місцевих національних законів та без втручання чи перегляду з боку національних судів. Арбітражні угоди та рішення повинні визнаватись національними судами без будь-яких ускладнень чи процедури перегляду [2, с. 164].

Хоча певна незалежність (автономність) сторін зовнішньоекономічного контракту – можливість домовлятися про те, щоб їхній спір вирішувався незалежними арбітрами, є ключовим принципом у міжнародному комерційному арбітражі, але боротьба за верховенство між національними законами та національними судами, з одного боку, автономією сторін та незалежність міжнародної арбітражної системи з іншого боку, ще не припинилися. Протягом багатьох років національні закони порізному прагнули контролювати, регулювати, втручатися чи підтримувати міжнародний комерційний арбітраж. Протистояти спробам "локалізувати" міжнародний комерційний арбітраж та сприяти одноманітності в цій галузі стало можливо завдяки діяльності професійних приватних установ, міжнародних та міжурядових організацій, які розробили значне зведення правових норм, які покликані забезпечити самоврядування та процедури розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

Незважаючи на це, міжнародний комерційний арбітраж не може існувати незалежно від національних юрисдикцій. Розглядаючи діяльність міжнародного комерційного арбітражу, можна побачити, що значущість та вплив національних арбітражних законів та національного судового нагляду значно знижується, проте *lex fori*, як і раніше, відіграє важливу роль в арбітражному розгляді. Дуже дискусійною є позиція Френсіса Манна про те, що "кожен арбітраж є національним арбітражем" і його легітимність випливає виключно з певних правових норм, оскільки вона спрямована на те, щоб показа-

© Кравцов С., 2022

ти, що міжнародний арбітраж не існує у "правовому вакуумі" [3, с. 172]. Однак, як зазначає Ян Паулссон, критикуючи цю позицію, Ф. Манн не робить різницю між визначенням права, яке має застосовуватися під час ухвалення арбітражного рішення, з одного боку, і правом, яке регулює сам арбітражний розгляд, з іншого боку. У результаті Ф. Манн невиправдано обмежує кількість правових норм, які можуть надати законної сили арбітражному розгляду, лише одним – правом обрати місце проведення арбітражного розгляду.

На відміну від теорії Ф. Манна, Я. Паулссон зауважує, що "цікаво наполягати на авторитеті передбаченого *lex arbitri*, одночасно зазначаючи, що він зовсім не передбачений, оскільки сторони можуть обирати свій правовий порядок". Наприклад, може бути кілька можливих паралельних судових та арбітражних розглядів, національні суди просять надати тимчасові заходи на підтримку арбітражу – і, як наслідок, міжнародний арбітраж не обмежується нормами права однієї правової системи.

Вищевикладене переконливо свідчить про різноманіття джерел міжнародного комерційного арбітражу та складнощі, пов'язані з визначенням нормативних актів, що визначають арбітрабельність спору, проведення арбітражного розгляду, з одного боку, та нормативних актів, які вважаються застосовними для ухвалення арбітражного рішення, з іншого боку. Однак приватизація судових органів та розвиток приватної правотворчості дають підстави стверджувати, що міжнародний комерційний арбітраж є частиною транснаціонального правового порядку, який необхідно відрізняти від національних правових систем [4, с. 112]. Прихильники тези про автономний арбітражний правопорядок стверджують, що, розглядаючи питання, яке прямо не врегульовано сторонами в арбітражній угоді, а також і вибір права сторонами спору, арбітри можуть і повинні приймати рішення шляхом тлумачення та застосування загальних принципів права та *lex mercatoria*, які є більш відповідними та комерційно спроможними для вирішення спорів за допомогою арбітражу, ніж правові норми іншої правової системи. Джуліан Лью пояснює цю позицію таким чином: "Міжнародний арбітраж є самостійною процедурою розгляду спорів, що регулюється переважно ненаціональними нормами та прийнятими міжнародними комерційними нормами та практикою. Міжнародний арбітраж є і має бути визнаний автономним процесом для врегулювання всіх видів зовнішньоекономічних спорів. Він існує у своєму власному просторі – поза його національною чи транснаціональною сферою. Це твердження обмежує можливості втручання національних судів у процес арбітражного розгляду".

Також Джуліан Лью стверджує, що міжнародний арбітраж, безперечно, взаємодіє з національними законами, однак, національні суди не будуть втручатися в арбітражний процес і не повинні прагнути перегляду рішень арбітражу, оскільки виключно арбітри обізнані в тонкощах матеріалів конкретної справи" [2, с. 179]. Теорія автономності міжнародного комерційного арбітражу має важливі наслідки для визначення джерел міжнародного комерційного арбітражу і, зокрема, їх авторитетності. Прихильники цього підходу підтримують думку про те, що транснаціональні норми та торговельна практика переважно краще підходять для того, щоб дати відповіді на запитання, що випливають із міжнародних комерційних відносин, ніж національне позитивне право. З вищенаведеного випливає, що, коментуючи джерела міжнародного комерційного арбітражу, важливо мати на увазі, що не існує єдиної думки щодо того, який нормативний акт є правозастосовним для міжнародного арбітражу. Питання про те, чи дотримуватися принципу множинності чи теорії автономності арбітражного правопорядку, не має істотного значення з погляду кількості можливих нормативних актів, які можуть бути застосовні до арбітражу. Суперечність у поглядах полягає у визнанні чи відхиленні того, що один із цих нормативних актів має переважну силу щодо інших [5, с. 136].

На підставі вищевикладеного, важливо відзначити різницю, яку Ян Паулссон проводить між застосовним арбітражним правом і правом яке застосовується до арбітражного розгляду [6, с. 312]. Як далі пояснив автор, відмінність між ними в тому, що останнє визначає рішення арбітрів, тоді як перше стосується джерела їхніх повноважень і правопорядку, який регулює діяльність арбітражу. У менш недвозначній формі Джуліан Д. М. Лью також зазначає відносно контрасту між нормами права, що застосовуються до суті спору між сторонами зовнішньоекономічного договору, та нормами права, що регулюють проведення арбітражного розгляду, правосуб'єктність сторін і арбітрів, сферу повноважень арбітрів, приведення до арбітрів рішень:

"Існують норми міжнародного приватного права, які регулюють взаємодію різних або національних законів, що суперечать один одному. Існують також правила, що регулюють відносини між національними законами та міжнародним арбітражем. Ці норми беруть свій початок у міжнародному публічному праві, міжнародному приватному праві та міжурядових та неурядових документах, у яких розроблено процедури та практика, що користуються широким міжнародним визнанням" [2, с. 179].

Таким чином, хоча первинним джерелом міжнародного комерційного арбітражу вважається міжнародне приватне право, можуть бути випадки, коли джерела міжнародного публічного права можуть бути взяті до уваги, оскільки вони мають стосунок до визначення законності міжнародного комерційного арбітражу [7, с. 9; 8]. Слід зазначити, що Статут Міжнародного Суду містить конкретну норму, присвячену джерелам права.

Згідно зі статтею 38 Статуту Міжнародного Суду, основними джерелами міжнародного права є міжнародні конвенції, міжнародний звичай та загальні засади права, визнані цивілізованими націями. Останні також визнаються як додаткове джерело права відповідно до документів приватного міжнародного права. Статут Міжнародного Суду також схвалює судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців із публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм. Хоча вони не мають обов'язкової сили, крім як для сторін, що беруть участь у справі, і лише в певній справі, їхня роль має велике значення [9]. Такий підхід до додаткових джерел забезпечує як правову визначеність у застосуванні норм права, так і гнучкість під час розгляду питання про застосування нових правових обґрунтувань до питань, що розглядаються. З одного боку, суд має право дотримуватись правової аргументації своїх рішень, прийнятих у попередніх справах, що сприяє формуванню стабільної та послідовної судової практики, а, з іншого боку, суд не пов'язаний цим юридичним обґрунтуванням і може прийняти нове рішення, якщо воно видається більш доречним. Це забезпечує гнучкість чинного законодавства та його адаптацію до нових життєвих ситуацій, наприклад у зв'язку з технологічними досягненнями чи придбанням нових даних чи знань. Підхід до судових рішень, прийнятий Міжнародним Судом, можна розглядати як приклад належної практики під час аналізу статусу арбітражних рішень як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі [10, с. 11–12].

Слід зазначити, що визначення джерел права в міжнародному комерційному арбітражі може залежати від схвалення тієї чи іншої теорії міжнародного комерційного арбітражу. Наприклад, в юрисдикційній теорії перевага віддається суворому застосуванню права арбітрами, включаючи дотримання судових рішень, що діють. Такий підхід підтримує верховенство права, сприяє більшій визначеності та передбачуваності в міжнародному комерційному арбітражі та, можливо, зміцнює авторитет самого арбітражу [11, с. 75]. Крім того, він служить цілям арбітражного процесу та відповідає вимогам його об'єктивності.

Таким чином, проаналізувавши основні доктринальні підходи до джерел права та наголосивши на певних рисах, притаманних міжнародному комерційному арбітражу, які необхідно враховувати в класифікації джерел міжнародного арбітражу, надалі буде розглянуто категорії, запропоновані в науковій літературі і запропоновані власні висновки з даного питання.

Класифікації джерел права у міжнародному комерційному арбітражі. Спочатку слід зазначити, що питання категоризації в контексті міжнародного комерційного арбітражу вимагають подальшого вивчення. Аналізуючи наукові підходи щодо класифікації джерел міжнародного комерційного арбітражу, можна дійти висновку, що це питання не розкрито на достатньому рівні, незважаючи на його важливість стосовно застосовного права та відсутності консенсусу щодо класифікації джерел права. Відповіді на такі запитання, як "чи є *Lex Mercatoria* джерелом права?", "Чи мають арбітри дотримуватися рішень національних судів?", "Чи мають арбітри дотримуватися юридичного чи гнучкого підходу до питань класифікації, тобто чи повинні вони дотримуватися методу класифікації, визначеної конкретною правовою системою, або ж вони повинні проводити порівняльний правовий аналіз?", впливають на процес ухвалення арбітражного рішення.

Однак, незважаючи на відсутність послідовності у класифікації джерел права, з наявної літератури можна зробити висновок про те, що вчені та практики дотримуються менш формалістичного підходу до цього питання. Вони часто враховують особливі характеристики міжнародного комерційного арбітражу і підтримують розуміння джерел міжнародного комерційного арбітражу, які є обмеженими стосовно концепцій, запровадженими в їхній юрисдикції.

Таким чином, С. Стронг проводить різницю між вісьмома категоріями джерел права, а саме: конвенціями та договорами, національним законодавством, арбітражним регламентом, правом спору (процесуальними постановами та угодами між сторонами), арбітражними рішеннями, прецедентним правом, монографіями та юридичними статтями [12, с. 12]. Проте професор С. Стронг не дає теоретичного обґрунтування цієї класифікації. Взаємозамінне використання термінів "джерела права", "правові джерела", "юридичні органи" та "форми правових органів" призводить до деякої плутанини щодо критеріїв, що використовуються для визначення різниці між джерелами права в арбітражі.

На жаль, професор Стронг не акцентує увагу на ролі широко визнаних норм права, таких як *lex mercatoria*, торгових звичаїв, а також на загальних засадах міжнародного права [13, с. 323]. Хоча *lex mercatoria* та загальні принципи відповідно до статті 38 Статуту Міжнародного Суду коротко згадуються у зв'язку з можливими законами, що регулюють суть спору, їх включення до розділу "Джерела права – національні закони" викликає серйозні сумніви. Цікаво відзначити, що процесуальні постанови та угоди між сторонами кваліфікуються автором як джерела права на основі їхньої обов'язкової сили для сторін. Таким чином, можна припустити, що основний зовнішньоекономічний договір між сторонами також слід розглядати як джерело права (згідно з цією класифікацією). Такий висновок, однак, вводить в оману щодо різниці між джерелами права та джерелами (договірних) зобов'язань. Хоча зовнішньоекономічний договір та арбітражні угоди є обов'язковими для сторін, ці наслідки випливають із принципів *pacta sunt servanda* та сумлінності.

Як підтвердження цієї думки можна навести приклад рішення Федерального Суду Швейцарії № 4A_488/2009 від 15 лютого 2010 року. Відповідно до цього рішення виник спір з приводу розірвання договору купівлі-продажу металевих прутів між турецькою та румунською компаніями. Турецька компанія порушила арбітражний розгляд у Женеві під головуванням одноособового арбітра, який ухвалив рішення на їхню користь. Румунська компанія подала апеляцію до Федерального Суду Швейцарії, вимагаючи скасування арбітражного рішення на підставі порушення публічного порядку, зокрема порушення правила *pacta sunt servanda*. Суд відхилив цю претензію, заявивши, що неточне тлумачення договору є порушенням правила *pacta sunt servanda*. Останнє буде порушено лише в тому (найменш малоймовірному) разі, коли арбітражний суд визнає, що договір має обов'язкову силу, а потім звільнить сторону від його дотримання[†]

До того ж порівняльний аналіз, проведений професором Стронгом між джерелами права у національних правових системах та джерелами права в міжнародному комерційному арбітражі, показує деякі неточності та обмеження. Однак автор правильно наголошує на важливості джерел права в арбітражі, відповідаючи на критику приватного характеру цього методу вирішення спорів, а також на доктринальні точки зору, що прирівнюють міжнародний арбітраж до "беззаконного" процесу прийняття рішень через неформальність судового розгляду та передбачуване недотримання основних норм права [14, с. 202].

Ще одну класифікацію джерел права в міжнародному арбітражі запропонував Лоеф К. Вербеке, який проводить різницю між шістьма категоріями, а саме договорами, національним законодавством, арбітражним регламентом, арбітражними рішеннями, рішеннями національних судів та науковою літературою [15, с. 293]. Цей автор не визнає ні *lex mercatoria*, ні торговельні звичаї та загальні принципи права як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі. Однак не викликає сумнівів той факт, що *lex mercatoria*, торгові звичаї широко визнаються як джерела права і відіграють важливу роль у процесі ухвалення рішень. Наприклад, відповідно до ст. 7(2) Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. питання, що стосуються предмета регулювання цієї Конвенції, які прямо в ній не дозволені, підлягають вирішенню відповідно до загальних принципів, на яких вона заснована, а за відсутності таких принципів – відповідно до права, що застосовується з норм міжнародного приватного права. Також ст. 9 цієї Конвенції регламентує, що сторони пов'язані будь-яким

[†] Federal Tribunal Decision No 4A_488/2009 rendered on 15 February 2010. URL: http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_488/2009&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//15-02-2010-4A_488-2009&number_of_ranks=1. English translation: http://www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-public-policy-pacta-sunt-servanda-and-the

звичаєм, щодо якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах. За відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їхнього договору або його укладення звичаю, про який вони знали або повинні були знати і який у міжнародній торгівлі широко відомий і постійно дотримується сторонами в договорах такого ґатунку у відповідній галузі торгівлі [16].

Ще одним підтвердженням використання *lex mercatoria* та загальних торгових звичаїв є Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13 січня 2014 року у справі № 910/21449/13, щодо якої визначається, що відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин; звичай може бути зафіксований у відповідному документі.

Згідно з п. 2 Листа Вищого господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8/211 "Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України" документами, що застосовуються в Україні, у яких зафіксовані звичаї ділового обороту є, зокрема, Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 р.

У статті 4.7 Принципів УНІДРУА у редакції 1994 передбачено, якщо договір складено на двох або більше мовах і кожний із його текстів має однакову силу, то в разі розбіжностей між текстами, перевага надається тлумаченню відповідно до варіанту тексту договору, який був складений первісно [17].

Саме в Преамбулі Принципів УНІДРУА 2016 року визначається можливість використання конкретних джерел права для вирішення спорів, що випливають із міжнародних договорів. Зокрема, відповідно до цих Принципів, якщо сторони міжнародного зовнішньоекономічного договору виявлять бажання вибрати Принципи як норму права, яка регулюватиме цей договір, то вони зобов'язані це зробити саме в арбітражній угоді, оскільки автономність арбітражного рішення має вищу силу, ніж норми національного законодавства. Якщо ж це буде зроблено просто як одна з частин договору, то в переважне значення матиме внутрішнє законодавство країни про міжнародне право.

Крім цього, у Принципах стверджується, що сторони міжнародних комерційних договорів, які не можуть домовитися про вибір конкретного внутрішнього права як права, що застосовується до їхнього договору, іноді передбачають, що він регулюється "загальними принципами права", "звичаями міжнародної торгівлі", *lex mercatoria* тощо. [18].

Еммануель Гайярд та Джон Севідж зробили спробу систематизувати підходи до визначення видів джерел права в міжнародному комерційному арбітражі. Вони проводять різницю між джерелами права публічного і приватного походження. До джерел публічного походження автори зараховують ті, які є у правових системах кожної держави, і навіть міжнародні джерела. До міжнародних джерел належать, на думку вчених, міжнародні конвенції, міжнародний звичай, загальні засади права та судові рішення, перелічені у статті 38 Статуту Міжнародного Суду [19]. Крім того, на думку Е. Гайярда та Дж. Севіджа, "м'яке право" може також належати до категорії міжнародних джерел права, оскільки воно складається з документів, розроблених міжнародними організаціями, які просто рекомендуються, а не нав'язуються ними. Такими факультативними документами є арбітражні регламенти, розроблені міжнародними установами, тобто Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж та двосторонні угоди про правову допомогу. Ці науковці стверджують, що джерелами приватного походження є типові арбітражні угоди, арбітражні правила та арбітражні рішення.

Концепція, яка прийнята Е. Гайярдом і Дж. Севіджем у класифікації джерел права в міжнародному комерційному арбітражі, має перевагу, що забезпечує структуровану класифікацію, оскільки вона заснована на диференціації з урахуванням певних критеріїв, тобто походження та територіальної дійсності. Незважаючи на використання формального методу встановлення законності, цей підхід не є повною мірою всеосяжним, оскільки немає жодного пояснення причин, на підставі яких джерела права класифікуються на основі диференціації за ознакою державного та приватного походження. Така класифікація не дозволяє зрозуміти, чому зазначені норми права визнаються як джерела права в міжнародному комерційному арбітражі.

Наприклад, так зване рекомендаційне право може бути представлене як у категоріях джерел публічного, так і приватного походження. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж розроблявся Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі та призначений для надання державам допомоги в реформуванні, модернізації та узгодженні їх законів про арбітражне судочинство. Він не має обов'язкової сили, якщо він не включений до національного законодавства після відповідної процедури. Як приклад рекомендаційного права приватного походження можна навести Керівні принципи Міжнародної асоціації адвокатів щодо представництва сторін у міжнародному арбітражі [20]. Останні створюються Міжнародною асоціацією адвокатів, яка є професійною організацією юристів-практиків, колегіями адвокатів та юридичними товариствами, що займаються розвитком міжнародного права. Аналогічним чином можна навести відповідні приклади щодо міжнародного звичаю як джерела права публічного походження та торгової практики, а *lex mercatoria* як джерело права приватного походження.

Хоча Е. Гайярд і Дж. Севідж визнають, що міжнародний комерційний арбітраж має особливий характер, вони не намагаються розглянути питання про те, чи можуть його характеристики та цілі впливати на джерела права, які застосовуються до нього. Наприклад, основні переваги арбітражу, який відрізняє його від національного порядку розгляду спорів у судах, полягають у його обліку індивідуальних інтересів та заохочення принципу автономії сторін. Водночас арбітри завжди стикаються зі складнощами, коли їм доводиться ухвалювати рішення про обмеження принципу автономії сторін, як і в тих випадках, коли цей принцип входить до колізії з джерелами права публічного та приватного походження. Хоча автономія сторін обмежена лише тією мірою, якою вона суперечить імперативним нормам національного законодавства, інституційний арбітражний регламент стає всеосяжним і нетерпимим стосовно втручання сторін. Стає дедалі суперечливішим погляд, що саме походження норм права робить їх джерелами права та повністю визначає їхню авторитетність. Ще одним цікавим аспектом, що заслуговує на увагу, є визнання типових арбітражних застережень як джерела права.

Однак арбітражні угоди, що укладаються в кожному конкретному випадку, не можуть розглядатися як "джерело міжнародного арбітражного права", оскільки з більш практичної точки зору спеціальні положення, узгоджені між сторонами договору, явно не мають такої ж

сили та значущості, як інструменти, призначені для використання – та фактично використовувані – у нескінченній кількості випадків.

Наведені вище заяви є двозначними та підлягають більш ретельному аналізу з кількох причин. По-перше, важко зрозуміти, яким чином типова арбітражна угода може "регулювати будь-які ситуації, яким вона прямо не призначалася". Будь-яка арбітражна угода, чи то типова, чи спеціальна, може бути застосована до спору між сторонами тільки в тому разі, якщо вона є дійсною та чинною; тобто коли сторони прямо передбачили, що їхній спір буде врегульовано шляхом арбітражу, та дотримуються необхідних вимог щодо формальної та матеріальної дійсності арбітражної угоди.

По-друге, вищезгаданий підхід не враховує, що професійним організаціям та приватним суб'єктам делегуються нормотворчі функції у міжнародному торговому арбітражі. Ця функція випливає не з будь-якої міри повторення та спільності правил, а зі статутних положень у національних законодавствах, які відображають статтю 19(1) ЮНСІТРАЛ, де передбачено, що за умови дотримання положень цього Закону сторони можуть на власний розсуд домовитися про процедуру розгляду справи арбітражним судом. За відсутності такої домовленості арбітражний суд може, з урахуванням положень цього Закону, вести арбітражний розгляд таким чином, як він вважає за належне. Повноваження, надані арбітражному суду, включають повноваження визначення допустимості, відносності, суттєвості і значущості будь-якого доказу.

По-третє, теза про те, що типові арбітражні угоди можуть розглядатися як джерела права, не проводить відмінності між джерелами права, що застосовуються в міжнародному комерційному арбітражі, та джерелами зобов'язань. Будь-яка арбітражна угода (джерело зобов'язання) повинна виконуватись сторонами відповідно до принципу *pacta sunt servanta* (джерело права). Протилежний підхід передбачає визнання комерційних договорів або принаймні типових положень та угод як джерела права. Хоча визнається, що м'яке право є одним із джерел права в міжнародному комерційному арбітражі, типові арбітражні угоди не можуть розглядатися як джерела права, оскільки вони не є нормами права, і не володіють будь-якими обов'язковими або переконливими повноваженнями щодо спорів, за якими сторони не досягли справжньої згоди [21, с. 72].

У всіх наведених вище класифікаціях використовується формалізований підхід до визначення джерел міжнародного комерційного арбітражу [22, с. 83]. Джошуа Картон виступає за менш правове розуміння концепції норм у міжнародному комерційному арбітражі. На думку Джошуа Картона, деякі характерні особливості арбітражу є результатом загальної культури та цінностей, загальних соціальних норм: "…у системі, у якій повноваження арбітрів на ухвалення рішень по суті спорів обмежені незначною мірою, соціальні норми мають особливо важливе значення для спрямування та легітимізації міжнародного арбітражного правосуддя. Загальні норми сприяють гармонізації процесу прийняття рішень у системі, яка інакше сприятиме внутрішньої узгодженості".

Автор виокремлює чотири соціальні норми, які є елементами культури міжнародного комерційного арбітражу, що зароджується. Це автономія сторін, послуги бізнесу, нейтралітет та інтернаціоналізм. Джошуа Картон далі розвиває кожну із чотирьох соціальних норм. Наприклад, він визнає, що автономія сторін є одним з основних принципів міжнародного комерційного арбітражу і стала нормою, що широко укорінилася. Стверджується, що як соціальна норма автономія сторін діє як обмеження повноважень арбітрів і як гарантія того, що індивідуальні інтереси переважають над системними [23, с. 75].

Внесок аналізу Картона у розвиток концепції джерел права в міжнародному комерційному арбітражі полягає у запропонованому переході до менш формального підходу, який ураховує особливий характер арбітражу та враховує як виконання функцій держави, організації та професійних органів і навіть правозастосовних функцій арбітрів. Такий підхід, безсумнівно, більш доречний щодо норм права, визнаних як джерела права міжнародного комерційного арбітражу. Він свідчить про різноманіття норм, що регулюють арбітраж, і складну динаміку системи. Формалістична конструкція не є адекватною, оскільки вона не може пояснити, чому арбітри можуть приймати рішення щодо спору, що розглядається таким чином, який істотно відрізняється від національних судів. Класифікація джерел міжнародного комерційного арбітражу має відбивати ці властиві системі характеристики.

Висновки. Як убачається, у більшості запропонованих класифікацій не враховується загальний характер вимог, що висуваються до міжнародного комерційного арбітражу, і віддається перевага формалістичному підходу до встановлення джерел права. Такий підхід створює сприятливе середовище для еволюції судочинства. Застосовуючи формалістичний підхід до класифікації джерел права, арбітри заохочуються до суворого застосування правничих та ігнорування застосування інших норм, відповідно до яких ухвалюється рішення.

Хоча правильно, що арбітражу "не існує у правовому вакуумі" та його легітимність випливає з однієї чи кількох національних правопорядків, можна стверджувати, що арбітражна практика у вигляді загальних соціальних норм відіграє значну роль у створенні та проведенні арбітражного розгляду та ухвалення рішень арбітром. Саме тому значення такої практики та норм слід оцінювати, визнаючи останні як законні джерела права. У цьому пропонується, щоб за класифікації джерел права враховувалися, з одного боку, множинність судових постанов, застосовуваних до арбітражу й у ньому, з другого – загальні соціальні норми, що формують зростаючу культуру арбітражу.

Поняття "джерело права" слід розуміти в найширшому сенсі, щоб воно включало різні правові та соціальні норми, що впливають на процес ухвалення рішень арбітром. Застосування гнучкого підходу до класифікації джерел права в міжнародному комерційному арбітражі спонукає арбітрів проводити порівняльний правовий аналіз під час прийняття рішень, замість наслідувати формалістичний підхід до джерел права, останні організовані в ієрархічній системі. Такий формалізований підхід служить цілям судової системи та сприяє формалізації міжнародного комерційного арбітражу.

Список використаних джерел

1. Secretary-General's address to International Council for Commercial Arbitration Congress // United Nations. Port-Louis, Mauritius, 09 May 2016. URL: https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-05-09/secretary-generals-address-international-council-commercial (дата звернення – 13.09.2022)

2. *Lew J. D. M., Jafari T.* Achieving the Dream: Autonomous Arbitration // International Law Review. 2009. № 26(40). P. 163–193.

3. *Mann Francis A.* Lex Facit Arbitrum // International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke / Pieter Sanders and Martin Domke (eds). Nijhoff, 1967. P. 157–183.

4. *Cutler A. Claire.* International Commercial Arbitration, Transnational Governance, and the New Constitutionalism // International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence / Walter Mattli and Thomas Dietz (eds). 1st edn. 2014.

5. *Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel, Partasides Constantine.* Introduction // Law and Practice of International Commercial Arbitration / Alan Redfern and others (eds). 4th edn. Sweet & Maxwell, 2004.

6. *Paulsson Jan*. Arbitration in Three Dimensions // 60 ICLQ. 2011. P. 291–323 URL: https://www.jstor.org/stable/23017003.
7. *Roth Marianne, Happ Richard*. Interpretation of the CISG According to Principles of International Law // International Trade and Business Law Annual. Volume 4. 1999. P. 1–12;
8. *John O. Honnold*. Interpretation of the Convention // Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd. Kluwer Law International. Austin : Wolters Kluwer, 2009. 4th ed. Article 7.
9. Статут Международного суда ООН // ООН. URL: http://www.un.org/ru/icj/statut (дата звернення – 01.08.2022).
10. *Guillaume Gilbert*. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators // Journal of International Dispute Settlement. 2011. P. 5–23.
11. *Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Michael*. Juridical Nature of Arbitration // Comparative International Commercial Arbitration / Julian D. M. Lew and others (eds). 2003.
12. *Strong S. I.* Research and Practice in International Commercial Arbitration: Sources and Strategies. 1st edn. 2009.
13. *Pryles Michael*. Application of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // U.N.S.W.L.J. 2008. P. 319–329.
14. *Drahozal Christopher R*. Is Arbitration Lawless? // Loy. L. A. L. Rev. 2007. P. 187–216.
15. *Verbeke Loeff C*. Sources of International Commercial Arbitration // Int'l J Legal Info. 1995. P. 293–294.
16. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text.
17. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 13 січня 2014 року у справі № 910/21449/13. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/36640755
18. Principles of International Commercial Contracts // NIDROITU URL: https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf
19. *Gaillard Emmanuel, Savage John*. Sources of International Commercial Arbitration // Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitratio / Emmanuel Gailard and John Savage (eds). 1st edn. Kluwer Law International 1999.
20. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration : Adopted by a resolution of the IBA Council 25 May 2013 International Bar Association. London, 2013. URL: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F
21. *D'Aspremont Jean*. Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules // International Law. Oxford, 2011.
22. *D'Aspremont Jean*. The Critiques of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law // Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules. 1st edn. 2011. P. 83.
23. *Karton Joshua*. International Arbitration Culture and Global Governance // International Arbitration & Global Governance: Contending Theories And Evidence / eds. Walter Mattli & Thomas Dietz. 2014. P. 74–116.

References

1. United Nations Secretary-General, Secretary-General's Address to International Council For Commercial Arbitration Congress, 2016. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-05-09/secretary-generals-address-international-council-commercial> (in English)
2. D. M. Lew, J., Jafari, T. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. International Law Review, 2009; 26(40): 163-193. doi: 10.22066/cilamag.2009.17374 (in English)
3. Francis A Mann, 'Lex Facit Arbitrum' in Pieter Sanders and Martin Domke (eds), International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke (Nijhoff, 1967) 157-183 (in English)
4. A. Claire Cutler, 'International Commercial Arbitration, Transnational Governance, and the New Constitutionalism' in Walter Mattli and Thomas Dietz (eds), International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence (1st edn, OUP 2014) (in English)
5. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Constantine Partasides, 'Introduction' in Alan Redfern and others (eds), Law and Practice of International Commercial Arbitration (4th edn, Sweet & Maxwell 2004) (in English)
6. Jan Paulsson, 'Arbitration in Three Dimensions' (2011) 60 ICLQ 291–323 https://www.jstor.org/stable/23017003
7. Marianne Roth and Richard Happ, 'Interpretation of the CISG According to Principles of International Law' (1999) 4 Int'l. Trade & Bus. L. Ann. 1–12; John O. Honnold, 'Article 7. Interpretation of the Convention' in Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd. Kluwer Law International 1999).
8. Statut Mezhdunarodnogo suda OON [elektronnij resurs] // OON. URL: http://www.un.org/ru/icj/statut (data zvernennya 01.08.2022)
9. Gilbert Guillaume, 'The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators' (2011) 2 Journal of International Dispute Settlement, p. 5–23
10. Julian Lew, Loukas Mistelis and Stefan Kröll (Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan Michael Kröll, 'Juridical Nature of Arbitration' in Julian D. M. Lew and others (eds), Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 2003)
11. SI Strong, Research and Practice in International Commercial Arbitration: Sources and Strategies (1st edn, OUP 2009) para 2.09
12. Michael Pryles, 'Application of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration' (2008) 31 U.N.S.W.L.J. 319–329.
13. Federal Tribunal Decision No 4A_488/2009 rendered on 15 February 2010; English translation available at: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-public-policy-pacta-sunt-servanda-and-the->; Original text available at: http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_488/2009&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//15-02-2010-4A_488-2009&number_of_ranks=1
14. Christopher R. Drahozal, 'Is Arbitration Lawless?' (2007) 40 Loy. L. A. L. Rev. 187–216
15. Loeff C. Verbeke, 'Sources of International Commercial Arbitration' (1995) 23 Int'l J Legal Info 293–294.
16. Konvenciya Organizaciї Ob'ednanih Nacij pro dogovori mizhnarodnoї kupivli-prodazhu tovariv vid 11 kvitnya 1980 roku (ukr/ros) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text
17. Postanova Kiïvs'kogo apelyacijnogo gospodars'kogo sudu vid 13 sichnya 2014 roku u spravi № 910/21449/13 https://reyestr.court.gov.ua/Review/36640755
18. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf
19. Emmanuel Gaillard and John Savage, 'Sources of International Commercial Arbitration' in Emmanuel Gailard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (1st edn, Kluwer Law International 1999)
20. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F
21. D'Aspremont, 'The Emergence of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law' (n 38) 72
22. Jean D'Aspremont, 'The Critiques of Formal Law-Ascertainment in the Theory of the Sources of International Law' in Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules (1st edn, OUP 2011) p. 83.
23. Joshua Karton, International Arbitration Culture and Global Governance, Walter Mattli & Thomas Dietz, International Arbitration & Global Governance: Contending Theories And Evidence (2014) P. 74-116

Received: 02.08.22
Revised: 17.08.22
Accepted: 16.09.22

S. Kravtsov, Associate Prof.
Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

SOURCES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: CURRENT TRENDS AND DEVELOPMENT TENDENCIES

Various modern approaches to the definition and classification of sources of international commercial arbitration have been studied. The legal nature of international commercial arbitration, which currently exists in the arbitration doctrine, has significant shortcomings and does not reflect today's realities regarding the consideration of foreign economic disputes. After all, the trust and advantages inherent in international commercial arbitration make it as attractive as possible for the parties to foreign economic activity (and not only). Such a tendency to "privatize" the consideration of disputes with a foreign element is not accidental due to the presence of unified international legal acts that are applied to international commercial arbitration.

Despite such advantages, the main issue in international commercial arbitration still remains the applicable sources of law. Since the key principle that distinguishes arbitration from national court proceedings is the "autonomy of the will" of the parties, accordingly, the parties determine under which legal norms and in which country they want their dispute to be heard. And in this case, the views of scientists who compare the expediency of applying lex fori or lex arbitri are quite ambiguous.

Based on the results of the conducted research, conclusions are made regarding the possible classification of sources of international commercial arbitration and a new approach is proposed to determine the nature of the source of arbitration, considering that arbitration itself cannot exist exclusively in a legal vacuum.

Keywords: international commercial arbitration, arbitral agreement, sources of arbitration, conflict resolution, civil procedure.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 47-50
УДК: 348.06
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-8

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

І. Мацелюх, д-р юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0003-3706-6428
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЗАРОДЖЕННЯ ТА ЕВОЛЮЦІЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У СИСТЕМІ УПРАВЛІННЯ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ

Зроблено аналіз еволюції дискреційних повноважень у системі управління католицької церкви з метою з'ясування та встановлення значення окремих управлінських принципів, які нині ефективно застосовуються у службовому праві.

З'ясовано, що практика використання дискреційних повноважень уперше зароджується у середовищі Римо-католицької церкви. Ними послуговувалися папські легати, які здійснювали представницьку, дипломатичну місію Святого Престолу у християнських країнах світу. Їхній нормативно-правовий статус визначався Кодексом канонічного права від 27 травня 1917 р.

Проаналізовано правила та рішення ІІ Ватиканського собору, які надали можливості помісним церквам, окремим діоцезам послуговуватися дискреційними повноваженнями, а також діяти в межах канонічного права з урахуванням місцевих особливостей, заклало початок помірної децентралізації, яка своєю силою не порушила засад верховенства Святого Престолу.

Визначено, що поступальний розвиток мережі папських дипломатичних місій не лише продемонстрував можливість застосування дискреційних повноважень для здійснення управління, а й зумовив формування широкого дипломатичного представництва Ватикану, який нині підтримує відносини з більшістю країн світу, і представлений у найбільш авторитетних міжнародних організаціях. При Святому Престолі в Римі діє понад вісім тисяч постійних представництв від країн світу та міжнародних організацій, зокрема й від Європейського Союзу.

У ході аналізу використано поліметодологічний підхід із застосуванням сукупності філософських, загальнонаукових, спеціально-наукових методів дослідження, а саме діалектичного, герменевтичного, аксіологічного, історико-філософського та системно-функціонального. Крім того, широкого застосування набули формально-догматичний, формально-логічний, формально-юридичний методи. Комплексний аналіз становлення та розвитку дискреційних повноважень у системі управління католицької церкви став можливим завдяки використанню системно-структурного методу, а дослідження його в історико-правовому вимірі завдячує ретроспективному методу. Квінтесенцію дослідження становили спеціально-наукові методи, а саме: порівняльно-правовий та історико-правовий.

Ключові слова: дискреційні повноваження, система управління, католицька церква, канонічне право.

Вступ. 24 лютого 2022 року – це день, який назавжди буде вписаний в історії України чорними літерами. Саме тоді розпочалася повномасштабна воєнна агресія північного сусіда, яка змінила долю кожного українця та вразила весь цивілізований демократичний світ. Дії Росії також засудили лідери світових релігій, зокрема й Папа Римський Франциск. Останній не лише підтримує духовно, молитовно постраждалих, а й висловився за готовність долучитися до політичних перемовин шляхом візитації до Києва та Москви. На час написання означеної наукової розвідки нам залишається лише висловити сподівання та надію, що така зустріч сприятиме припиненню збройної агресії Росії, відновленню територіальної цілісності України. Наразі ми можемо констатувати, що впродовж усієї історії вплив католицької церкви та її лідера на державно-політичний лад країн Європи завжди був потужний. Причина такого впливу вбачається як у самій структурі церковного управління, яка в майбутньому стала прототипом для державних механізмів, так і в християнських релігійних цінностях загалом. У зв'язку з цим метою нашої розвідки є комплексне історико-правове дослідження процесу зародження та еволюції дискреційних повноважень у системі управління католицької церкви, прототипна модель яких застосовується в організації роботи органів місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблематика актуалізації дискреційних повноважень розкривається у працях значної кількості науковців, серед яких А. Берлач, П. Діхтієвський, О. Проневич, О. Радишевська, О. Губанов, А. Пухтецька, М. Іншин, Ю. Ващенко, Р. Мельник та інші. Однак питання їх походження та еволюції досі залишаються малодослідженим.

Виклад основного матеріалу. Християнство, що зародилося у І ст. н. е. на землях провінції Іудея в Римській імперії, із плином століть не лише перетворилося на одну зі світових релігій, але й сформувало ефективну систему управління церковною організацією, яка послуговувалася різноманітними принципами, котрі лягли в основу адміністрування держав сучасного типу. Цьому процесу сприяло стрімке поширення християнства в Західній Європі в умовах Середньовіччя.

Головним способом утвердження церкви в кожній окремій країні стала практика призначення папських представників. Зокрема, Папа Римський Лев І (440–461 рр.) встановив посаду апокрисіарія – постійного представника римської церкви при імператорському дворі Константинополя [1, с. 18].

Перетворення Святого Престолу на самостійну теократичну державу зумовило появу нової посади – легата (папського представника при дворі християнських монархів). Вони направлялися Папою для виконання конкретних дипломатичних місій, підписання договорів, виконання волі Папи. Характерною особливістю повноважень легата було те, що він не підпорядковувався ні місцевій владі конкретної країни, ні правлячому там єпископу. На початку виконання місії легат повинен був вручити очільнику держави вірчу грамоту, щоб запевнити правителя, у країну якого він був акредитований як папський представник, про легітимність візиту. Після виконання покладених понтифіком функцій легат повертався до Риму.

XIV ст. для Святого Престолу подарувало нові випробування. З 1309 року розпочався період авіньйонського папства. Понтифіки змушені були перенести свою резиденцію з Риму до м. Авіньйон. Вони перебували в

© Мацелюх І., 2022

повній політичній залежності від французьких королів. Унаслідок так званого авіньйонського полону влада пап ослабла [2, с. 509]. Останні, не маючи можливості особисто брати участь у дипломатичних місіях та більш ретельно контролювати легатів, були змушені наділити їх дискреційними повноваженнями. Окрім того, у міру розвитку суспільства, торговельно-товарних відносин постала потреба у швидкому прийнятті рішень, тому їм були потрібні дискреційні повноваження для самостійного вирішення питань.

Представники папи мали право самостійно, на свій розсуд вирішувати питання розв'язання військових спорів, підписання мирних договорів, захисту та управління довіреними йому територіями, здійснення судово-юрисдикційних функцій, призначення та усунення з посад ректорів та інших папських молодших офіцерів, позбавлення католицьких підданих відповідних прав, посад, конфіскація майна тощо [3]. Саме так уперше були встановлені дискреційні повноваження, якими користувалися легати під час виконання покладених функцій.

Розроблення правового статусу легата покладалося на провідних каноністів, які запозичили з римського права концепцію прокуратора "plena potens" (широкі повноваження). Такий повноважний представник міг вести переговори, укладати угоду, ухвалювати на свій розсуд будь-які рішення від імені керівника, однак не мав права заміняти свого представника на офіційних церемоніях [4].

Таким чином, практика використання дискреційних повноважень уперше зароджується у середовищі Римо-католицької церкви. Ними послуговувалися папські легати, які здійснювали представницьку, дипломатичну місію Святого Престолу у християнських країнах світу.

Офіційний, нормативно-правовий статус інститут папського представництва отримав 27 травня 1917 р. під час ухвалення Кодексу канонічного права (*Codex Iuris Canonici* – CIC) [5]. Документ поділяв папських представників на чотири групи. До першої належали "Legatinati" – місцеві архієпископи. До другої – "Legati a laterePontificis". Таким титулом наділявся кардинал з Римської курії, який направлявся Папою Римським із представницькими функціями. Він мав широкі дискреційні повноваження та прерогативи протокольних почестей, які надаються главам держав. До третьої групи належали папські нунції та інтернунції – постійні представниками понтифіка при уряді держав. Вони виконують подвійну функцію – займаються відносинами між Святим Престолом і світськими урядами, а також стежать за релігійним життям своєї єпархії, звітуючи перед Папою. Четверту групу папських представників становлять делегати. Вони очолюють дипломатичні місії в країнах, де немає посольства Святого Престолу. До їхніх завдань входить контроль над місцевим духовенством та спроби встановити дипломатичні відносини з країною перебування. Робота дипломатів допомагала місцевій громаді підтримувати зв'язок із Римською курією навіть за відсутності встановлених дипломатичних відносин відповідної країни зі Святим Престолом [5].

Таким чином, дискреційними повноваженнями були наділені легати наближені до понтифіка – "Legati a laterePontificis". Однак невнормована попередня діяльність папських легатів залишилася в історії. Наділяючи їх можливістю на власний розсуд ухвалювати рішення, Кодекс закріпив головну мету їхньої діяльності, яка полягає у зміцненні зв'язків з Апостольським Престолом і окремими Церквами. Для досягнення поставленою мети вони зобов'язувалися інформувати Апостольський Престол про умови, у яких перебувають окремі Церкви; допомагати єпископам діями та порадами; повідомляти або пропонувати імена кандидатів до Апостольського Престолу на посади єпископів, прагнути сприяти всьому, що стосується миру, прогресу та співпраці між народами; спільними діями з єпископами захищати перед державною владою інтереси Церкви; сприяти і підтримувати відносини між Апостольським Престолом і державною владою; укладати і виконувати угоди від імені Апостольського Престолу з представниками державної влади, виконувати інші доручення папи [5].

Посада папського легата не припиняється, коли Апостольський престол ставав вакантним. Якщо інше не встановлено в папській грамоті, то повноваження могли припинятися із трьох причин: закінчення строку дії мандата, відкликання легата Святим Престолом або відставкою, яка була прийнята Римським понтифіком [5].

Геополітичні зміни на початку XX ст. мали масштабний характер. Завершення Другої Світової війни особливо гостро поставило соціальне питання. Вирішення злободенних питань намагалася відшукати і католицька церква, яка за своєю природою покликана забезпечувати потреби людини.

Зокрема, у 1961 р. світ побачила Енцикліка Папи Іоанна XXIII (Християнство і соціальний прогрес). У ній очільник Святого Престолу закликав політичну владу, яка володіє значними ресурсами, змінюватися у руслі надання автономії різним соціальним групам, інституціям, які висловлюють різноманітні соціальні ініціативи, заради ефективної співпраці між собою для досягнення загального блага [6]. Доцільність змін Папа вбачав і в середовищі католицької церкви. Він проголосив курс на її оновлення, розумну реорганізацію, щоб таким чином продемонструвати "розуміння розвитку світу і не бути осторонь цього процесу" [7]. З цією метою було розпочато підготування до II Ватиканського Собору (XXI Вселенський Собор Католицької Церкви), який відкрився у 1962 р. та тривав до 1965 р. У результаті роботи Собору було ухвалено низку важливих документів – 4 конституції, 9 декретів та 3 декларації, які зафіксували новий підхід до внутрішньо-церковної організації управління [7].

Реформаторські зміни дозволили церковним ієрархам Риму, окремим діоцезам та католицьким церквам діяти в межах дискреційних повноважень. Така децентралізація вважалася необхідним інструментом для збереження особливих традицій окремих народностей, при цьому пріоритетним залишалося визнання верховенства Святого Престолу. Як результат, помісні католицькі церкви отримали право здійснювати богослужіння не лише латинською, а й національними мовами. Таким чином відбулося поєднання засад релігійної єдності і національного розмаїття.

Отже, рішення II Ватиканського собору мають не лише богословське, теологічне, історико-культурне, а і юридичне значення. Закріплення у нормах канонічного права можливості помісним церквам, окремим діоцезам послуговуватися дискреційними повноваженнями, надало їм можливості діяти в межах канонічного права з урахуванням місцевих особливостей, заклало початок помірної децентралізації, яка своєю силою не порушила засад верховенства Святого Престолу.

Зміни в Католицькій церкві, започатковані II Ватиканським Собором, покликали за собою доцільність ухвалення нової редакції Кодексу Канонічного права, який був ухвалений 1983 році та досі є чинним [8]. У документі було переглянуто правовий статус легатів та розподіл повноважень між папською курією та єпископами. Зок-

рема, акцент на широкі дискреційні представницькі повноваження нунціїв був зміщений у напряму релігійної, місіонерської діяльності. В окремих країнах їхня діяльність була припинена на постійній чи тимчасовій основі.

Керуючись принципом субсидіарності, дискреційними повноваженнями були наділені місцеві єпископи, адже саме вони краще орієнтувалися у потребах помісної церкви, аніж папські легати. Вони набули права на власний розсуд та в межах своєї компетенції вирішувати всі питання місцевого управління, якщо такі дії не суперечать загальним засадам канонічного права.

Після означеної реформи всі дипломатичні структури Святого Престолу, що раніше перебували під керівництвом кардинала – Державного секретаря, утратили свої повноваження. Натомість секретаріат було поділено на два відділи. Перший – внутрішній відповідав за проблематику вирішення побутових управлінських питань щоденного характеру. Другий – у справах відносин із державами відповідав за підтримку дипломатичних стосунків Святого Престолу з урядами країн, міжнародними організаціями, а також стежив за виконанням положень конкордатів [9, с. 202].

Проблеми розподілу компетенцій між Святим Престолом та помісними церквами врегульовувалися і в інших документах. Ідеться про Енцикліку "Centesimus Annus" 1991 р. Папи Іоанна Павлома II [10] та Енцикліку "Caritas In Veritate" (Про інтегральний людський розвиток у любові та правді) від 29 червня 2009 р. Папи Римського Бенедикта XVI [11]. Появу останньої покликав поступальний рух науки і техніки, еволюційний розвиток усіх елементів продуктивних сил суспільного виробництва та потреба висвітлення офіційної позиції церкви щодо цих процесів. Зрима актуальність документа спричинила його опублікування на португальській, іспанській, польській, німецькій, французькій, англійській та італійській мовах. Головна проблема, яка порушувалася в Енцикліці, – це глобальний розвиток суспільства та технологічний прогрес, які мають не руйнувати, а сприяти досягненню загального блага. На думку понтифіка, побудувати останнє в сучасних умовах можливо, лише застосувавши в механізмі державного управління багаторівневу субсидіарність, а також надати можливості помісним церквам діяти, використовуючи дискреційні повноваження. Саме такий підхід зможе убезпечити людство від небезпеки встановлення світової тиранії [11].

Таким чином, ідеї дискреційних повноважень зародилися в середовищі Римо-католицької церкви в ході формування інституту дипломатичного представництва. Зокрема, папські легати в період Пізнього Середньовіччя володіли можливістю на власний розсуд вирішувати будь-які питання від імені Святого Престолу, зокрема й укладати договори із представниками державної влади. Єдине обмеження, яке поширювалося на них – це заборона заміняти Папу в церемоніальних процесах. Ідеться про інтронізацію монархів.

На початку XX ст. дискреційні повноваження папських легатів були закріплені Кодексом канонічного права від 27 травня 1917 р. Визначаючи мету діяльності, Кодекс наділив їх найвищим духовним статусом, який зобов'язував державну владу країни-приймача під час виконання дипломатичної місії дотримуватися протоколів зустрічі, що відповідали рівню глав держав.

Зрештою, зміни і потрясіння XX ст. змусили і католицьку церкву провести реформи та переглянути засади управління. Зокрема, папські легати втратили можливість безапеляційно вчиняти на власний розсуд будь-які дії. Їхні правомочності зводилися до місіонерської, духовної, просвітницької роботи.

Натомість широкими управлінськими повноваженнями дискреційного характеру були наділені помісні церкви. Рішення II Ватиканського собору та Кодекс канонічного права 1983 р. регламентував особливості розподілу повноважень між діоцезами та Святим Престолом, папською курією та єпископами. Як результат, відбулися процеси децентралізації, що сприятливо вплинули на розвиток національних католицьких церков.

Висновки. Отже, поступальний розвиток мережі папських дипломатичних місій не лише продемонстрував можливість застосування дискреційних повноважень під час здійснення управління, а й зумовив формування широкого дипломатичного представництва Ватикану, який нині підтримує відносини з більшістю країн світу, і представлений у найбільш авторитетних міжнародних організаціях. При Святому Престолі в Римі діють понад вісім тисяч постійних представництв від країн світу та міжнародних організацій, зокрема й від Європейського Союзу.

Список використаних джерел

1. *Curti Gialdino C.* Lineamenti di diritto diplomatico e consolare, Giappichelli Editore. Torino. 2015. P. 18.

2. The Avignon Papacy. P.N.R. Zutshi, The New Cambridge Medieval History: 1300–1415 / Ed. Michael Jones. Cambridge, 2000. Vol. VI. 653 p.

3. Catholic Encyclopedia: Legate // New Advent. URL: https://www.newadvent.org/cathen/09118a.htm (дата звернення – 15.09.2022 р.)

4. Дипломатия Римско-католической церкви. URL: https://delphipages.live/ru/%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D0%BE%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D1%8B%D0%B9/diplomacy-of-the-roman-catholic-church (дата звернення – 06.07.2022 р.)

5. Costituzione Apostolica – Sacrae Disciplinae Leges // Офіційний сайт Ватикану. URL: http://www.vatican.va/archive/ITA0276/__P1.HTM (дата звернення – 06.07.2022 р.)

6. John XXIII. Mater et Magistra. Libreria Editrice Vaticanac // Офіційний сайт Ватикану. URL: http://www.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html (дата звернення – 06.07.2022 р.)

7. Документи Другого Ватиканського Собору (1962–1965): Конституції, декрети, декларації. Коментарі. Український католицький університет. Львів : Свічадо, 2014. 608 с.

8. Kodeks prawa kanonicznego 1983. URL: https://www.katolicki.net/ftp/kodeks_prawa_kanonicznego.pdf

9. *Tardioli E.* Il rappresentante pontificio all'ONU: la novita nella continuita. Vaticano : Libreriaeditricevaticana, 2016. 398 p.

10. *Іван-Павло II.* Centesimus Annus 1991 // Компендіум соціальної доктрини церкви. К., 2008. URL: https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_uk.pdf (дата звернення – 15.09.2022 р.)

11. *Бенедикт XVI.* Caritas in Veritate. Libreria Editrice Vaticanac. 29.06.2009. М. : Изд-во францисканцев, 2009. URL: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/ru/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (дата звернення – 06.07.2022 р.)

References

1. Curti Gialdino. C. (2015). Lineamenti didiritto diplomatico e consolare, Giappichelli Editore [Outlines of diplomatic and consular law, Giappichelli Editore]. 18. (in Italian).

2. The Avignon Papacy, P.N.R. Zutshi, The New Cambridge Medieval History: 1300 – 1415. [The Avignon Papacy, P.N.R. Zutshi, The New Cambridge Medieval History: 1300 – 1415.] Vol. VI. Ed. Michael Jones. (2000). Cambridge University Press. 653. (in English).

3. Catholic Encyclopedia: Legate. [Catholic Encyclopedia: Legate]. URL: https://www.newadven.org/cathen/09118a.htm (in English).

4. Dyplomatyia Rymsko-katolycheskoi tserkvy [Diplomacy of the Roman Catholic Church.]. URL: https://delphipages.live/ru/%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D0%BE%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D1%8B%D0%B9/diplomacy-of-the-roman-catholic-church (in Ukrainian).

5. Costituzione Apostolica – Sacrae Disciplinae Leges. [Apostolic Constitution – Sacrae Disciplinae Leges]. Ofitsial'nyy sayt Vatikana [The official website of the Vatican]. URL: http://www.vatican.va/archive/ITA0276/__P1.HTM (дата звернення – 06.07.2022 р.) (in Vatican).

6. John XXIII. Mater et Magistra. Libreria Editrice Vaticanac. [Mother and teacher. Libraria Editrice Vaticanas] URL: http://www.vatican.va/content/

john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html (in Vatican).

7. Dokumenty Druhoho Vatykanskoho Soboru (1962-1965): Konstytutsii, dekrety, deklaratsii. Komentari. (2014). [Documents of the Second Vatican Council (1962 – 1965): Constitutions, decrees, declarations. Comments]. Ukrainskyi katolytskyi universytet. Lviv: Svichado. 608 (in Ukrainian).

8. Kodeks prawa kanonicznego 1983. [Code of Canon Law 1983] URL: https://www.katolicki.net/ftp/kodeks_prawa_kanonicznego.pdf (in Poland).

9. Tardioli E. (2016). IL rappresentante pontificio all'ONU: la novita' nella continuita' [The pontifical representative to the UN: the news in continuity]. Vaticano: Libreriaeditricevaticana. 398 (in Italian).

10. Ivan-Pavlo II. (1991). Centesimus Annus [100th Year]. Instytutu Relihii ta Suspilstva [Instytutu Relihii ta Suspilstva]. URL: http://irs.ucu.edu.ua/dzherela/sotsialni-entsikliki/ivan-pavlo-ii-centesimus-annus-1991/ (in Vatican)

11. Benedykt XVI [Benedict XVI] (29.06.2009). Caritas in Veritate. Libreria Editricea Vaticanac. URL: http://www.vaticn.va/content/benedict-xvi/ru/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (in Vatican)

Received: 21.07.22
Revised: 14.08.22
Accepted: 16.09.22

I. Matseliykh, Dr of Law, docent
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE EMERGENCE AND EVOLUTION OF DISCRETIONARY AUTHORITIES IN THE ADMINISTRATION SYSTEM OF CATHOLIC CHURCH

The article analyzes the evolution of discretionary powers in the management system of the Catholic Church in order to clarify and establish the meaning of certain management principles that are now effectively applied in civil service law.

It was found out that the practice of using discretionary powers first arose in the environment of the Roman Catholic Church. They were used by papal legates who carried out the representative, diplomatic mission of the Holy See in the Christian countries of the world. Their legal status was determined by the Code of Canon Law of May 27, 1917.

The rules and decisions of the Second Vatican Council, which enabled local churches and individual dioceses to use discretionary powers, gave them the opportunity to act within the limits of canon law taking into account local characteristics, laid the foundation for moderate decentralization, which by its force, did not violate the principles of the supremacy of the Holy See.

It was established that the progressive development of the network of papal diplomatic missions not only demonstrated the possibility of using discretionary powers in the implementation of management, but also led to the formation of a wide diplomatic representation of the Vatican, which now maintains relations with most countries of the world and is represented in the most authoritative international organizations. At the Holy See in Rome there are more than eight thousand permanent missions from the countries of the world and international organizations, including those from the European Union.

In the course of the analysis, a polymethodological approach was used, by applying a set of philosophical, general scientific, special scientific research methods, namely, dialectical, hermeneutic, axiological, historical-philosophical, and systemic-functional research methods. In addition, formal-dogmatic, formal-logical, and formal-legal methods have become widely used. A comprehensive analysis of the formation and development of discretionary powers in the management system of the Catholic Church became possible thanks to the use of the systemic-structural method, furthermore, its research in the historical-legal dimension is due to the retrospective method. Special scientific methods were the quintessence of the research, particularly, comparative- and historical-legal ones.

Keywords: discretionary powers, management system, Catholic Church, canon law.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 51-55
УДК: 347.78:347.22/.23:347.93
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-9

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

В. Машкова, асп.
ORCID ID: 0000-0002-2036-988X
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ ОРГАНІЗАЦІЯМИ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

З метою виявлення головних проблем реалізації судового захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав проаналізовано функції організацій колективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права та суміжних прав, які полягають у зверненні таких організацій до суду від імені правовласників за захистом майнових прав правовласників та здійсненні моніторингу правомірності використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав згідно зі сферами управління правами, щодо яких зареєстровано організацію та щодо об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, майнові права на які передані їй в управління. Проведено дослідження щодо визначення основних складових елементів, необхідних для успішної реалізації організаціями колективного управління наданої їм функції судового захисту майнових прав правовласників у сфері авторського права та суміжних прав.

Під час проведення дослідження автором використано низку загальнонаукових та спеціальних методів пізнання, таких як: формально-логічний, порівняльно-правовий та системний.

Визначено основні форми колективного управління в Україні та зроблено акцент на тому, в чому полягає різниця між ними під час здійснення колективного управління в межах таких форм.

Приділено значну увагу аналізу судової практики у справах за участю організацій колективного управління, які стосуються притягнення до відповідальності користувачів, які здійснювали використання у своїй діяльності об'єктів авторського права та суміжних прав без отримання дозволу правовласників на таке використання та/або без укладення відповідного договору з організацією колективного управління.

У результаті проведеного дослідження окреслено проблеми реалізації судового захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав за допомогою організацій колективного управління, висловлено припущення щодо головної причини звернення організацій колективного управління до суду за захистом майнових авторських та суміжних прав та сформовано висновки щодо одного з можливих варіантів розв'язання виявлених проблем.

Ключові слова: організація колективного управління; авторські права; суміжні права; порушення; захист у судовому порядку.

Вступ. У 2018 році в Україні було проведено масштабну реформу сфери колективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права та суміжних прав. Зокрема, прийняття Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" мало забезпечити не лише побудову ефективної системи колективного управління об'єктами авторського права і суміжних прав, але й виробити ефективні способи захисту майнових авторських та суміжних прав за допомогою організацій колективного управління. Натомість у 2022 році ми все ще спостерігаємо недосконале функціонування механізму судового захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав організаціями колективного управління, і, як наслідок, негативне становище України на світовому ринку охорони та захисту прав інтелектуальної власності.

Окремі аспекти здійснення колективного управління майновими авторськими та суміжними правами наведені в роботах таких учених, як: О. П. Орлюк [2], Л. Р. Майданик [4], С. В. Бондаренка [6] та інших. Однак переважна більшість їхніх досліджень у цій галузі стосувалася функціонування системи колективного управління до прийняття спеціалізованого закону, який визначає правові та організаційні засади колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав в Україні.

У зв'язку із цим актуальність тематики дослідження зумовлена необхідністю виявлення та аналізу проблем, які саме зараз зумовлюють неможливість реалізації організаціями колективного управління однієї зі своїх ключових функцій – звернення до суду за захистом майнових прав правовласників.

Метою дослідження є виявлення головних проблем реалізації судового захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав організаціями колективного управління та вироблення можливих способів усунення таких проблем.

Об'єктом дослідження є реалізація функцій організацій колективного управління, пов'язаних зі зверненням до суду за захистом майнових прав правовласників та моніторингом правомірності використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Дослідження було проведено за допомогою низки загальнонаукових та спеціальних методів пізнання, таких як: формально-логічний, порівняльно-правовий, системний тощо.

Основні результати дослідження. Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", організація колективного управління визначається як громадське об'єднання зі статусом юридичної особи, зареєстроване в Установі, що не має на меті отримання прибутку, засноване виключно правовласниками, діяльність якого спрямована на колективне управління майновими правами на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав [1].

Організації управління майновими правами на колективній основі створюються з метою забезпечення майнових прав власників авторських і суміжних прав у випадках, коли здійснення прав на індивідуальній основі значною мірою обтяжене або неможливе. Такі організації створюються безпосередньо власниками авторських

© Машкова В., 2022

і суміжних прав і діють відповідно до одержаних від них повноважень, законодавства про авторське право і суміжні права та свого статуту [2].

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 12 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", організації колективного управління від свого імені та в інтересах правовласників здійснюють такі функції: звертаються до суду від імені правовласників за захистом їхніх майнових прав відповідно до статутних повноважень та доручення правовласників, вчиняють інші дії, передбачені законодавством та дорученням правовласників, необхідні для захисту майнових прав правовласників, в інтересах яких діє організація [1].

Із вищезазначеного вбачається, що:

- організації колективного управління, як громадські об'єднання, діяльність яких спрямована на збір, розподіл та виплату правовласникам доходу від прав, наділені функцією щодо здійснення судового захисту тих прав, якими вони управляють;
- для реалізації такої функції їм необхідні відповідні повноваження, зазначені у статуті такої організації, та доручення відповідного правовласника.

І якщо з виконанням першої умови реалізації функції судового захисту в організацій колективного управління практично ніколи проблем не виникало, то відсутність доручення правовласника на звернення організації колективного управління від його імені до суду за захистом майнових прав такого правовласника стало чи не основною причиною неможливості захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав за допомогою організацій колективного управління.

Нормативно-правове визначення форм колективного управління. Згідно з положеннями Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", в Україні надається легальне визначення таким формам взаємовідносин, що можуть існувати між правовласниками та організаціями з управління майновими авторськими та суміжними правами.

Перша форма – добровільне колективне управління, яке відповідно до абзацу другого ч. 1 ст. 1 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" визначається як колективне управління, що здійснюється організаціями колективного управління, зареєстрованими у встановленому цим Законом порядку, виключно щодо об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, включених до каталогу відповідної організації колективного управління. До сфер, які охоплює добровільне управління, належать усі сфери, крім тих, що визначені для обов'язкового та розширеного управління [3]. Таке колективне управління здійснюється на договірних засадах, шляхом прямого надання правовласниками організаціям колективного управління певних повноважень щодо здійснення управління майновими авторськими та суміжними правами, які можуть включати в себе надання доручення на звернення організації колективного управління до суду від імені правовласників за захистом їхніх майнових прав.

Наступна форма колективного управління – розширене колективне управління, яким, відповідно до абзацу чотирнадцятого ч. 1 ст. 1 Закону "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав", є колективне управління майновими правами на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав незалежно від їх наявності в каталозі організації колективного управління (крім випадків, коли відповідні права вилучені правовласником із колективного управління в порядку, встановленому цим Законом), у визначених цим Законом сферах, що здійснюється акредитованими Установою організаціями у визначених цим Законом сферах. У розширеному колективному управлінні передбачається надання організаціям колективного управління права збору винагороди і для тих суб'єктів авторського права чи суміжних прав, які не уповноважили управляти своїми правами [4]. Це, у свою чергу, виключає наявність прямих контактів між правовласниками та організаціями колективного управління і вимагає від організацій колективного управління окремо звертатися до правовласника за отриманням доручення на звернення до суду від його імені та в його інтересах.

Аналогічний становище спостерігається і з третьою формою колективного управління майновими правами правовласників у сфері авторського права та суміжних прав – обов'язковим колективним управлінням, яке в абзаці одинадцятому ч. 1 ст. 1 Закону "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" визначено як колективне управління майновими правами на об'єкти авторського права і (або) суміжних прав незалежно від їх наявності в каталозі організації колективного управління, що здійснюється акредитованими Установою організаціями у визначених цим Законом сферах. У цьому разі, на відміну від розширеного колективного управління, правовласник позбавлений права вилучати належні йому права з управління акредитованої організації [5]. При цьому обов'язкове колективне управління застосовують зазвичай, коли всі виняткові права зводяться лише до отримання винагороди [6].

Таким чином, у разі виникнення необхідності реалізації функції судового захисту майнових прав правовласників у двох із трьох форм колективного управління перед зверненням до суду організація колективного управління повинна звернутися до правовласника та отримати від нього відповідне доручення.

Однак акредитовані на певний момент у формах розширеного та обов'язкового колективного управління організації колективного управління вперто ігнорують таку вимогу та подають позови щодо захисту майнових прав правовласників від власного імені та у своїх інтересах, що і зумовлює отримання надалі відмов у задоволенні таких позовів та, як наслідок, безкарність порушників майнових авторських та суміжних прав та недоотримання їх правовласниками доходу від таких прав.

Судова практика щодо предмета дослідження. Зокрема, Господарський суд Запорізької області у своєму рішенні від 21 квітня 2020 у справі № 908/364/20 за позовом Громадської спілки "УКРАЇНСЬКА ЛІГА АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ" про відшкодування збитків, що сталися в результаті порушення зобов'язання у сфері суміжних прав у сумі 208650,00 грн, з цього приводу зазначив: "Як свідчать матеріали справи, Громадська спілка "УКРАЇНСЬКА ЛІГА АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ" звернулася до суду самостійно як позивач, у своїх інтересах, на захист своїх прав у зв'язку з неотриманням роялті, хоча, враховуючи наведене вище, винагороду повинні отримувати власники виняткових майнових прав на об'єкти суміжних прав, можливо, через позивача, але відповідно до статутних повноважень та доручення правовласників.

Ураховуючи викладене, Громадською спілкою "УКРАЇНСЬКА ЛІГА АВТОРСЬКИХ ТА СУМІЖНИХ ПРАВ" не підтверджено право на звернення до суду з таким позовом" [7].

Аналогічного висновку щодо відсутності в організації колективного управління права на пред'явлення позову та стягнення грошових коштів у подібних правовідносинах дійшов і Господарський суд м. Києва у своєму рішенні від 05 квітня 2021 у справі № 910/153/21 за позовом Громадської спілки "Українська ліга авторських та суміжних прав" про стягнення 208650,00 грн збитків за порушення зобов'язань у сфері суміжних прав. Суд зазначив: "Оскільки позивач фактично є збирачем винагороди (роялті) і такі кошти не є доходом позивача, слід зробити висновок, що вказані кошти (винагорода) не є недоотриманим прибутком позивача. При цьому позивач є неприбутковою організацію, яка не має права здійснювати підприємницьку діяльність, його діяльність полягає, зокрема, в укладанні відповідних договорів в інтересах правовласників та у збиранні, розподіленні та виплаті доходів від прав цим правовласникам, тобто Спілка не є отримувачем доходів, а фактично збирачем платежів, які належать іншим особам (правовласникам).

На підставі вищевикладеного суд погоджується із запереченнями відповідача, що викладені у відгуку на позов, з приводу недоведеності факту спричинення збитків саме позивачу" [8].

Зазначені вище висновки судів знаходять своє відображення у правовому висновку Верховного Суду, викладеному ним у Постанові від 26 січня 2021 року у справі № 904/951/20: "Ураховуючи межі та підстави заявлених позовних вимог та обраний позивачем спосіб захисту його порушених прав (стягнення збитків), висновки суду першої інстанції щодо відсутності в організації колективного управління права на звернення до суду з таким позовом є цілком обґрунтованими та неспростовними, оскільки такий позов може бути подано лише на захист майнових прав власників об'єктів авторського права та (або) суміжних прав та виключно від імені цих правовласників" [9].

Ще однією суттєвою проблемою судового захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав за допомогою організацій колективного управління є неможливість останніми довести належними та допустимими доказами наявність порушення майнових авторських чи суміжних прав.

Зокрема, п. 6 ч. 1 ст. 12 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" уповноважує організацію колективного управління на здійснення моніторингу правомірності використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав згідно зі сферами управління правами, щодо яких зареєстровано організацію, та щодо об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, майнові права на які передані їй в управління.

Натомість відсутність в законодавстві України чітких вимог до фіксації результатів порушення прав під час використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав спричиняє появу неоднозначної судової практики щодо вимог у частині доведення наявності порушення в діях користувача.

Зокрема, Північний апеляційний господарський суд у своїй постанові від 04 квітня 2019 р. у справі № 910/12033/18 зазначив, що: "Досліджуючи матеріали справи, колегія суддів ураховує, що подані позивачем докази будуть достатніми для того, щоб зробити висновок про публічне виконання спірних музичних творів відповідачем лише з огляду на таке:

- з відеозапису та акта фіксації має бути можливим визначити, де саме здійснювалася фіксація публічного виконання творів. Відеозапис має містити чітке та однозначне підтвердження адреси або назви місця, у якому здійснювалася фіксація порушення використання авторського чи суміжного права;
- має бути відображений точний час та період фіксації публічного виконання. Однак, оскільки час та дата можуть бути встановлені користувачем засобу відеофіксації самостійно, потрібна наявність інших беззаперечних доказів справжніх часу та дати проведення зйомки;
- з відеозапису має бути можливим установити, якими особами здійснено фіксацію публічного виконання музичних творів. На відеозаписі візуально повинні бути присутні особи, які є представниками організації колективного управління. Крім того, на відеозапису має бути зафіксовано зміст довіреностей, документів, що посвідчують особи представників, які здійснюють фіксацію використання авторського чи суміжного права;
- має бути надані докази того, що у представників особи, що використовувала авторські чи суміжні права, було запитано підстави їх використання, а також, що їм було запропоновано для ознайомлення та підпису акти фіксації. У разі відмови від надання своїх даних та підпису вказаного акта, цей факт також має бути зафіксований на відеозапису" [10].

Касаційний господарський суд Верховного Суду у своїй постанові від 09 липня 2019 року щодо цієї справи зазначив про помилковість наведених висновків суду апеляційної інстанції, оскільки вони не ґрунтуються на приписах статей 73, 76–79 ГПК України, є штучними та свідчать про певний суб'єктивізм і обмеженість колегії суддів апеляційного суду в установленні необхідних обставин (за можливості оцінити докази в їх сукупності; за відсутності підстав вважати поведінку позивача недобросовісною; за відсутності заперечень відповідача щодо вчинення ним або представником позивача певних дій тощо). За таких обставин касаційна інстанція не погодилася з підставами відхилення доказів Приватної організації щодо використання відповідачем спірних творів у приміщенні кафе у зв'язку з порушенням апеляційним судом приписів статті 86 ГПК України щодо оцінки наявних доказів, що надалі призвело до безпідставного скасування законного та обґрунтованого рішення місцевого суду і помилкової відмови в задоволенні позову [11].

Водночас Північний апеляційний господарський суд у своїй постанові від 11 листопада 2019 р. у справі № 910/6981/19 скасував рішення суду першої інстанції у цій справі та виніс нове рішення, яким у задоволенні позову ПО "Організація колективного управління авторськими та суміжними правами" в інтересах ПП "Світова музика" про стягнення 245 тис. 888 грн. компенсації за порушення виняткових майнових авторських прав з ТОВ "МТ СОВА" відмовив повністю, мотивуючи це рішення таким: "Матеріали справи не містять поданих Організацією таких доказів, як: знаходження у трудових відносинах з Організацією громадянина ОСОБА_2, на якого видано довіреність від 31.12.2016р., за період з 31.12.2016р. до 31.12.2017р. включно; підтвердження виділення Організацією громадянину ОСОБА_2 грошових коштів на відвідування 23.03.2017 р. публічних закладів із метою виявлення та фіксації комерційного використання музичних творів способом публічного виконання; зразків підпису громадянина ОСОБА_2; чи перебувала на балансі Організації у період з 31.12.2016 р. до 24.03.2017 р. включно відеокамера "Sony Handycam"

model № DCR DVD 610 2008; копії з журналу видачі довіреностей з відміткою про видачу довіреності від 31.12.2016 р. № 31/12/16/1 ОСОБА_2" [12].

При цьому суд касаційної інстанції під час розгляду цієї справи у своїй постанові від 28 січня 2020 року вказав про неможливість погодитись із правильністю застосування апеляційним судом норм процесуального права (приписів статей 73, 74, 76, 81, 86 ГПК України щодо визначення доказів, обов'язку доведення, належності доказів, їх вірогідності та достовірності, достатності доказів, подання доказів та їх витребування, а також оцінки доказів) через безпідставне відхилення цим судом доказів, поданих Організацією, та висуванням ним вимог, не заснованих на законі, що надалі призвело до безпідставного скасування законного і обґрунтованого рішення місцевого суду зі справи та помилкової відмови в задоволенні цього позову [13].

Ще одним яскравим прикладом недосконалого застосування законодавства під час розгляду справ щодо стягнення компенсації у зв'язку з порушенням майнових прав суб'єкта авторського права є справа № 910/14840/18, у якій суди першої та апеляційної інстанцій, відмовляючи в задоволенні позовних вимог, виходили з того, що за наслідками дослідження копії відеозвукозапису до Акта фіксації № 06/12/17, який міститься на наданому позивачем mini CD (DVD) диску, не вбачається за можливе достовірно встановити, що цей відеозвукозапис проводився представником ПО "ОКУАСП" 05.12.2017 у приміщенні ресторану "Голден Гейт", що розташований за адресою: м. Київ, вул. Володимирська, 40/2, у якому здійснює господарську діяльність відповідач, та при цьому з наданого відеозвукозапису неможливо достовірно встановити факт публічного виконання саме спірного твору. З наданого ПО "ОКУАСП" відеозвукозапису неможливо достеменно встановити обставини того, що в певних часових межах, а саме з 04:09 до 08:00 включно звучить саме музичний твір "Tuesday", авторами музики і тексту якого є саме Sheran Makonnen, Aleem Ousala, Wayene Leland Tyler, Uwaezuoke Sonny і саме у виконанні Burak Yeter Feat., Danelle Sandoval, без спеціальних знань. Судами попередніх інстанцій також зазначено, що позивачем не надано оригіналу об'єкта авторського права, музичного твору "Tuesday", авторами музики і тексту якого є Sheran Makonnen, Aleem Ousala, Wayene Leland Tyler, Uwaezuoke Sonny, а виконавцем Burak Yeter Feat., Danelle Sandoval, що не дозволяє зробити ідентифікацію спірного твору і твору, виконання якого зафіксовано на mini CD (DVD) диску, наявному в матеріалах справи. ПО "ОКУАСП" достовірно не доведено, що в указаному приміщенні звучить відображений в Акті фіксації № 06/12/17 музичний твір "Tuesday" саме у виконанні Burak Yeter Feat., Danelle Sandoval, адже ПО "ОКУАСП" не застосовано відповідних програмних засобів, що дозволяють достовірно визначити виконання саме зазначеного твору. За таких обставин суди попередніх інстанцій дійшли висновку, що відеозвукозапис та Акт фіксації № 06/12/17 не доводять факту використання відповідачем музичного твору "Tuesday" у виконанні Burak Yeter Feat., Danelle Sandoval, а тому склад правопорушення, необхідний для покладення на відповідача відповідальності у вигляді сплати компенсації, позивачем та Організацією належними, допустимими, достовірними та достатніми доказами не доведений [14].

Однак Верховний Суд під час розгляду цієї справи у своїй постанові від 21 січня 2020 року не погодився із указаними висновками судів першої та апеляційної інстанцій, визнав зазначені вище висновки судів передчасними, зробленими без повного дослідження усіх зібраних у справі доказів в їх сукупності [15].

Висновки. На сьогодні в Україні механізм здійснення захисту майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав у судовому порядку за допомогою організацій колективного управління не є досконалим. Причин відсутності такого механізму та можливості його побудови зараз є дві: а) небажання чи неможливість отримання організаціями колективного управління в більшості випадків доручень правовласників на звернення від їхнього імені та в їхніх інтересах до суду за захистом майнових авторських та суміжних прав; 2) відсутність у законодавстві України чітких вимог та усталеної судової практики у сфері фіксації результатів порушення прав та доведення наявності такого порушення у разі використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав.

Розв'язати зазначені проблеми можливо кількома способами. Для реалізації одного з них слід звернутися до першопричин звернення організацій колективного управління до суду за захистом майнових авторських та суміжних прав. Найпоширенішою серед них є спонукання користувачів до виконання покладеного на них ч. 3 ст. 20 Закону України "Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав" обов'язку укладення договору про використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав з організацією колективного управління, яка здійснює управління майновими правами у відповідній сфері – до початку використання користувачами у своїй діяльності таких об'єктів. Отже, для усунення необхідності звернення до суду з такої причини, видається потрібним: а) внесення до Кодексу України про адміністративні правопорушення окремого складу порушення – використання користувачами у своїй діяльності об'єктів авторського права і (або) суміжних прав без достатньої правової підстави та без виплати винагороди за таке використання (крім випадків, коли договором чи Законом передбачено можливість безоплатного використання); б) встановлення відповідальності за таке порушення у вигляді фіксованої суми штрафу у значному розмірі, який надалі зараховуватиметься до Державного бюджету; в) передання функції моніторингу правомірності використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав окремому (новоствореному або чинному) органу державної влади, та наділення його повноваженнями на реалізацію такої функції, фіксацію порушень щодо використання користувачами у своїй діяльності об'єктів авторського права і (або) суміжних прав без достатньої правової підстави без виплати винагороди за таке використання (крім випадків, коли договором чи Законом передбачено можливість безоплатного використання) та накладення штрафу за їх вчинення; г) встановлення презумпції наявності порушення щодо використання користувачами у своїй діяльності об'єктів авторського права і (або) суміжних прав без достатньої правової підстави та без виплати винагороди за таке використання у випадках, якщо під час здійснення перевірки користувачем не буде надано контролюючому органу доказів зворотного.

Список використаних джерел

1. Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав : Закон України від 15.05.2018 № 2415-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2018. № 32, ст. 242. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2415-19#Text.

2. Право інтелектуальної власності : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. 696 с.

3. *Костів О.* Особливості добровільного колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами: нормативно-правове регулювання та практика його впровадження // Актуальні проблеми правознавства. 2021/ № 2 (26). С.142–148.

4. Майданик Л. Р. Колективне управління майновими авторськими та суміжними правами за цивільним законодавством України : монографія. К. : Алерта, 2013. 248 с.

5. *Гуц Н. Б.* Реформування правового статусу організацій колективного управління в Україні // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2019. № 38. С. 90–94.

6. *Бондаренко С. В.* Авторське право та суміжні права: курс лекцій. К. : Інститут інтелектуальної власності і права, 2008. 288 с.

7. Рішення Господарського суду Запорізької області від 21 квітня 2020 по справі № 908/364/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89007426

8. Рішення Господарського суду м. Києва від 05 квітня 2021 по справі № 910/153/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96104614.

9. Постанова Верховного Суду від 26 січня 2021 року по справі № 904/951/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94393897.

10. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 04 квітня 2019 р. по справі № 910/12033/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81080203;

11. Постанова Верховного Суду від 09 липня 2019 року по справі № 910/12033/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82970535.

12. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 11 листопада 2019 р. по справі № 910/6981/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85713764;

13. Постанова Верховного Суду від 28 січня 2020 року по справі № 910/6981/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87363857.

14. Огляд практики Верховного Суду у спорах щодо захисту прав інтелектуальної власності (окремі питання) : Рішення, внесені до ЄДРСР, за січень 2019 року – березень 2021 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/intel_vlasnist_27_05_2021.pdf.

15. Постанова Верховного Суду від 21 січня 2020 року по справі № 910/14840/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87150932.

References

1. Pro efektyvne upravlinnia mainovymy pravamy pravovlasnykiv u sferi avtorskoho prava i (abo) sumizhnykh prav: Zakon Ukrainy [On Effective Management of Property Rights of Copyright Holders in the Field of Copyright and (or) Related Rights, Law of Ukraine] № 2415-VIII (2018). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2415-19#Text (in Ukrainian).

2. Orliuk, O. P. Androshchuk, H. O. Butnik-Siverskyi, O. B. ta in. (2007). Pravo intelektualnoi vlasnosti: Akad. kurs: Pidruch. dlia stud. vyshchykh navch. zakladiv. [Intellectual property law: acad. course: textbook for students higher education institutions] .K: Vydavnychyi Dim "In Yure" (in Ukrainian).

3. Kostiv, O. (2021). Osoblyvosti dobrovilnoho kolektyvnoho upravlinnia mainovymy avtorskymy ta (abo) sumizhnymy pravamy: normatyvno-pravove rehuliuvannia ta praktyka yoho vprovadzhennia.[Features of voluntary collective management of property copyright and (or) related rights: regulatory and legal regulation and practice of its implementation]. Aktualni problemy pravoznavstva. [Actual problems of jurisprudence]. 2 (26)/2021. 142-148. (in Ukrainian).

4. Maidanyk, L.R. (2013). Kolektyvne upravlinnia mainovymy avtorskymy ta sumizhnymy pravamy za tsyvilnym zakonodavstvom Ukrainy: monohrafiia [Collective management of property copyright and related rights under the civil legislation of Ukraine: monograph]. K.: Alerta, (in Ukrainian).

5. Huts, N.B.(2019). Reformuvannia pravovoho statusu orhanizatsii kolektyvnoho upravlinnia v Ukraini.[Reforming the legal status of collective management organizations in Ukraine.]. Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Ser.: Yurysprudentsiia [Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Ser.: Jurisprudence.] №38. 90-94 (in Ukrainian).

6. Bondarenko, S.V. (2008). Avtorske pravo ta sumizhni prava: kurs lektsii [Copyright and related rights: a course of lectures]. K: Instytut intelektualnoi vlasnosti i prava (in Ukrainian).

7. Rishennia Hospodarskoho sudu Zaporizkoi oblasti vid 21 kvitnia 2020 po spravi № 908/364/20. [Court decision of the Commercial Court of the Zaporizhzhia region of 21 of April 2020 in case №908/364/20]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/89007426 (in Ukrainian).

8. Rishennia Hospodarskoho sudu m. Kyieva vid 05 kvitnia 2021 po spravi №910/153/21. [Court decision of the Commercial Court of Kyiv 05 of April 2021 in case №910/153/21]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/96104614 (in Ukrainian).

9. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 26 sichnia 2021 roku po spravi №904/951/20. [Resolution of the Supreme Court of 26 of January 2021 in case №904/951/20]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/94393897 (in Ukrainian).

10. Postanova Pivnichnoho apeliatsiinoho hospodarskoho sudu vid 04 kvitnia 2019 r. po spravi №910/12033/18. [Resolution of the Northern Commercial Court of Appeal of 04 of April 2019 in case №910/12033/18]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/81080203 (in Ukrainian).

11. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 09 lypnia 2019 roku po spravi №910/12033/18. [Resolution of the Supreme Court of 09 of July 2019 in case №910/12033/18]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/82970535 (in Ukrainian)

12. Postanova Pivnichnoho apeliatsiinoho hospodarskoho sudu vid 11 lystopada 2019 r. po spravi №910/6981/19. [Resolution of the Northern Commercial Court of Appeal of 11 of November 2019 in case №910/6981/19]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/85713764 (in Ukrainian)

13. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 28 sichnia 2020 roku po spravi №910/6981/19. [Resolution of the Supreme Court of 28 of January 2020 in case №910/6981/19]. https://reyestr.court.gov.ua/Review/87363857 (in Ukrainian).

14. Ohliad praktyky Verkhovnoho Sudu u sporakh shchodo zakhystu prav intelektualnoi vlasnosti (okremi pytannia). Rishennia, vneseni do YeDRSR, za sichen 2019 roku – berezen 2021 roku. [Review of the practice of the Supreme Court in disputes regarding the protection of intellectual property rights (separate issues). Decisions submitted to the UGRCD for January 2019 – March 2021] https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/intel_vlasnist_27_05_2021.pdf (in Ukrainian).

15. Postanova Verkhovnoho Sudu vid 21 sichnia 2020 roku po spravi №910/14840/18. [Resolution of the Supreme Court of 21 of January 2020 in case №910/14840/18] : https://reyestr.court.gov.ua/Review/87150932 (in Ukrainian).

Received: 04.07.22
Revised 1st: 16.08.22
Revised 2nd: 02.09.22
Accepted: 16.09.22

V. Mashkova, postgraduate stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF JUDICIAL PROTECTION OF SUBJECT'S COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS BY MEANS OF COLLECTIVE MANAGEMENT ORGANIZATION

The urgency of the research is due to the need to identify and analyze problems that make it impossible for collective management organizations to implement one of their key functions – to go to court to protect the property rights of right holders.

The purpose of the study is to identify the main problems of judicial protection of copyright and related rights with the help of collective management organizations and to suggest ways to eliminate such problems.

The object of the study is the implementation of the functions of collective management organizations related to appealing to the court for protection of property rights of rights holders and monitoring the legality of the use of copyright and (or) related rights.

In the research a number of general scientific and special methods of cognition, such as: formal-logical, comparative-legal and systemic was used.

The particular functions of organizations of collective management of property rights of copyright holders in the field of copyright and related rights are analyzed, which are included in the appeal of such organizations to the court on behalf of the right holders concerning the protection of property rights of right holders and monitoring the legality of the use of objects of copyright and (or) related rights in accordance with the areas of rights management for which the organization is registered, as far as objects of copyright and (or) related rights are concerned with the property rights transferred to its management. A study aimed at determining the main components necessary for the successful implementation by collective management organizations of the function of judicial protection of property rights of copyright holders in the field of copyright and related rights.

The main types of collective management in Ukraine are identified and the reason for the difference in the implementation of collective management within such types is emphasized.

Considerable attention is paid to the analysis of case law in cases involving collective management organizations related to the prosecution of users who used copyright and related rights in their activities without obtaining permission from copyright holders for such use and/or without concluding a contract with the organization of collective management.

As a result of the study, the author outlined the problems of judicial protection of copyright and related rights with the help of collective management organizations, suggested the main reason for collective management organizations to sue for protection of property copyrights and related rights and formed conclusions concerning one of the possible options for solving the identified problems.

Keywords: organization of collective management; copyright; related rights; violation; appeal to the court.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 56-63
УДК: 347.963
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-10

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

О. Плахотнік, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-2787-6956
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

СПІВРОБІТНИЦТВО ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ З МІЖНАРОДНИМ КРИМІНАЛЬНИМ СУДОМ

Визначено час фактичного початку співробітництва прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом, основних рішень Верховної Ради України та рішень Міжнародного кримінального суду, які зумовили таке співробітництво, проаналізовано норми Кримінального процесуального кодексу України, які врегульовують особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом та визначають основних суб'єктів під час розслідування та судового розгляду. Розглянуто проєкт Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" від 05.10.2017 року № 7179, рішення Верховної Ради України: Про Заяву Верховної Ради України від 25 лютого 2014 року № 790-VII та Постанова Верховної Ради України від 04 лютого 2015 року № 145-VIII. Проаналізовано норми Розділу IX-2 Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей співробітництва з Міжнародним кримінальним судом. Було використано спеціально-наукові та загальнонаукові методи: метод наукового пізнання, порівняльно-правовий метод, метод системного аналізу, діалектичний метод. Акцентовано увагу на Постанові Верховної Ради України від 04 лютого 2015 року № 145-VIII, якою доручалось Кабінету Міністрів України та Генеральній прокуратурі України зібрати необхідні матеріали та належну доказову базу для звернення до Міжнародного кримінального суду. Досліджено особливості співробітництва прокуратури України, Офісу Генерального прокурора з Міжнародним кримінальним судом та міжнародне співробітництво під час кримінального провадження за Кримінальним процесуальним кодексом України. Визначено основні суб'єкти процесуального співробітництва з Міжнародним кримінальним судом та форми звернення Міжнародного кримінального суду до Офісу Генерального прокурора. Висвітлено особливості обрання запобіжного заходу тримання під вартою та затримання особи, яка розшукується або стосовно якої надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання.

Ключові слова: процесуальне співробітництво, прокуратура України, Міжнародний кримінальний суд, Офіс Генерального прокурора, Римський статут, Прокурор Міжнародного кримінального суду, Канцелярія прокурора, форми звернення до Міжнародного кримінального суду.

Вступ. Співробітництво прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом має свої процесуальні особливості за Кримінальним процесуальним кодексом України та містить низку рішень Верховної Ради України, якими визнавалась юрисдикція Міжнародного кримінального суду [3, 4], і рішення Міжнародного кримінального суду про попереднє вивчення ситуації в Україні та рішення про розширення часових меж вивчення ситуації в Україні [5]. Рішення Верховної ради України та Міжнародного кримінального суду були прийняті до внесення відповідних змін у Кримінальний процесуальний кодекс України з новим розділом "Особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" [1] і потребують особливої уваги в контексті дослідження питання про співробітництво прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом без окремого процесуального регулювання цього питання. Також проєктом Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" від 05.10.2017 року № 7179 [2] закладався "порядок процесуального співробітництва" прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом. Законотворчий процес процесуального регулювання співробітництва прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом завершився прийняттям Закону України "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" № 2236-IX від 03.05.2022 року [15]. Сьогодні питання співробітництва прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом є дуже гострим з позиції фіксування доказів воєнних злочинів, злочинів геноциду та злочинів проти людяності в Україні. Однак особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом включають в себе не тільки зберігання доказів та направлення їх до Міжнародного кримінального суду. Це цілий комплекс процесуальних дій, що визначені в КПК України окремим розділом і потребують ретельного аналізу.

Постановка проблеми. Серед останніх публікацій за 2022 рік частина робіт українських науковців була присвячена необхідності співпраці з Міжнародним кримінальним судом у контексті агресії з боку рф щодо України, необхідності захистити порушені права людини в міжнародних судах і притягнути винних у воєнних злочинах проти України до кримінальної відповідальності. До таких публікацій можна зарахувати такі прац, як: М. Т. Гаврильців, С. Ю. Іщенко "Захист інтересів України в міжнародних юрисдикційних органах в умовах збройної агресії російської федерації" [9], Н. Г. Діденко "Порушення прав і свобод громадян у війні росії проти України" [10], Ю. С. Таволжанська, А. С. Осадча "Кримінально-правова заборона воєнних кримінальних правопорушень" [11], У. З. Коруц "Юридичний фронт: шлях до спеціального міжнародного трибуналу для росії" [12], О. Т. Волощук "Відповідальність рф за агресію та інші міжнародні злочини проти України в контексті проблеми виконання рішень міжнародних судів" [13], В. Л. Федоренко, О. М. Юхимюк, О. Г. Адлер "Порушення основоположних прав людини внаслідок воєнної агресії російської федерації проти України у 2022 році та механізми притягнення воєнних злочинців до юридичної відповідальності" [14] та інші. Можна сказати, що з початком війни в Україні та злочинами, які вчиняє рф збільшується кількість наукових робіт, які присвячені притягненню винних у скоєних в Україні злочинах до кримінальної відповідальності через міжнародні суди. Притягнення

© Плахотнік О., 2022

винних до кримінальної відповідальності в Міжнародному кримінальному суді здійснюється через встановлений процесуальний порядок співробітництва з Офісом Генерального прокурора під час розслідування та судового розгляду. Співробітництво Офісу Генерального прокурора з Міжнародним кримінальним судом передусім стосується співробітництва з Прокурором Міжнародного кримінального суду. З процесуального погляду, доцільно визначити початок співробітництва з Міжнародним кримінальним судом, означити основних суб'єктів, їхній правовий статус у співробітництві з Міжнародним кримінальним судом, як з боку Міжнародного кримінального суду, так і з боку Офісу Генерального прокурора за Кримінальним процесуальним кодексом України. Питання, які пов'язані з правовим статусом Прокурора Міжнародного кримінального суду, досліджували такі вчені, як: М. М. Гнатовський, О. В. Касинюк, Я. Т. Яворський та інші вчені. Водночас визначення початку процесуального співробітництва з Міжнародним кримінальним судом, особливостей міжнародного співробітництва Офісу Генерального прокурора з Міжнародним кримінальним судом та правового статусу суб'єктів співробітництва за Кримінальним процесуальним кодексом України досі залишаються малодослідженими.

Метою статті є визначення фактичного початку співробітництва прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом, основних рішень Верховної Ради України та рішень Міжнародного кримінального суду, які привели до такого співробітництва, здійснити аналіз норм Кримінального процесуального кодексу України, які врегульовують особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом, визначити основних суб'єктів у міжнародному співробітництві з Міжнародним кримінальним судом за Кримінальним процесуальним кодексом України та форми звернення Міжнародного кримінального суду до Офісу Генерального прокурора.

Виклад основного матеріалу. Питання процесуального співробітництва прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом набуло широкого обговорення після появи проєкту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" від 05.10.2017 року № 7179 (далі – законопроект № 7179) [2]. Метою зазначеного законопроєкту було врегулювання порядку співробітництва органів державної влади України з Міжнародним кримінальним судом, Прокурором, Суддею, Секретарем або Палатами Міжнародного кримінального суду на підставі прохань Міжнародного кримінального суду про співробітництво, зокрема про надання допомоги та про арешт і передання осіб. Законопроект № 7179 був покликаний створити необхідну законодавчу базу для ефективної взаємодії компетентних органів України з Міжнародним кримінальним судом у разі ухвалення останнім рішення про прийняття до своєї юрисдикції справ, переданих Україною у своїх заявах. Фактично законопроєктом № 7179 пропонувалось внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [1], розширюючи таким чином Міжнародне співробітництво, та створити новий розділ у КПК України "Співробітництво з Міжнародним кримінальним судом". Але цікавим фактом є те, що співробітництво прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом почалось до появи законопроєкту № 7179. Це співробітництво почалось із заяв Верховної Ради України про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду 25 лютого 2014 року та 04 лютого 2015 року.

Верховна Рада України прийняла Заяву від 25 лютого 2014 року № 790-VII "Про визнання Україною юрисдикції міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період від 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року включно" [3]. Верховна Рада України цією заявою визнала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду і звернулася до Міжнародного кримінального суду з метою притягнення до кримінальної відповідальності в Міжнародному кримінальному суді вищих посадових осіб України. Цією заявою Верховна Рада України визнавала відповідно до пункту другого статті 11 та пунктів другого та третього статті 12 Римського статуту юрисдикцію Міжнародного кримінального суду щодо злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів, що відбулися в Україні в період з 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року включно.

9 квітня 2014 року було подано Заяву України № 61219/35-673-384 від Посольства України в Королівстві Нідерланди до Міжнародного кримінального суду [18], у якій повідомлялось, що Україна погоджується на здійснення юрисдикції Міжнародного кримінального суду на підставі Заяви Верховної Ради України (парламенту України). Заява набула чинності 25 лютого 2014 року та укладена на невизначений строк. Як наслідок, Україна співпрацюватиме із Судом (Міжнародним кримінальним судом) без зволікань чи винятків, відповідно до розділу IX Римського статуту. До листа від Посольства України в Королівстві Нідерланди додавалась Заява Верховної Ради України. Ця заява була зареєстрована Міжнародним кримінальним судом.

17 квітня 2014 року Міжнародний кримінальний суд отримав заяву згідно зі статтею 12 (3) Римського статуту про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду (МКС) щодо ймовірних злочинів, скоєних на її території з 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року включно [19]. Отримавши заяву, 25 квітня 2014 року Офіс прокурора почав попереднє вивчення ситуації. Прокурор Міжнародного кримінального суду Фату Бенсуда вирішила розпочати попередню перевірку ситуації в Україні, щоб встановити, чи дотримано критеріїв Римського статуту для відкриття розслідування. Прокурор почала розглядати питання юрисдикції, прийнятності та інтересів правосуддя.

Заява Верховної Ради України від 25 лютого 2014 року № 790-VII, лист Посольства України в Королівстві Нідерланди та рішення Прокурора Міжнародного кримінального суду про попередню перевірку ситуації в Україні від 25 квітня 2014 року були першими кроками у співробітництві України з Міжнародним кримінальним судом.

Наступна Постанова Верховної Ради України була прийнята 04 лютого 2015 № 145-VIII Про Заяву Верховної Ради України "Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій "ДНР" та "ЛНР", які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян"[4]. У цій заяві Верховна Рада України вже зазначала те, що з 20 лютого 2014 року проти України триває збройна агресія Російської Федерації та підтримуваних нею бойовиків-терористів, під

час якої було анексовано Автономну Республіку Крим та місто Севастополь, які є частиною території незалежної та суверенної держави Україна, окуповано частину Донецької та Луганської областей України, загинули тисячі громадян України, серед яких діти, поранено тисячі осіб, зруйновано інфраструктуру цілого регіону, сотні тисяч громадян вимушені були покинути свої домівки.

8 вересня 2015 року Міжнародний кримінальний суд отримав другу заяву від України відповідно до статті 12 (3) Римського статуту, визнавши юрисдикцію Міжнародного кримінального суду щодо злочинів, вчинених "на території України, починаючи з 20 лютого 2014 року" без указаної кінцевої дати. Слідом за другою заявою, поданою 8 вересня, та враховуючи її юридичні наслідки та взаємопов'язану природу подій в Україні, Прокурор Міжнародного кримінального суду вирішив розширити часові межі попереднього вивчення з метою охопити будь-які злочини, вчинені, за твердженнями, на території України, починаючи з 20 лютого 2014 року [5].

Фактично Верховна Рада України в Постанові від 04 лютого 2015 № 145-VIII доручила Кабінету Міністрів України та Генеральній прокуратурі України зібрати необхідні матеріали та належну доказову базу для звернення до Міжнародного кримінального суду відповідно до пункту третього статті 12 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій "ДНР" та "ЛНР", які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян. Таким чином, Генеральна прокуратура України за цією Постановою Верховної Ради України від 04 лютого 2015 року почала збирати необхідні матеріали обвинувачення та належну доказову базу для звернення до Міжнародного кримінального суд.

За наслідками всіх подій, що зазначались у заявах Верховної Ради України, було почато кримінальні провадження, формувались докази обвинувачення, працювали органи досудового розслідування та прокуратура. Але головним було те, що Україна зіткнулась з агресією та кримінальними правопорушеннями, які підпадали під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Відповідно до частини першої статті 5 Римського статуту, Міжнародний кримінальний суд має юрисдикцію щодо таких злочинів: a) злочин геноциду; b) злочини проти людяності; c) воєнні злочини; d) злочин агресії [7]. Така юрисдикція Міжнародного кримінального суду набуває особливої актуальності зараз, у 2022 році, коли на території України військові рф вчиняють практично всі види класифікованих Римським статутом злочинів. Тому в цей непростий для України час на прокуратуру України покладається обов'язок здійснювати не тільки процесуальне керівництво у кримінальних провадженнях щодо порушення законів та звичаїв війни, планування, підготування або розв'язання та ведення агресивної війни, пропаганди війни, посягання на територіальну цілісність і недоторканність України, державної зради, колабораційної діяльності, пособництва державі-агресору, диверсії та інших злочинів, здійснювати фіксування воєнних злочинів в Україні та отримувати докази обвинувачення за скоєними військовими рф злочинами, підтримувати обвинувачення у відповідних провадженнях, а також обов'язок співробітництва з Міжнародним кримінальним судом.

Законопроєкт № 7179 було розроблено Міністерством юстиції України з метою врегулювання порядку співробітництва з Міжнародним кримінальним судом відповідно до частини дев'ятої Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Однак Законопроєкт № 7179 був підданий критиці у Висновку Головного науково-експертного управління (далі – ГНЕУ) [21]. Зокрема, "імплементація до КПК окремих положень Римського статуту, який не ратифікований Україною через визнання його неконституційним, є передчасним кроком", "Не можна погодитися із пропозицією законопроєкту передбачити в КПК, що в разі відсутності міжнародного договору України, що передбачає співробітництво з міжнародною судовою установою, таке співробітництво здійснюється на підставі цього Кодексу", "Положення законопроєкту фактично виходять за межі заяв України про визнання юрисдикції МКС, зроблених 25 лютого 2014 р. та 8 вересня 2015 р., оскільки вони встановлюють певні правила загального характеру, які мають застосовуватись завжди, а не лише для розслідування конкретних ситуацій, про які йдеться у згаданих заявах".

На критику Законопроєкту № 7179 від ГНЕУ К. П. Задоя у статті "Співробітництво між Україною та Міжнародним кримінальним судом під загрозою" зазначав про те, що "найбільш серйозним із цих зауважень видається докір у несумісності законопроєкту № 7179 з Основним Законом. Утім, після уважного вивчення аргументів ГНЕУ впадає в око їх необґрунтованість та внутрішня суперечливість", "законопроєкт № 7179 не є проєктом закону про імплементацію міжнародного договору. Його метою є імплементація міжнародно-правових зобов'язань, зміст яких, хоча й може бути виражений за допомогою відповідних положень Римського статуту, однак підставою їх виникнення є не сам Статут, а односторонні зобов'язання України співпрацювати з Міжнародним кримінальним судом, які випливають із заяв про визнання юрисдикції Суду" [20]. На думку автора, у статті "Співробітництво між Україною та Міжнародним кримінальним судом під загрозою" К. П. Задоя аргументовано критикував висновки ГНЕУ Законопроєкту № 7179.

Наступним важливим кроком у співробітництві з Міжнародним кримінальним судом було внесення змін до КПК України Законом України "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" № 2236-IX від 03.05.2022 року [15]. Саме із внесенням цих змін у КПК України з'явився Розділ IX-2 "Особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" і встановлювався процесуальний порядок співробітництва з Прокурором Міжнародного кримінального суду.

У Примітці до Розділу IX-2 КПК України зазначається, що дія цього розділу поширюється виключно на співробітництво з Міжнародним кримінальним судом, а частиною другою статті 617 КПК України визначено, що співробітництво між Україною та Міжнародним кримінальним судом здійснюється у порядку, визначеному цим Кодексом та Римським статутом Міжнародного кримінального суду. Тобто цей розділ КПК України повністю стосується співробітництва з Міжнародним кримінальним судом, але цей розділ стосується співробітництва не тільки прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом. Тому необхідно виокремити повноваження Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, прокурора в ланцюжку міжнародного співробітництва та співробітництва з Міжнародним кримінальним судом і повноваження Прокурора Міжнародного кримінального суду в такому співробітництві для досягнення мети цієї статті.

Співробітництво з Міжнародним кримінальним судом під час розслідування та судового розгляду забез-

печує Офіс Генерального прокурора, як і Центральні органи України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом згідно з частиною першої статті 618 КПК України. Повноваження Офісу Генерального прокурора відповідно до Римського статуту Міжнародного кримінального суду і КПК України визначені частиною другою статті 618 КПК України. Зокрема, згідно з частиною другою статті 618 КПК України Офіс Генерального прокурора: 1) розглядає прохання Міжнародного кримінального суду та організовує їх виконання; 2) оспорює прийнятність справи до провадження Міжнародного кримінального суду або юрисдикцію Міжнародного кримінального суду; 3) оскаржує рішення Прокурора Міжнародного кримінального суду або палати Міжнародного кримінального суду; 4) звертається до Міжнародного кримінального суду з проханням про перегляд рішення Прокурора Міжнародного кримінального суду не розпочинати розслідування або кримінальне переслідування та може подавати зауваження з цього питання; 5) організовує прийом-передання осіб до Міжнародного кримінального суду на виконання прохання про арешт і передання, а також про тимчасове передання; 6) направляє докази до Міжнародного кримінального суду; 7) забезпечує зберігання доказів і захист інформації на прохання Міжнародного кримінального суду; 8) вживає заходів, пов'язаних із присутністю представників Міжнародного кримінального суду або уповноважених Міжнародним кримінальним судом осіб під час виконання прохань Міжнародного кримінального суду про співробітництво; 9) звертається до Міжнародного кримінального суду з проханням про вжиття заходів, необхідних для забезпечення захисту посадових осіб, службових осіб та інших офіційних представників України у зв'язку з провадженням у Міжнародному кримінальному суді, а також захисту конфіденційної інформації або інформації з обмеженим доступом, та взаємодіє з Міжнародним кримінальним судом щодо таких прохань; 10) організовує переклад документів і прохань, що надійшли від Міжнародного кримінального суду, якщо вони не складені державною мовою; 11) подає до Міжнародного кримінального суду зауваження щодо оцінювання збитків або матеріальної, фізичної чи іншої шкоди, завданої потерпілим особам, а також видів чи форм відшкодування; 12) вирішує питання щодо відмови від спеціального правила відповідно до Римського статуту Міжнародного кримінального суду; 13) здійснює інші повноваження, що випливають із зобов'язань України у зв'язку з визнанням Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду або передбачені цим Кодексом.

Необхідно зазначити, що простий перелік повноважень Офісу Генерального прокурора щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом не обмежується виключно частиною другою статті 618 КПК України. КПК України містить такі форми співробітництва прокуратури, як: консультації з Міжнародним кримінальним судом (стаття 619 КПК України – тільки Офіс Генерального прокурора); передання кримінального провадження у межах співробітництва з Міжнародним кримінальним судом (стаття 620 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора); наслідки передання кримінального провадження компетентному органу іншої держави (стаття 601 КПК України – загальна заборона здійснювати будь-які процесуальні дії щодо особи за наслідками передання кримінального провадження і можливе відновлення провадження в Україні та подальше розслідування в порядку, передбаченому КПК України); виконання прохання Міжнародного кримінального суду про надання допомоги (стаття 621 КПК України – Офіс Генерального прокурора); порядок виконання запиту (доручення) про міжнародну правову допомогу на території України (стаття 558 КПК України – Офіс Генерального прокурора, прокурор); процесуальні дії, які потребують спеціального дозволу (стаття 562 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора); відмова у виконанні запиту про міжнародну правову допомогу (стаття 557 КПК України – Офіс Генерального прокурора); конфіденційність та захист відомостей, що стосуються національної безпеки України під час співробітництва з Міжнародним кримінальним судом (стаття 622 КПК України – Офіс Генерального прокурора); забезпечення збереження доказів (стаття 623 КПК України – Офіс Генерального прокурора); виконання Міжнародним кримінальним судом функцій на території України (стаття 624 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора); тимчасове передання особи до Міжнародного кримінального суду для проведення процесуальних дій (стаття 625 КПК України – Офіс Генерального прокурора); запити (прохання) до Міжнародного кримінального суду (стаття 626 КПК України – Офіс Генерального прокурора та прокурор); запит про міжнародну правову допомогу (стаття 551 КПК України – прокурор та Офіс Генерального прокурора); зміст та форма запиту про міжнародну правову допомогу (стаття 552 КПК України – письмова форма запиту погоджується прокурором); особливості затримання осіб, які розшукуються Міжнародним кримінальним судом або стосовно яких надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передачу (стаття 628 КПК України – прокурор, обласна прокуратура, Офіс Генерального прокурора); особливості затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення за межами України (стаття 582 КПК України – прокурор, обласна прокуратура, Офіс Генерального прокурора); застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт (тимчасового арешту) (стаття 629 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора); передання особи до Міжнародного кримінального суду у спрощеному порядку (стаття 630 КПК України – керівник відповідної обласної прокуратури, обласна прокуратура, Офіс Генерального прокурора); виконання прохання Міжнародного кримінального суду про арешт і передання, за участю прокурора (стаття 631 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора, згідно пп. 1, 5 ч. 2 ст. 618 КПК України); тимчасове звільнення особи, до якої застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою (стаття 632 КПК України – прокурор, Офіс Генерального прокурора); організація передання особи до Міжнародного кримінального суду (стаття 633 КПК України – Офіс Генерального прокурора, згідно з пп. 1, 5 ч. 2 ст. 618 КПК України); транзитне перевезення особи, яка передається до Міжнародного кримінального суду (стаття 634 КПК України – Офіс Генерального прокурора, згідно п. 5 ч. 2 ст. 618 КПК України), витрати, пов'язані з виконанням прохань Міжнародного кримінального суду про співробітництво (стаття 635 КПК України – Офіс Генерального прокурора); оскільки прокуратура виконує функцію нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також у разі вживання інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, виконання рішень Міжнародного кримінального суду за статтею 636 КПК України також буде пов'я-

зане з Офісом Генерального прокурора в контексті співробітництва з Міжнародним кримінальним судом.

З аналізу статей Розділу IX-2 можна зробити висновок про те, що особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом доповнюються статтями з Розділу IX КПК України про Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження і є його логічним продовженням. Тому особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом є доповненням до Міжнародного співробітництва під час кримінального провадження у частині статей Розділу IX-2 КПК України та за змістом можуть бути об'єднані в поняття міжнародного співробітництва на стадії досудового розслідування та судового розгляду під час виконання прокуратурою України своїх функцій. До основних суб'єктів з боку прокуратури у співробітництві з Міжнародним кримінальним судом за КПК України можна зарахувати Офіс Генерального прокурора як центральний орган під час розслідування та судового розгляду, обласну прокуратуру та керівника обласної прокуратури і прокурора.

Також необхідно зазначити про департаменти, управління, відділи, які можуть мати стосунок до міжнародного співробітництва під час кримінального провадження та співробітництва з Міжнародним кримінальним судом у структурі Офісу Генерального прокурора як центрального органу України зі співробітництва з Міжнародним кримінальним судом під час розслідування та судового розгляду. У структурі Офісу Генерального прокурора (з урахуванням змін, внесених наказами Генерального прокурора № 2шц-21шц від 27.07.2022 р.) [16] є Департамент міжнародно-правового співробітництва; Управління правової допомоги: відділ правової допомоги, відділ особливих доручень; Управління екстрадиції та співробітництва: відділ екстрадиції, відділ міжнародного співробітництва, відділ перекладів; Відділ документального забезпечення; Департамент протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту, Управління процесуального керівництва та підтримання публічного обвинувачення у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту: перший відділ процесуального керівництва, другий відділ процесуального керівництва, третій відділ процесуального керівництва; Управління організації процесуального керівництва під час досудового розслідування злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту: перший відділ організації процесуального керівництва, другий відділ організації процесуального керівництва; Управління організаційно-методичного та аналітичного забезпечення: відділ взаємодії з міждержавними, міжурядовими та національними організаціями, організаційно-методичний відділ; Відділ документального забезпечення та Управління кримінальної політики в умовах збройного конфлікту: відділ аналітичної роботи, відділ стратегічної та проектної роботи. Тому до співробітництва з Міжнародним кримінальним судом можуть бути задіяні зазначені департаменти, управління та відділи у структурі Офісу Генерального прокурора, які не визначені в КПК України.

Ураховуючи, що співробітництво Офісу Генерального прокурора здійснюється з Міжнародним кримінальним судом через органи Міжнародного кримінального суду, необхідно встановити структуру органів у середині Міжнародного кримінального суду, з якими Офіс Генерального прокурора здійснює співробітництво безпосередньо.

Передусім необхідно звернути увагу на процесуальні повноваження Прокурора Міжнародного кримінального суду в КПК України, тобто на статті, де про Прокурора Міжнародного кримінального суду вказується безпосередньо. Наприклад, у частині першій статті 624 КПК України зазначається, що процесуальні дії на території України на підставі та на виконання прохання Міжнародного кримінального суду може проводити Прокурор Міжнародного кримінального суду, крім процесуальних дій, виконання яких в Україні здійснюється за погодженням із прокурором або з дозволу слідчого судді, суду. У частинах другій та третій статті 622 КПК України йдеться про конфіденційність та захист відомостей, що стосуються національної безпеки України під час співробітництва з Міжнародним кримінальним судом та безпосередньо вказується Прокурор Міжнародного кримінального суду у "використанні Прокурором Міжнародного кримінального суду наданих відомостей виключно з метою отримання нових доказів" та "про зняття обмеження на поширення переданих … відомостей, на прохання Прокурора Міжнародного кримінального суду". Ще в частині третій статті 621 КПК України, де йдеться про виконання прохання Міжнародного кримінального суду, а саме "прохання Прокурора Міжнародного кримінального суду … щодо збереження доказів".

З аналізу статей КПК України, де зазначений Прокурор Міжнародного кримінального суду, можна зробити висновок про те, що процесуальна діяльність Прокурора Міжнародного кримінального суду за КПК України загально ґрунтується на виконанні "прохання Міжнародного кримінального суду" за винятком процесуальних дій, виконання яких в Україні здійснюється за погодженням із прокурором або з дозволу слідчого судді, суду. Процесуально таке співробітництво Прокурора Міжнародного кримінального суду відбувається у формі погодження з Офісом Генерального прокурора, а в окремих випадках – за погодженням із прокурором або з дозволу слідчого судді, суду.

Для визначення процесуальних повноважень Міжнародного кримінального суду за КПК України, спочатку необхідно звернутись до Римського статуту з метою встановити робочі органи Міжнародного кримінального суду, що здійснюють таке співробітництво на стадії досудового розслідування та судового провадження, за винятком виконання вироків чи інших рішень Міжнародного кримінального суду, ухвалених за результатами розгляду справи.

Згідно зі статтею 34 Римського статуту, Суд складається з таких органів: a) Президія; b) Апеляційне відділення, Судове відділення та Відділення попереднього провадження; c) Канцелярія Прокурора; d) секретаріат [7].

Канцелярія прокурора є окремим органом Міжнародного кримінального суду, який очолює Прокурор Міжнародного кримінального суду. Згідно з частинами першою та другою статті 42 Римського статуту Канцелярія Прокурора діє незалежно як окремий орган Суду. Вона відповідає за отримання ситуацій, що передаються, і будь-якої обґрунтованої інформації про злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, за їх вивчення та здійснення розслідувань та кримінального переслідування в Суді… Канцелярію очолює Прокурор. Прокурор має всі повноваження з керівництва та управління Канцелярією, включаючи персонал, приміщення та інші наявні в неї ресурси. Прокурору надають допомогу один або кілька заступників Прокурора, які мають право здійснювати будь-які дії, які повинен вчиняти Прокурор [7].

Ураховуючи, що за Римським статутом заступник або заступники Прокурора Міжнародного кримінального суду мають право здійснювати будь-які дії, які повинен

вчиняти Прокурор Міжнародного кримінального суду, то можна сказати, що положення статей КПК України поширюються не тільки на Прокурора Міжнародного кримінального суду, але і на його заступника, заступників. Окрема роль у співробітництві належить саме Канцелярії Прокурора Міжнародного кримінального суду.

Я. Т. Яворський у дисертаційному дослідженні "Правовий статус прокурора Міжнародного кримінального суду" робить один із висновків про те, що під "прокурором" розуміють весь апарат – Офіс (канцелярію) прокурора, на який покладається три групи завдань: отримання та вивчення будь-якої інформації про злочини, що підпадають під юрисдикцію МКС, проведення розслідування і підтримання обвинувачення у МКС [17]. Дуже важливий висновок, з яким необхідно погодитись, бо він стосується своєрідного розкриття процесуального розуміння Прокурора Міжнародного кримінального суду в його зіставленні з Канцелярією прокурора, оскільки Прокурор Міжнародного кримінального суду очолює Канцелярію. Дотримуючись такої логіки, слід зазначити, що КПК України не визначає окремого органу Міжнародного кримінального суду, з яким відбуватиметься співробітництво на стадії досудового розслідування чи судового розгляду. КПК України загально зазначає про Міжнародний кримінальний суд, без окремого визначення органів суду для такого співробітництва. Однак КПК України визначає, які центральні органи України мають право здійснювати таке співробітництво з Міжнародним кримінальним судом за статтею 618 КПК України. У частині першій статті 617 КПК України зазначено, що співробітництво з Міжнародним кримінальним судом з метою сприяння у притягненні до кримінальної відповідальності та покаранні осіб, які вчинили злочини, що підпадають під його юрисдикцію, здійснюється шляхом вжиття необхідних заходів на прохання Міжнародного кримінального суду про співробітництво, зокрема й прохання про надання допомоги, про тимчасовий арешт, про арешт і передання особи, а також інші прохання, які можуть направлятися відповідно до Римського статуту до Міжнародного кримінального суду.

До форм звернення Міжнародного кримінального суду можна зарахувати: Прохання про співробітництво, зокрема й прохання про надання допомоги; Прохання про тимчасовий арешт; Прохання про арешт і передання особи, а також інші прохання. Перелік прохань Міжнародного кримінального суду не є вичерпним, виходячи зі змісту частини першої статті 617 КПК України.

Також необхідно сказати про особливості прийняття процесуальних рішень та вчинення процесуальних дій щодо затримання особи й обрання запобіжного заходу в контексті прохання від Міжнародного кримінального суду. Застосування такого запобіжного заходу, як тримання під вартою, може бути тісно пов'язане з проханням про тимчасовий арешт або проханням про арешт і передання особи від Міжнародного кримінального суду. У пункті сьомому частини другої статті 183 КПК України робиться акцент на тому, що запобіжний захід у вигляді тримання під вартою не може бути застосований, окрім як до особи, стосовно якої надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання, у порядку і на підставах, передбачених розділом IX-2 цього Кодексу. Також абзац восьмий частини четвертої статті 183 КПК України визначає те, що розмір застави не визначається під час розгляду питання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою відповідно до статей 629-631 цього Кодексу. Тобто прийняття процесуального рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою може бути застосовано до особи тільки за наявності прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання, при цьому розмір застави не визначається, а сама процедура визначається статтями 629-631 КПК України. Але перш ніж обрати запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, розшукувану особу треба затримати.

Згідно з частиною другою статті 176 КПК України тимчасовим запобіжним заходом є затримання особи, яке застосовується з підстав та в порядку, визначеному цим Кодексом. Цікавим є те, що питання затримання особи, яка розшукується Міжнародним кримінальним судом, залишається доволі не визначеним. КПК України визначає законне затримання за статтею 207 КПК України та затримання уповноваженою службовою особою за статтею 208 КПК України. Абзац третій частини четвертої статті 208 КПК України визначає умову, за якою уповноважена службова особа, що здійснила затримання особи, яка розшукується Міжнародним кримінальним судом або стосовно якої надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання, також роз'яснює особі її право надати згоду на передання до Міжнародного кримінального суду у спрощеному порядку. Таким чином, уповноважена службова особа повинна забезпечити процесуальні права затриманої особи і роз'яснити права на її передання до Міжнародного кримінального суду у спрощеному порядку. За змістом, цей абзац створює ідеальну модель затримання особи, за якою не враховуються випадковість затримання, затримання такої особи не уповноваженими службовими особами, вчинення розшукуваною особою інших злочинів, розшук цієї особи в разі її переховування та інше. Тому можна врахувати тільки те, що в уповноважених службових осіб має бути повнота інформації щодо особи у відповідний момент затримання, яка розшукується Міжнародним кримінальним судом або стосовно якої надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання.

Висновок. Співробітництво Генеральної прокуратури України з Міжнародним кримінальним судом почалося після визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду Верховною Радою України рішень Міжнародного кримінального суду про початок попереднього розслідування Прокурором Міжнародного кримінального суду у справі "Ситуація в Україні" 25 квітня 2014 року та оголошення Прокурором Міжнародного кримінального суду про продовження попереднього розслідування у справі "Ситуація в Україні" 8 вересня 2015 року з розширенням часових меж попереднього вивчення з метою охопити будь-які злочини, вчинені, за твердженнями, на території України, починаючи з 20 лютого 2014 року. Постановою Верховної Ради України від 04 лютого 2015 року № 790-VII прямо доручалось Генеральній прокуратурі України зібрати необхідні матеріали та належну доказову базу для звернення до Міжнародного кримінального суду.

Зміни, які були внесені Законом України "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом" № 2236-IX від 03.05.2022 року, урегульовують процесуальні особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом та визначають основних суб'єктів у такому співробітництві. До них можна зарахувати Офіс Генерального прокурора як центральний орган під час

розслідування та судового розгляду, обласну прокуратуру та керівника обласної прокуратури і прокурора з боку України та Прокурора Міжнародного кримінального суду, заступника або заступників Прокурора Міжнародного кримінального суду та Канцелярію прокурора з боку Міжнародного кримінального суду. Під Офісом Генерального прокурора також слід розуміти департаменти, управління та відділи згідно із визначеною структурою Офісу Генерального прокурора, які безпосередньо можуть бути задіяні у співробітництві з Міжнародним кримінальним судом.

До форм звернення Міжнародного кримінального суду можна зарахувати: Прохання про співробітництво, зокрема й прохання про надання допомоги; Прохання про тимчасовий арешт; Прохання про арешт і передання особи, а також інші прохання. Затримання особи та тримання під вартою особи, яка розшукується Міжнародним кримінальним судом або стосовно якої надійшло прохання Міжнародного кримінального суду про тимчасовий арешт або про арешт і передання, безпосередньо стосується співробітництва з Міжнародним кримінальним судом за відповідними формами звернення до Офісу Генерального прокурора.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 15.08.2022).

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом : проект Закону України від 05.10.2017 року № 7179. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62671 (дата звернення: 15.08.2022).

3. Про визнання Україною юрисдикції міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року : Заява Верховної ради України від 25.02.2014 № 790-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2014. № 13, ст.230. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text (дата звернення: 15.08.2022).

4. Про Заяву Верховної Ради України "Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій "ДНР" та "ЛНР", які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян : Постанова Верховної Ради України; Заява від 04.02.2015 № 145-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР). 2015. № 12, ст. 77. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text (дата звернення: 15.08.2022).

5. Прокурор Міжнародного кримінального суду (МКС) розширює попереднє вивчення ситуації в Україні після другої заяви відповідно до статті 12(3) Статуту : Press Release. 29 September 2015. URL: http://surl.li/cuhjb (дата звернення: 15.09.2022).

6. Статус Римського статуту Міжнародного кримінального суду (Рим, 17 липня 1998) (станом на 15 травня 2009) (неофіційний переклад): 01.07.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_i40#Text (дата звернення: 15.08.2022).

7. Rome Statute of the International Criminal Court. International Criminal Court. The Hague, 2021. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rome-Statute.pdf (дата звернення: 19.09.2022).

8. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут). Київ, 11 липня 2001 року. Справа № 1-35/2001 № 3-в/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#Text (дата звернення: 15.08.2022).

9. *Гаврильців М. Т., Іщенко С. Ю.* Захист інтересів України у міжнародних юрисдикційних органах в умовах збройної агресії російської федерації. Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного стану // Матеріали наукового семінару (23 червня 2022 р.). URL: http://surl.li/cuhak (дата звернення: 15.08.2022).

10. *Діденко Н. Г.* Порушення прав і свобод громадян у війні росії проти України. Публічне управління та адміністрування в умовах війни і в поствоєнний період в Україні // Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції. Львів, 2022. URL: http://surl.li/cuhaw (дата звернення: 15.08.2022).

11. *Таволжанська Ю. С., Осадча А. С.* Кримінально-правова заборона воєнних кримінальних правопорушень // The 4th International scientific and practical conference. URL: http://surl.li/cuhba (дата звернення: 15.08.2022).

12. *Коруц У. З.* Юридичний фронт: шлях до спеціального міжнародного трибуналу для росії // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Тернопіль. 2022. URL: http://nauksgf.wunu.edu.ua/index.php/npsgf/article/view/208/203 (дата звернення: 19.09.2022).

13. *Волощук О.* Відповідальність рф за агресію та інші міжнародні злочини проти України в контексті проблеми виконання рішень міжнародних судів // Juris europensis scientia. 2022. № 2. URL: http://chernvisn.onua.edu.ua/index.php/chern/article/view/359/452 (дата звернення: 19.09.2022).

14. *Федоренко В. Л., Юхимюк О. М., Адлер О. Г.* Порушення основоположних прав людини внаслідок військової агресії російської федерації проти України у 2022 році та механізми притягнення воєнних злочинців до юридичної відповідальності // Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління. 2022. № 2(20). URL: https://intelect.org.ua/wp-content/uploads/2022/05/ekspert-220-fedorenko.pdf (дата звернення: 15.08.2022).

15. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом : Закон України від від 03.05.2022 року № 2236-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2236-20#Text (дата звернення: 15.08.2022).

16. Структура Офісу Генерального прокурора як центрального органу України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом (із врахуванням змін внесених наказами Генерального прокурора № 2шц-21шц від 27.07.2022 р.) // Офіс Генерального прокурора. URL: http://surl.li/cbijs (дата звернення: 15.08.2022).

17. *Яворський Я. Т.* Правовий статус Прокурора Міжнародного кримінального суду : дис… канд. юрид. наук : 12.00.11. Львів, 2018. URL: http://surl.li/cuhey (дата звернення: 15.08.2022).

18. Лист до Міжнародного кримінального суду № 61219/35-673-384 // Посольство України в Королівстві Нідерланди. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJuristiction09-04-2014.pdf (дата звернення: 15.08.2022).

19. The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination in Ukraine : Press Release. 25 April 2014 URL: https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opens-preliminary-examination-ukraine (дата звернення: 15.08.2022).

20. *Задоя К. П.* Співробітництво між Україною та Міжнародним кримінальним судом під загрозою // Вісник кримінального судочинства. 2018. № 2.. URL: https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2018_Zadoy.pdf (дата звернення: 15.08.2022).

21. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом : Висновок на проект Закону України. № 7179. 05.10.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=62671&pf35401=444827 (дата звернення: 15.08.2022).

References

1. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy [Criminal Procedure Code of Ukraine: Law of Ukraine] № 4651-VI (2012) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (in Ukrainian).

2. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo spivrobitnytstva z Mizhnarodnym kryminalnym sudom: proektu Zakonu Ukrainy [On making changes to some legislative acts of Ukraine regarding cooperation with the International Criminal Court: draft Law of Ukraine] № 7179 (2012) http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62671 (in Ukrainian).

3. Pro vyznannia Ukrainoiu yurysdyktsii mizhnarodnoho kryminalnoho sudu shchodo skoiennia zlochyniv proty liudianosti vyshchymy posadovymy osobamy derzhavy, yaki pryzvely do osoblyvo tiazhkykh naslidkiv ta masovoho vbyvstva ukrainskykh hromadian pid chas myrnykh aktsii protestiv u period z 21 lystopada 2013 roku po 22 liutoho 2014 roku: Zayava Verkhovnoi rady Ukrainy [On Ukraine's recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court regarding the commission of crimes against humanity by high-ranking state officials, which led to particularly grave consequences and the mass murder of Ukrainian citizens during peaceful protests in the period from November 21, 2013 to February 22, 2014: Statement of the Verkhovna Rada of Ukraine] № 790-VII (2014) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text (in Ukrainian).

4. Pro Zayavu Verkhovnoi Rady Ukrainy "Pro vyznannia Ukrainoiu yurysdyktsii Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu shchodo skoiennia zlochyniv proty liudianosti ta voiennykh zlochyniv vyshchymy posadovymy osobamy Rosiiskoi Federatsii ta kerivnykamy terorystychnykh orhanizatsii "DNR" ta "LNR", yaki pryzvely do osoblyvo tiazhkykh naslidkiv ta masovoho vbyvstva ukrainskykh hromadian: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy; Zayava [About the Statement of the Verkhovna Rada of Ukraine "On Ukraine's recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court regarding the commission of crimes against humanity and war crimes by high-ranking officials of the Russian Federation and leaders of the terrorist organizations "DPR" and "LPR", which led to particularly grave consequences and the mass murder of Ukrainian citizens: Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine] № 145-VIII (2015) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text (in Ukrainian).

5. Prokuror Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu (MKS) rozshyriuie poperednie vyvchennia sytuatsii v Ukraini pislya druhoi zaiavy, vidpovidno do statti 12(3) Statutu [ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) declaration] (2015) http://surl.li/cuhjb (data zvernennia: 15.08.2022).

6. Status Rymskoho statutu Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu [Status of the Rome Statute of the International Criminal Court] (2009) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_i40#Text (in Ukrainian).

7. Rome Statute of the International Criminal Court. International Criminal Court. The Hague, 2021. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rome-Statute.pdf.

8. Vysnovok Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Prezydenta Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy Rymskoho Statutu Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu (sprava pro Rymskyi Statut) [Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the case based on the constitutional submission of the President of Ukraine on the provision of an opinion on the conformity of the Constitution of Ukraine with the Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute case)] № 1-35/2001 № 3-v/2001 (2001) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#Text (in Ukrainian).

9. Havryltsiv, M. T., Ishchenko, S. Yu. (2022) Zakhyst interesiv Ukrainy u mizhnarodnykh yurysdyktsiinykh orhanakh v umovakh zbroinoi ahresii rosiiskoi federatsii. Konstytutsiini prava i svobody liudyny ta hromadianyna v umovakh voiennoho stanu [Protection of the interests of Ukraine in international jurisdictional bodies in the conditions of armed aggression of the Russian Federation. Constitutional rights and freedoms of a person and a citizen under martial law] http://surl.li/cuhak (in Ukrainian).

10. Didenko, N.H. (2022) Porushennia prav i svobod hromadian u viini rosii proty Ukrainy. Publichne upravlinnia ta administruvannia v umovakh viiny i v postvoiennyi period v Ukraini [Violation of the rights and freedoms of citizens in Russia's war against Ukraine. Public management and administration in the conditions of war and in the post-war period in Ukraine] http://surl.li/cuhaw (in Ukrainian).

11. Tavolzhanska, Yu. S., Osadcha, A. S. (2022) Kryminalno-pravova zaborona voiennykh kryminalnykh pravoporushen [Criminal law prohibition of war crimes] (2022) http://surl.li/cuhba (data zvernennia: 15.08.2022) (in Ukrainian).

12. Koruts, U. Z. (2022) Yurydychnyi front: shliakh do spetsialnoho mizhnarodnoho trybunalu dlia rosii [The legal front: the path to a special international tribunal for Russia] http://surl.li/cuhbf (in Ukrainian).

13. Voloshchuk, O. (2022) Vidpovidalnist rf za ahresiiu ta inshi mizhnarodni zlochyny proty Ukrainy v konteksti problemy vykonannia rishen mizhnarodnykh sudiv [The responsibility of the Russian Federation for aggression and other international crimes against Ukraine in the context of the problem of the implementation of decisions of international courts] https://doi.org/10.32837/chern.v0i2.359 (in Ukrainian).

14. Fedorenko, V. L., Yukhymiuk, O. M., Adler, O. H. (2022) Porushennia osnovopolozhnykh prav liudyny vnaslidok viiskovoi ahresii rosiiskoi federatsii proty Ukrainy u 2022 rotsi ta mekhanizmy prytiahnennia voiennykh zlochyntsiv do yurydychnoi vidpovidalnosti [Violations of fundamental human rights as a result of the military aggression of the Russian Federation against Ukraine in 2022 and mechanisms for bringing war criminals to justice] https://doi.org/10.32689/2617-9660-2022-2(20)-32-59 (in Ukrainian).

15. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo spivrobitnytstva z Mizhnarodnym kryminalnym sudom: Zakon Ukrainy [On amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding cooperation with the International Criminal Court: Law of Ukraine] (2022) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2236-20#Text (in Ukrainian).

16. Struktura Ofisu Heneralnoho prokurora, yak tsentralnoho orhanu Ukrainy shchodo spivrobitnytstva z Mizhnarodnym kryminalnym sudom [The structure of the Office of the Prosecutor General, as the central body of Ukraine regarding cooperation with the International Criminal Court] (2022) http://surl.li/cbijs (in Ukrainian).

17. Yavorskyi, Ya. T. (2022) Pravovyi status Prokurora Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu. Dysertatsiia na zdobuttia naukovoho stupenia kandydata yurydychnykh nauk [Legal status of the Prosecutor of the International Criminal Court] http://surl.li/cuhey (in Ukrainian).

18. Lyst Posolstva Ukrainy v Korolivstvi Niderlandy do Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu [Letter from the Embassy of Ukraine in the Kingdom of the Netherlands to the International Criminal Court] (2014) https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf

19. The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination in Ukraine (2015) https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opens-preliminary-examination-ukraine

20. Zadoia, K.P. (2017) Spivrobitnytstvo mizh Ukrainoiu ta Mizhnarodnym kryminalnym sudom pid zahrozoiu [Cooperation between Ukraine and the International Criminal Court is under threat] https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2018_Zadoy.pdf (in Ukrainian).

21. Vysnovok na proekt Zakonu Ukrainy "Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo spivrobitnytstva z Mizhnarodnym kryminalnym sudom". Holovne naukovo-ekspertnoho upravlinnia [Conclusion on the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding Cooperation with the International Criminal Court"] (2017) http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=62671&pf35401=444827 (in Ukrainian).

Received: 19.08.22
Revised: 25.08.22
Accepted: 16.09.22

O. Plakhotnik, Dr of Philosophy, Associate Prof. Judiciary
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

COOPERATION OF THE PROSECUTOR'S OFFICE OF UKRAINE WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

The article includes the analysis of the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding Cooperation with the International Criminal Court" dated by October 5, 2017 No. 7179, decisions of the Verkhovna Rada of Ukraine: On the Statement of the Verkhovna Rada of Ukraine dated by February 25, 2014 No. 790-VII and Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine dated by February 4, 2015 No. 145-VIII, which marked the actual start of cooperation between the Prosecutor's Office of Ukraine and the International Criminal Court before the relevant changes were made to the Criminal Procedure Code of Ukraine. The norms of Section IX-2 of the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the specifics of cooperation with the International Criminal Court are analyzed. The purpose of the article is to determine the actual beginning of the cooperation of the Prosecutor's Office of Ukraine with the International Criminal Court, the main decisions of the Verkhovna Rada of Ukraine and the decisions of the International Criminal Court that led to such cooperation and to analyze the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which regulate the peculiarities of cooperation with the International Criminal Court and determine the main subjects during investigation and trial. Special scientific and general scientific methods were used to achieve the stated goal: the method of scientific knowledge, the comparative legal method, the method of system analysis, the dialectical method. The article focuses attention on Resolution No. 145-VIII of the Verkhovna Rada of Ukraine dated by February 4, 2015, which instructed the Cabinet of Ministers of Ukraine and the General Prosecutor's Office of Ukraine to collect the necessary materials and an appropriate evidence base for the application to the International Criminal Court. Peculiarities of cooperation of the Prosecutor's Office of Ukraine, the Office of the Prosecutor General with the International Criminal Court and international cooperation during criminal proceedings under the Criminal Procedure Code of Ukraine are investigated. The main subjects of procedural cooperation with the International Criminal Court and the forms of appeal of the International Criminal Court to the Office of the Prosecutor General are determined. The specifics of choosing a preventive measure of detention and detention of a person wanted or in respect of whom the International Criminal Court has received a request for temporary arrest or for arrest and transfer are highlighted.

Keywords: procedural cooperation, the Prosecutor's Office of Ukraine, the International Criminal Court, the Office of the Prosecutor General, the Rome Statute, the Prosecutor of the International Criminal Court, the Office of the Prosecutor, application forms to the International Criminal Court.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 64-72
УДК: 342.4; 342.56
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-11

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

С. Прилуцький, д-р юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-5275-7836
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПРИНЦИП СУДОВОЇ СПЕЦІАЛІЗАЦІЇ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ КОНЦЕПТУ ПРИРОДНОГО СУДУ

Розкрито правову природу принципу "природного суду" як фундаментального конституційно-правового надбання цивілізованого людства, який покликаний захистити людину, її права та свободи від можливого свавілля судів як інструменту терору й неправомірного переслідування особи. Виокремлено ознаки "особливого суду" в контексті ст. 125 Конституції України.

Підтверджено, що судова влада в державі має бути єдиною і цілісною. Така єдність і цілісність має забезпечуватися єдиною спільною метою і завданнями, які покладаються на суди, незалежно від місця в системі судоустрою та юрисдикційної спеціалізації. Тому суди, які наділяються особливими, відмінними від загальних судів метою і завданнями, є особливими судами.

Досліджено міжнародний та зарубіжний досвід, який вказує на допустимі межі судової спеціалізації з метою забезпечення рівного та справедливого судового захисту. Проте існують країни, судова влада яких не спромоглася здобути необхідного рівня незалежності. Для подолання такого кризового стану судової влади держави вимушені вдаватися до екстраординарної судової спеціалізації. Фактично наявність відокремлених антикорупційних судів (суддів) вказує на те, що інші судді є потенційно залежними, а тому довіряти розгляд певної категорії проваджень їм неможна. Встановлено, що така судова спеціалізація має бути тимчасовим заходом, оскільки всі судді мають бути рівними у своїй незалежності та відповідати належному рівню легітимності.

З'ясовано, що за наявних умов, у яких опинилася Україна, вкрай важливо досягнути розумного балансу в дотриманні національного суверенітету та конституційної законності, з одного боку, та зовнішніми впливами міжнародних та зарубіжних суб'єктів, які намагаються адмініструвати правову систему нашої держави, з іншого.

Ключові слова: судова спеціалізація, спеціалізований, природний суд, право на справедливий суд, Вищий антикорупційний суд, особливий суд, надзвичайний суд.

Вступ. У сучасних умовах інтенсивного розвитку суспільних відносин та ускладнення їх правового регулювання, усе частіше держави звертаються до інституту спеціалізації судоустрою та судочинства. Зокрема, в Україні на конституційному рівні встановлено, що судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації, також відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Водночас у Конституції України зазначається, що створення надзвичайних та особливих судів не допускається. У ст. 31 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" (2016 р.) установлено, що в 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.

Проте в українських політичних колах розгорнулася гостра дискусія щодо конституційності антикорупційного 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. Конституційний Суд України розпочав судове конституційне провадження щодо цього питання. 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 виникає необхідність з'ясування правової природи судової спеціалізації та виокремлення ключових ознак "особливого суду".

Суди загальної юрисдикції є судами універсальної спеціалізації. Проте інтенсивний розвиток суспільних відносин все більше ускладнює їх правове регулювання, що змушує держави звертатись до окремих форм судової спеціалізації для забезпечення оптимального судового захисту. Крім того, принцип судової спеціалізації встановлюється на рівні конституцій окремих державах. Згідно зі ст. 125 Конституції України встановлено, що судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації. Також встановлено, що відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Водночас у цій конституційній нормі зазначається, що створення надзвичайних та особливих судів не допускається.

За даними Європейської комісії з ефективності правосуддя (CEPEJ) судові системи в 48 державах та утвореннях поділяються на системи, де більшість справ розглядаються в судах загальної юрисдикції, та системи, де значна частина спорів розглядаються спеціалізованими судами. У 19 державах та утвореннях відсутні спеціалізовані суди першої інстанції (Андорра, Чехія, Грузія, Велика Британія – Північна Ірландія) або спеціалізовані суди першої інстанції нечисленні (Вірменія, Боснія та Герцеговина, Данія, Латвія, Литва, Республіка Молдова, Нідерланди, Норвегія, Польща, Словенія, Румунія, "Колишня югославська Республіка Македонія", Україна, Велика Британія – Англія та Уельс, Велика Британія – Шотландія). І навпаки, у Хорватії, Франції, Португалії спеціалізовані суди становлять понад 30 % судів першої інстанції, а в Бельгії, Мальті чи Монако – близько 50 %.

Спеціалізовані суди першої інстанції розглядають різні справи. У більшості держав та утворень є спеціалізовані адміністративні суди, арбітражні та трудові суди. У кількох державах та утвореннях присутні суди, які займаються, наприклад, військовими справами, сімей-

© Прилуцький С., 2022

ними справами, справами про примусове виконання кримінальних санкцій, виплати орендної плати. Спеціальні суди існують у Фінляндії (Верховний суд з імпічменту: звинувачення проти міністрів), Іспанії (суд, що займається справами про насильство над жінками), Туреччині (цивільні та кримінальні суди у справах про інтелектуальну власність) [1, с. 39].

У цьому контексті постає питання щодо правової природи судової спеціалізації у її співвідношенні із принципом "природнього суду", а також допустимих меж спеціалізації судової юрисдикцій.

Виклад основного матеріалу. Принцип "природного суду (судді)" (ісп. – *juez natural*) становить фундаментальну гарантію права на справедливий суд. Ідейну основу цього принципу можна вже побачити у *Великій хартії вольностей* (1215 р.) у "праві на суд рівних відповідно до законів країни" [2, с. 65]. Водночас у період Великої французької революції принцип природного суду відобразився у *Конституції Франції* (1791 р.) [3], де встановлювалося, що громадяни не можуть бути позбавлені законної підсудності ніякими спеціальними указами, ні іншими розпорядженнями про передання чи вилучення їхніх справ, крім випадків, передбачених законом.

Ідея "природного суду" стала визначальною для конституційного ладу багатьох країн світу. Наприклад, згідно з доповіддю Венеціанської комісії щодо незалежності судової системи [4], 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"). У висновку цієї доповіді зазначено, що базові принципи, які стосуються незалежності судової системи, мають бути закріплені в 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.

Найчастіше такі гарантії формулюють через заперечне 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, установленим законом". Інші конституції визначають "право на розгляд справи суддею, установленим законом" стверджувальним чином, 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 Люксембургу: "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 законом, що раніше був чинним"; 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" [5, с. 103].

На сьогодні ідея природного суду відображена у 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 в 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.

Принцип природного суду деталізується у п. 5 *Основних принципів незалежності судових органів* (1985 р.) [6] де встановлено, що кожна людина має право на судовий розгляд у ***звичайних судах*** *або* ***трибуналах***, які застосовують встановлені юридичні процедури. Не повинні створюватись трибунали, що не застосовують встановлених належним чином юридичних процедур, з метою підміни компетенції звичайних судів або судових органів.

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*". 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 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" у деяких прийнятих нею резолюціях. 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 (стала основою для Основних принципів ООН, що стосуються незалежності судових органів). 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 правопорушеннях, розглядалися звичайними цивільними судами". Також варто виокремити дві резолюції про "чесність і непідкупність судової системи", у яких Комісія ще раз зазначала, 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".

Існування спеціалізованих судів або юрисдикцій дуже поширене й обумовлене специфікою розглянутих ними питань. Зокрема, спеціалізовані 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 особливих 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 [7, с. 8–9].

У зауваженні загального порядку № 13, прийнятому 1984 р, Комітет із прав людини висловив таку позицію: "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 призвести 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 справді 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" [7, с. 10].

Комітет неодноразово висловлював свою стурбованість щодо використання спеціальних судів і в кількох випадках рекомендував подібні суди скасувати. Комітет також розглядає скасування спеціальних судів як фактор, що робить 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, у 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 ставити запитання 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 підготування обвинувачених до захисту і спілкування зі своїми адвокатами створюються неприпустимі перешкоди. Крім 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" [7, с. 11].

Якщо звернутись з цього питання до практики ЄСПЛ (далі – Суд) щодо застосування ст. 6 ЄКПЛ, то можемо бачити, що праву на природній (справедливий) суд найбільш дисонують суди "особливої" спеціалізації, зокрема суди державної безпеки та надзвичайного стану або ж військові суди. Наприклад, у справі "Арап Ялґін та інші проти Туреччини" (Arap Yalgin and Others vs Turkey) (2001р.) (46.) Суд дійшов висновку, що в разі, коли до складу колегії суду входять особи, що з погляду виконання своїх службових обов'язків і організації роботи є підлеглими однієї зі сторін процесу, обвинувачені особи можуть мати правомірні сумніви в їхній незалежності. Така ситуація серйозно впливає на довіру, якою суди повинні користуватися в демократичному суспільстві… Крім того, Суд надав великого значення тому факту, що цивільній особі доводиться постати перед судом, що складається, хай навіть частково, із військовослужбовців… (47.) З огляду на вищенаведене, Суд вважає, що заявники, справу яких за обвинуваченнями в спробі підірвати конституційний лад держави розглядає військовий трибунал, можуть мати правомірні підстави для побоювань з приводу того, що їхню справу

розглядав суд, до складу якого входило двоє військових суддів і армійський офіцер, підпорядкований командувачеві в умовах воєнного стану. При цьому той факт, що в складі суду було двоє цивільних суддів, чия незалежність і безсторонність не викликає сумнівів, не відіграє тут ніякої ролі…(48.) Отже, побоювання заявника з приводу недостатньої незалежності та безсторонності військового суду можна розглядати як об'єктивно виправдані.

У справі "Ерґін проти Туреччини" (Ergín v. Turkey) (2006 р.) Суд дійшов висновку, що (47.) повноваження військового кримінального правосуддя не мають поширюватися на цивільних осіб, якщо немає вагомих причин для виправдання такої ситуації і якщо тільки воно не здійснюється на чіткій і передбачуваній правовій основі. Наявність таких причин належить обґрунтувати в кожному конкретному випадку. Отже, недостатньо, щоб національне законодавство передбачало передання певних категорій правопорушень військовим судам *in abstracto.* (54.) … Суд вважає цілком зрозумілим, що заявник як цивільна особа, що перебуває під судом, який складається лише з військових офіцерів, за звинуваченням у вчиненні правопорушень, пов'язаних із веденням пропаганди проти військової служби, міг мати побоювання щодо суддів, оскільки ті належали до армії, яку можна було ототожнити зі стороною процесу. Відповідно, заявник міг обґрунтовано побоюватися, що Суд Генерального штабу потрапить під неналежний вплив упереджених думок. Саме тому сумніви заявника щодо незалежності та безсторонності цього суду можна розглядати як об'єктивно виправдані…[8, с. 230–231].

У зв'язку з розглянутим постає досить прикладне питання щодо співвіднесення принципу природного суду із судовою (суддівською) спеціалізацією, яка стає все більш усталеним явищем в багатьох країнах, а також межами такої спеціалізації.

Сьогодні судова спеціалізація набула багатьох різновидів, включаючи заснування спеціалізованих палат у вже наявних судах або створення окремих спеціалізованих судів. Така тенденція в організації судоустрою поширилась не лише в Європі, але й інших країнах Світу. Уже стало звичним, що спеціалізованим є судді, які працюють з обмеженою сферою права (наприклад, кримінальне право, сімейне право, економічне та фінансове право, право інтелектуальної власності, конкурентне право) або розглядають справи, які стосуються окремих ситуацій, які виникають в особливих сферах (наприклад, пов'язані з соціальним, економічним, сімейним правом). При цьому вкрай важливо чітко встановити допустимі межі судової спеціалізації, які мають убезпечувати суспільство та державу від неправових судових утворень особливої спеціалізації.

Якщо звернутись з цього питання до позицій Консультативної ради європейських суддів (далі – КРЄС), то ця міжнародна інституція чітко розрізняє природну судову спеціалізацію від особливих (надзвичайних) судів. Такий підхід зумовлюється потенційною небезпекою, що останні не зможуть забезпечити дотримання усіх гарантій, закріплених ст. 6 ЄКПЛ. Також КРЄС неодноразово виражала свої заперечення проти створення таких судів і зауважувала, що в разі існування таких судів, вони мають повністю забезпечувати дотримання усіх гарантій, які покладені і на звичайні суди [9].

Досліджуючи проблематику захисту прав людини в контексті терористичних загроз, свого часу КРЄС вказала, що універсальною відповіддю європейських держав на вимогу встановлення балансу між антитерористичною безпекою та захистом прав людини була відмова від створення "*tribunaux d'exception*" (особливих судів) як реакції на поточну загрозу, яку несе тероризм. Держави повинні довіряти своїм чинним судовим інституціям, які мають знаходити зазначений баланс відповідно до норм права, які загально застосовуються в демократичних державах, зокрема й міжнародними конвенціями та ЄКПЛ. Роль судді у справах, які стосуються терористичних актів, не повинна відрізнятися від тієї ролі, яку суддя відіграє стосовно інших правопорушень, коли характер предмета розгляду не виправдовує відмову від звичайних правил, які регулюють компетенцію судів. Проте важливість проблеми тероризму передбачає, що злочини, які стосуються цієї категорії, повинні розглядатися судами, які мають юрисдикцію для слухання та вирішення справ про найтяжчі злочини, коли така компетенція розподіляється між національними судами. Утім, місцеві обставини або потреби, які мають стосунок до безпеки суддів, можуть іноді виправдовувати звернення до спеціалізованих судів, які матимуть компетенцію щодо справ про тероризм, але в будь-якому разі важливо, щоб ці спеціалізовані суди складалися з *незалежних суддів* та *застосовували звичайні процесуальні правила* з повним додержанням прав сторони на захист та публічності судового розгляду і щоб справедливість судового процесу була гарантована в усіх справах.

Таким чином, КРЄС рекомендує державам відмовитися від створення "*tribunaux d'exception*" або законодавства, несумісного із загальновизнаними правами, як у контексті адміністративних дій, спрямованих на попередження актів тероризму, так і в контексті кримінального судочинства [10].

Проведені дослідження та набутий КРЄС досвід у сфері судової спеціалізації дали можливість виробити певні стандарти в цій сфері. Зокрема, закони та правила, які регулюють процедуру призначення, перебування на посаді, підвищення, незмінність та дисципліну судді мають бути однаковими як для спеціалізованих, так і загальних суддів. *Принцип рівного статусу* для загальних та спеціалізованих суддів має також поширюватись і на суддівську винагороду. Спеціалізація як така не виправдовує визначення роботи спеціалізованого судді як більш вагомої. При цьому вбачається, що панівну роль у винесенні рішень мають відігравати *"загальні" судді. Спеціалізовані судді та суди мають існувати тільки за необхідності* через складність чи особливість закону чи фактів і задля належного адміністрування судочинства. *Спеціалізовані судді та суди завжди мають залишаться частиною єдиного судового органу*. Спеціалізовані судді, як і "загальні судді", мають відповідати вимогам незалежності та неупередженості відповідно до статті 6 ЄКПЛ, і в принципі, як загальні, так спеціалізовані судді повинні мати рівний статус [9].

Однією з особливостей сучасної судової спеціалізації, на наш погляд, є екстраординарна судова спеціалізація, запровадження якої обумовлюється передусім кризовими процесами, які переживає сама судова система. "Екстраординарність" полягає у тому, що окремій спеціалізації підлягають уже спеціалізовані суди, зокрема, у сфері кримінальної юстиції. Тенденція до запровадження таких судів для деяких держав передусім пов'язується із корумпованістю та неефективністю загальних судів. Фактично така спеціалізація виступає реанімаційним, антикризовим механізмом чинної судової системи.

Зневіра в спроможності традиційного механізму правосуддя належним чином долати корупцію спонукала багато країн створити спеціалізовані антикорупційні суди. Найбільш поширеним аргументом на користь

створення спеціалізованих антикорупційних судів є потреба в більшій ефективності розгляду справ про корупцію та пов'язана з нею потреба подати сигнал національній та міжнародній спільноті, що країна серйозно ставиться до боротьби з корупцією [11, с. 26].

Для прикладу, у Словаччині спеціалізований суд утворювався через побоювання, що злочинні організації зможуть шантажувати чи підкуповувати суддів загальних судів. Закон про створення такого суду був прийнятий у 2003 році, а в 2005 році цей суд розпочав свою роботу. Основною причиною створення антикорупційного суду було прагнення зруйнувати місцеві зв'язки, що існували між суддями, адвокатами, прокурорами та організованою злочинністю. Антикорупційний суд був сформований із нових суддів, яким запропонували високу суддівську винагороду, особисту охорону, забезпечення їх захисту. Протягом перших років існування антикорупційного суду було досягнуто певних результатів: акумульовано спеціальні знання, розірвано деякі локальні злочинні зв'язки, успішно завершено кілька справ.

Водночас діяльність антикорупційного суду викликала невдоволення деяких політиків і суддів звичайних судів, у зв'язку із чим у 2009 році внаслідок конституційного оскарження було скасовано закон про спеціалізований антикорупційний суд. Зокрема, основними підставами для конституційного подання були: безпекова перевірка для суддів, вимоги якої не відповідали принципу незалежності судової влади; зависока зарплата суддів спеціалізованого суду, що було дискримінацією стосовно інших суддів; персональна юрисдикція суду щодо високопосадовців.

Після усунення виявлених законодавчих суперечностей у 2009 році було ухвалено новий закон і створено новий спеціалізований суд. На сьогодні спеціалізований суд Словаччини складається з 14 суддів, а до складу спеціалізованої прокуратури входять 19 прокурорів. Цей суд розглядає кілька категорій справ: навмисні вбивства, економічні правопорушення, у яких фігурують суми понад 6,6 млн євро, тяжкі злочини, скоєні злочинною або терористичною групою, та злочини екстремістського характеру [12].

Проте така особлива антикорупційна спеціалізація не завжди стає панацеєю проти корупції. В Індонезії, де антикорупційні суди утворювались як противага корумпованим судам загальної юрисдикції, кілька суддів таких судів були звинувачені в корупції. У Філіппінах Верховний суд відсторонив від посади суддю спеціалізованого антикорупційного суду через звинувачення у причетності до корупційних дій [13].

На думку Метью К. Стівенсона та Софі А. Шютте, найбільш значуще питання щодо зв'язку між антикорупційними судами та звичайною судовою системою стосується місця спеціального суду в ієрархії судів. Зокрема, чи має бути антикорупційний суд окремим органом і чи мають такі судді спеціалізуватися лише на антикорупційних справах? Чи повинен спеціалізований антикорупційний суд мати первісну юрисдикцію (тобто бути судом першої інстанції), апеляційну юрисдикцію або поєднання і того, і другого? А також, який суд повинен мати апеляційну юрисдикцію над рішеннями антикорупційного суду? Країни, де було створено спеціалізовані антикорупційні трибунали, зробили різний вибір у цих питаннях.

По-перше, деякі країни не мають окремих антикорупційних судів або підрозділів, а лише призначають певних суддів для розгляду справ про корупцію (модель "одноосібного судді". За такої організації, що переважає в Бангладеш і Кенії, апеляційні скарги на рішення суддів антикорупційних судів першої інстанції проходять через один або більше звичайних проміжних кіл апеляційного розгляду перед розглядом у верховному суді країни.

По-друге, для тих країн, які запровадили самостійний спеціалізований антикорупційний суд, найбільш типовим підходом є те, щоб цей спеціальний орган функціонував як суд першої інстанції, а апеляційні скарги з антикорупційного суду надходять одразу до верховного суду. Суддям спеціального суду часто надають статус, що прирівнюється до статусу суддів проміжного апеляційного суду. Приклади цієї категорії включають Бурунді, Камерун, Хорватію, Непал, Пакистан, Сенегал і Словаччину.

По-третє, деякі країни запровадили змішану систему, де антикорупційний суд може функціонувати і як суд першої інстанції під час розгляду певних справ (зазвичай у більш значимих справах), і як апеляційний суд під час розгляду інших справ. Двома яскравими прикладами в цій категорії є Філіппіни та Уганда. На Філіппінах суд (*Sandiganbayan*) має виключну первісну юрисдикцію над правопорушеннями, пов'язаними з корупцією, скоєними високопосадовцями; коли такі правопорушення вчиняють чиновники нижчого рівня, регіональні місцеві суди мають первісну юрисдикцію, а суд *Sandiganbayan* має апеляційну юрисдикцію. Система Уганди подібна в тому, що антикорупційний підрозділ (АКП) вищого суду зазвичай виступає лише судом першої інстанції в гучних справах; в інших випадках АКП розглядає апеляційні скарги на рішення магістратів.

У Ботсвані всі справи про корупцію розглядаються звичайними судами магістратів, але апеляційні скарги розглядаються в Суді з розгляду справ про корупцію (підрозділі Вищого суду Ботсвани), а не в звичайних апеляційних судах. Рішення Суду з розгляду справ про корупцію можуть бути оскаржені таким самим чином, як і будь-які інші рішення Вищого суду в Ботсвані – в Апеляційному суді, найвищому суді в ієрархії судових органів Ботсвани. Оскільки Суд з розгляду справ про корупцію Ботсвани має лише функції розгляду апеляційних скарг і ніколи не функціонує як суд першої інстанції, то його також можна розглядати як окрему категорію: спеціальний апеляційний підрозділ.

Насамкінець, щонайменше чотири країни – Афганістан, Болгарія, Малайзія, Індонезія – створили системи спеціалізованих антикорупційних судів, які включають як суди першої інстанції, так і апеляційні суди. Тобто в цих повних паралельних системах є антикорупційні місцеві суди і антикорупційні апеляційні суди для розгляду апеляційних скарг на рішення антикорупційних місцевих судів [11, с. 18–19].

Міжнародний та зарубіжний досвід виокремлює допустимі межі судової спеціалізації з метою забезпечення рівного та справедливого судового захисту. Проте існують країни, судова влада яких не спромоглася здобути необхідного рівня незалежності, зокрема від корупційних впливів, підкупу, залякування, неправомірного політичного впливу. Для подолання такого кризового стану судової влади держави вимушені вдаватися до екстраординарної судової спеціалізації. Фактично наявність відокремлених антикорупційних судів (суддів) вказує на те, що інші судді є потенційно залежними, а тому довіряти розгляд певної категорії кримінальних проваджень не можна. Проте існування такої судової спеціалізації має бути тимчасовим заходом, оскільки всі судді мають бути рівними у своїй незалежності та відповідати належному рівню легітимності.

У 2018 році Україна також запровадила відокремлену антикорупційну судову спеціалізацію, обравши мо-

дель, яка передбачає утворення єдиного на всю державу Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) як суду першої та апеляційної інстанції з винятковою підсудністю. Мотиви вибору такої моделі значною мірою були зумовлені зовнішніми впливами. Федеральний суддя США Марк Вулф, будучи міжнародним експертом, який активно долучився до антикорупційних реформ в Україні, зазначає, що "ЄС та США заохотили Україну створювати нові установи, наймати нових прокурорів, суддів та інших службовців. І світ спостерігає, чи може це спрацювати, бо якщо це не вдасться в Україні, якщо проблему неможливо буде розв'язати в межах країни, то потрібен буде міжнародний механізм забезпечення виконання законів, і це створить ще потужніший аргумент створення Міжнародного антикорупційного суду…" І в цьому сенсі Україна розглядається як "лабораторія антикорупційних реформ" [14].

Також, як стверджують Іванна Яна Кузь та Метью К. Стівенсон, антикорупційні активісти проводили активну кампанію за створення сильного антикорупційного суду, заручившись підтримкою міжнародних гравців, як-от Міжнародного валютного фонду (МВФ), Європейського Союзу (ЄС), Світового банку та інших донорів. Ці суб'єкти, хоча спершу й неохоче долучались до створення ВАКС, згодом стали його незамінною рушійною силою. Принциповим було те, що місцеві активісти переконали МВФ зробити створення ВАКС умовою для надання Україні фінансування на суму $1,9 млрд. Окрім цього, ЄС у Меморандумі про взаєморозуміння з Україною від вересня 2018 року аналогічним чином обумовив надання фінансової допомоги [15, с. 2].

Після конституційної реформації 2016 р., у ст. 125 Основного Закону України з'явилося положення: "Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди". Розвиваючи це конституційне положення, у ст. 31 Закону "Про судоустрій і статус суддів" (2016 р.) було установлено, що в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. До цієї категорії судів було зараховано ВАКС та Вищий суд із питань інтелектуальної власності (або ІР-суд, який формально було утворено в 2017 році, але на цей момент він свою діяльність не розпочав). У 2018 р. законодавець ухвалив Закон "Про Вищий антикорупційний суд", а Законом "Про утворення Вищого антикорупційного суду" започаткував створення цього суду.

Проте в політичних колах розгорнулася дискусія щодо конституційності цього суду, і, відповідно, суб'єкт права на конституційне подання (49 народних депутатів) у конституційному поданні (№ 04-02/6-339 від 22 липня 2020 р.) [16] 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.

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 ВАКС.

З метою пошуку об'єктивної відповіді на цю колізію, необхідним є абстрактне виокремлення головних ознак "особливого" суду. І для розв'язання цієї прикладної проблеми, на нашу думку, доречно передусім звернутись до ідейних основ принципу "природного суду".

Після епохи тоталітарного терору, масових репресій і каральної юстиції радянської доби 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 в Законі України "Про судоустрій і статус суддів" не розкрито. Застосування ретроспективного інструментарію приводить до висновку про те, що й у законодавстві, і в науці *під особливими судами розуміють відокремлені судові установи зі своєю системою інстанцій для розгляду виділених із загального масиву певних категорій справ (зазвичай тільки кримінальних)*. Надзвичайними судами вважають суди, які утворюються одноразово, для розгляду конкретної (зазвичай 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 їх утворення не позбавляє їх статусу особливих чи надзвичайних, оскільки вони за своєю природою суперечать закладеним у Конституції вимогам" [17, с. 873].

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 в 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 звичайних умов як інструмент соціально-політичного терору (наприклад, у 30-х років 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. Потрібно чітко відрізняти "надзвичайні" чи "особливі" суди від "спеціалізованих" судів. Водночас за наявності окремої спеціалізації у сфері адміністративних, господарських та кримінальних правовідносин законодавчою новелою стало запровадження "особливої" спеціалізації щодо питань інтелектуальної власності й 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 існує 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 [18, с. 21–22].

Водночас постає питання, чи існує якась особлива специфіка судового провадження до категорії справ, що належать до підсудності ВАКС, 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 тощо. Як нам відомо, не існує. Усе це – провадження судів загальної юрисдикції у сфері кримінально-правових відносин.

Убачається, що, на противагу системі загальної юрисдикції, було утворено "екстраординарну" – виняткову юрисдикцію, що містить ознаки суперечності конституційному концепту "природного суду".

Принцип спеціалізації в організації та діяльності судових органів передусім спрямовано на оптимізацію роботи загальної судової системи, покращення її ефективності. Як відомо, згідно з 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 в частині 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 ВАКС, природно має належати до юрисдикції загального кримінального судочинства. Проте, згідно зі ст. 33-1 КПК України, запроваджено **виняткову підсудність** ВАКС, до якої зараховано 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 разі їх 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 ВАКС здійснюють судовий контроль дотримання прав, свобод та інтересів осіб у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, що належать до підсудності ВАКС.

Інші суди, визначені КПК, не можуть розглядати кримінальні провадження щодо кримінальних правопорушень, які належать до підсудності ВАКС (крім випадку, передбаченого абз. 7 ч. 1 ст. 34 КПК). Тобто в разі, якщо обвинувачений чи потерпілий є або був суддею чи працівником апарату ВАКС 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.

Убачається, що, наділивши ВАКС винятковою підсудністю щодо системи загальних судів, законодавець істотно відступив від допустимих меж конституційної законності.

Згідно з Конституцією України на судову владу та безпосередньо на суди покладається одне із ключових конституційних завдань – судовий захист прав та свобод особи [18, с. 18]. Зокрема, це випливає із: ст. 8 "звернення до *суду для захисту конституційних прав і свобод* людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується"; ст. 55 "*права і свободи людини і громадянина захищаються судом*"; ст. 32 "кожному *гарантується судовий захист* права спростовувати недостовірну інформацію..."; ст. 125 "з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди.."; ст. 145 "права місцевого самоврядування *захищаються в судовому порядку*".

Водночас завданням усіх судів, згідно зі ст. 2 Закону "*Про судоустрій і статус суддів*" (2016 р.), є *забезпечення кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України"*.

Проте, згідно зі ст. 3 Закону "Про Вищий антикорупційний суд", на ВАКС покладено окремі, особливі завдання, які суттєво відрізняються від завдань загальних судів. Зокрема, у Законі стверджується: "Завданням Вищого антикорупційного суду є здійснення правосуддя відповідно до визначених законом засад та процедур судочинства з метою захисту особи, суспільства та держави від корупційних і пов'язаних із ними кримінальних правопорушень та судового контролю за досудовим розслідуванням цих кримінальних правопорушень, дотри-

манням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, а також вирішення питання про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави у випадках, передбачених законом, у порядку цивільного судочинства". Убачається, що на ВАКС покладаються завдання боротьби з корупційною злочинністю, що несе в собі обвинувальний ухил. Викликає занепокоєння і "новітнє" завдання з *вирішення питань* про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави у випадках, передбачених законом, у порядку цивільного судочинства, що фактично є "цивільною" конфіскацією. Убачається, що на ВАКС покладено особливі, "екстраординарні" завдання, що на цей момент суперечить і букві, і духу Основного Закону України.

Висновки. Судова влада в державі має бути єдиною й цілісною. Така єдність і цілісність, зокрема, забезпечується єдиною спільною метою і завданнями, які покладаються на суди, незалежно від місця в системі судоустрою та юрисдикційної спеціалізації. Тому суди, які наділяються особливими, відмінними від загальних судів, метою і завданнями є особливими судами.

Міжнародний та зарубіжний досвід вказує на допустимі межі судової спеціалізації з метою забезпечення рівного та справедливого судового захисту. Проте існують країни, судова влада яких не спромоглася здобути необхідного рівня незалежності. Для подолання такого кризового стану судової влади держави вимушені вдаватися до екстраординарної судової спеціалізації. Фактично наявність відокремлених антикорупційних судів (суддів) вказує на те, що інші судді є потенційно залежними, а тому довіряти розгляд певної категорії кримінальних проваджень їм неможна. Проте існування такої судової спеціалізації має бути тимчасовим заходом, оскільки всі судді мають бути рівними у своїй незалежності та відповідати належному рівню легітимності.

За наявних умов, у яких опинилася Україна, вкрай важливо досягнути розумного балансу в дотриманні національного суверенітету та конституційної законності, з одного боку, та зовнішніми впливами міжнародних та зарубіжних суб'єктів, які намагаються адмініструвати правову систему нашої держави, з іншого.

Проведений аналіз також дає підстави виокремити ознаки "особливого суду" в контексті ст.125 Конституції України, зокрема:

1) Відокремлена судова установа з окремою системою інстанцій для розгляду виокремлених 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, у 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 утвердження *принципу природного суду* є фундаментальним конституційно-правовим надбанням цивілізованого людства, який покликаний захистити людину, її права та свободи від свавілля та використання судів як інструменту терору й неправомірного переслідування особи [19].

Список використаних джерел

1. Судебные системы Европы. Эффективность и качество системы правосудия : Исследование Европейской комиссии по эффективности правосудия. 2016. № 23. 54 с. URL: https://rm.coe.int/-23/168078f85d

2. *Шевченко О.* Історія держави і права зарубіжних країн : хрестоматія. К. : Вентурі, 1995. 176 с.

3. Конституція Франції 1791 р. // Документы истории Великой французской революции / Отв. ред. А. В. Адо. М., 1990. Т. 1. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1791.htm (дата звернення: 19.09.2022).

4. За демократію через право : Доповідь Європейської комісії (Венеціанська комісія) щодо незалежності судової системи. Венеція, 2010, 12–13 березня. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/EU_Standarts_book_web-1.pdf

5. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. К., 2015. 708 с. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/EU_Standarts_book_web-1.pdf

6. Основні принципи незалежності судових органів (1985 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text

7. Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров : Практическое руководство №1 // Международная комиссия юристов. Женева, 2013. 239 с.

8. *МакБрайд Джеремі*. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. 2-ге вид. К. : "К.І.С.", 2019. 554 с.

9. Opinion № 15 of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the specialisation of judges // The 13th plenary meeting of the CCJE. Paris, 13 November 2012. URL: https://rm.coe.int/ccje-opinion-2012-no-15-on-the-specialisation-of-judges/16809f0078

10. Opinion № 8 (2006) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on "the role of judges in the protection of the rule of law and human rights in the context of terrorism" // Consultative council of European judges (CCJE). Strasbourg, 17 July 2006. URL: https://rm.coe.int/1680747d3e

11. *Стівенсон Метью К., Шютте Софі А.* Спеціалізовані антикорупційні суди // Порівняльна картографія. Випуск U4. Лютий 2017. № 5. 32 с.

12. Відбулося експертне обговорення найкращих міжнародних практик створення спеціалізованих антикорупційних судів // Судова влада України. 06 березня м2017. URL: https://pl.court.gov.ua/sud1608/pres-centr/news/333554/

13. *Слюсар Андрій*. Антикорупційний суд в Україні: передумови утворення та гарантії ефективності // Transparency International. Лютий 13, 2017. URL: https://ti-ukraine.org/news/2175/

14. *Єгошина В.* Міжнародний антикорупційний суд: утопічна концепція чи реальна перспектива? // Радіо свобода. 2017. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/28583748.html

15. *Кузь Іванна Яна, Стівенсон Метью К.* Вищий антикорупційний суд України. Інновації для безстороннього правосуддя // U4 BRIEF. 2020. № 5. 14 с.

16. 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: 16.06.2022).

17. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. 2-ге вид., переробл. і допов. Х. : Право, 2011. 1128 с.

18. Закон України "Про судоустрій і статус суддів". Науково-практичний коментар / за заг. ред. М. А. Погорецького, О. З. Хотинської-Нор, О. Г. Яновської. Київ : *Алерта*, 2019. 668 с.

19. *Prylutskyi S., Strieltsova O., Nurullaiev I.* Judicial Specialisation Through the Prism of the Principle of a "Natural Court": A Comparative Analysis // Access to Justice in Eastern Europe. 2022. № 1(13). P. 100–115. URL: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1643449042.pdf.

References

1. Sudebnye sistemy Evropy. Effektivnost i kachestvo sistemy pravosudiya. (2016) [Judicial systems of Europe. Efficiency and quality of the justice system] Issledovaniye Evropeyskoy komissii po effektivnosti pravosudiya (№23) https://rm.coe.int/-23/168078f85d (in Russian).

2. Shevchenko, O. (1995). Istoriia derzhavy i prava zarubizhnykh krain [History of the state and the laws of foreign countries]. Kyiv: Venturi (in Ukrainian).

3. Konstytutsiia Frantsii (1791) [Constitution of France] http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1791.htm (in Ukrainian).

4. Dopovid Yevropeiskoi komisii Za demokratiiu cherez pravo (Venetsianska komisiia) (2010) shchodo nezalezhnosti sudovoi systemy [Report on the independence of the judicial system part i: the independence of judges Adopted by the Venice Commission]. https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/EU_Standarts_book_web-1.pdf (in Ukrainian).

5. Yevropeiski ta mizhnarodni stndarty u sferi sudochynstva (2015) [European and international standards in the field of justice] Kyiv https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/EU_Standarts_book_web-1.pdf (in Ukrainian).

6.Osnovni pryntsypy nezalezhnosti sudovykh orhaniv (1985) [Basic Principles on the Independence of the Judiciary] https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text (in Ukrainian).

7. Mezhdunarodnaya komissiya yuristov (2007) Mezhdunarodnye printsipy kasayushchiyesya nezavisimosti i podotchetnosti sudey, advokatov i prokurorov. Prakticheskoe rukovodstvo [International principles concerning the independence and accountability of judges, lawyers and prosecutors] (in Russian).

8. MakBraid, Dzheremi. (2019) Yevropeiska konventsiia z prav liudyny ta kryminalnyi protses [Human Rights and Criminal Procedure] Kyiv: "K.I.S." (in Ukrainian).

9. Opinion No. 15 (2012) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the specialisation of judges

10. Opinion No. 8 (2006) of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on "the role of judges in the protection of the rule of law and human rights in the context of terrorism".

11. Stivenson, Metiu K., Shiutte, Sofi A. (2017). Spetsializovani antykoruptsiini sudy Porivnialna kartohrafiia [Specialized anti-corruption courts Comparative cartography] (5), U4 (in Ukrainian).

12. Vidbulosia ekspertne obhovorennia naikrashchykh mizhnarodnykh praktyk stvorennia spetsializovanykh antykoruptsiinykh sudiv [An expert discussion of the best international practices of creating specialized anti-corruption courts took place] http://www.vru.gov.ua/news/2067 (in Ukrainian).

13. Sliusar, A. Antykoruptsiinyi sud v Ukraini: peredumovy utvorennia ta harantii efektyvnosti [Anti-corruption court in Ukraine: prerequisites for its formation and guarantees of effectiveness] https://ti-ukraine.org/news/2175/ (in Ukrainian).

14. Mizhnarodnyi antykoruptsiinyi sud: utopichna kontseptsiia chy realna perspektyva? [The International Anti-Corruption Court: Utopian Concept or Real Prospect?] https://www.radiosvoboda.org/a/28583748.html (in Ukrainian).

15. Kuz, Ivanna Yana, Stivenson, Metiu K. (2020). Vyshchyi antykoruptsiinyi sud Ukrainy. Innovatsii dlia bezstoronnoho pravosuddia [The Supreme Anti-Corruption Court of Ukraine. Innovation for impartial justice] U4 BRIEF, (5) (in Ukrainian).

16. Konstytutsiine podannia shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) Zakonu Ukrainy "Pro Vyshchyi antykoruptsiinyi sud" (2020) [Constitutional submission (No. 04-02/6-339 dated July 22, 2020) regarding the conformity of the Law of Ukraine "On the High Anti-Corruption Court" with the Constitution of Ukraine (constitutionality)] https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_349_2020.pdf (in Ukrainian).

17. Konstytutsiia Ukrainy. (2011) [Constitution of Ukraine] Naukovo-praktychnyi komentar [Scientific and practical commentary] Kharkiv: Pravo (in Ukrainian).

18. Pro sudoustrii i status suddiv Zakon Ukrainy (2019) [The Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges"] Naukovo-praktychnyi komentar [Scientific and practical commentary] Kyiv: Alerta (in Ukrainian).

19. S Prylutskyi, O Strieltsova, I Nurullaiev 'Judicial Specialisation Through the Prism of the Principle of a "Natural Court": A Comparative Analysis' 2022 1(13) Access to Justice in Eastern Europe 100–115. DOI: https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.1-n000103.

Received: 16.06.22
Revised: 01.09.22
Accepted: 16.09.22

S. Prylutskyi, Dr of Law, Associate Prof.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

PRINCIPLE OF JUDICIAL SPECIALIZATION THROUGH THE PRISM OF THE CONCEPT OF THE NATURAL COURT

In the current conditions of intensive development of public relations and the complication of their legal regulation more and more states are turning to the institute of specialization of the judiciary organization and judiciary exercise. Thus, in Ukraine, it is established at the constitutional level that the judicial system of Ukraine is built on the principles of territoriality and specialization, additionally, higher specialized courts may operate in accordance with the law. Moreover, the Constitution of Ukraine states that the establishment of extraordinary and special courts is not allowed. In Art. 31 of the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" (2016) it is stated that in the judicial system the higher specialized courts function as first instance courts for certain categories of cases. This category of courts currently includes the High Court of Intellectual Property and the High Anti-Corruption Court.

However, a fierce debate evolved in Ukrainian political circles concerning the constitutionality of the anti-corruption court, and, accordingly, the subject of the constitutional petition questioned the number of provisions of the Law on the High Anti-Corruption Court and referred to the Constitutional Court to declare the law unconstitutional. The Constitutional Court of Ukraine has initiated the constitutional proceedings on this issue. The 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 High Anti-Corruption Court.

In order to find an objective answer to the existing conflict, there appeared a necessity to clarify the legal nature of judicial specialization and to identify key features of the "special court". To solve such an applied issue, the author turned to the theoretical and applied provisions of the principle of natural court, that provided the grounds for the subject of this work.

Keywords: judicial specialization, specialized natural court, the right to a fair trial, Supreme Anti-Corruption Court, special court, extraordinary court.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 73-79
УДК: 343.4
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-12

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

Д. Птащенко, канд. юрид. наук, асист.
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ПРОЄКТУВАННЯ ЧИ БУДІВНИЦТВА ПРАВИЛ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ БЕЗПЕЧНОЇ ЕКСПЛУАТАЦІЇ БУДІВЕЛЬ І СПОРУД: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА З УРАХУВАННЯМ ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ

Досліджено конкретний кримінально-правовий зміст юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, у частині порушення під час проєктування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, з урахуванням положень регуляторного законодавства та практики його застосування, а також дії воєнного стану. Основою дослідження були такі методи: логіко-нормативний – для аналізу регуляторного та кримінального законодавства з питань безпечної експлуатації будівель і споруд; системного аналізу – для розгляду нормативних складів кримінальних правопорушень, пов'язаних із порушенням під час проєктування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд. За результатами дослідження було висвітлено проблематику наповнення конкретним кримінально-правовим змістом об'єктивних характеристик юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України. Сформульовано висновок, що наповнення конкретним кримінально-правовим змістом об'єктивних характеристик юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, здійснюється за допомогою положень регуляторного законодавства України, будівельних норм, державних стандартів та правил, інших актів застосування як загальної, так і індивідуальної дії. Було зроблено висновок, що формулювання "під час проєктування чи будівництва" необхідно розуміти як позначення процесу, який включає не лише власне проєктування та виконання будівельних (підготовчих) робіт, а й ті стадії проєктування та будівництва, які є послідовними етапами проєктування та будівництва, що визначені регуляторним законодавством. Також було досліджено, що в період дії воєнного стану в кримінальне законодавство України не вносились зміни стосовно кримінально-правової охорони безпечної експлуатації будівель і споруд, однак були зроблені зміни в регуляторне законодавство, які безпосередньо впливають на формування конкретного кримінально-правового змісту кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: порушення правил експлуатації будівель і споруд, законодавство України в сфері містобудівної діяльності, проєктування та будівництво, воєнний стан.

Вступ. *Актуальність проблематики.* Безпека експлуатації будівель і споруд має стати одним із ключових напрямів формування правової політики України загалом та політики містобудування зокрема. Однією з фундаментальних складових правової охорони безпеки експлуатації будівель і споруд є її кримінально-правова охорона. Основним (загальним) нормативним складом кримінального правопорушення, що стосується безпечної експлуатації будівель і споруд, є нормативний склад кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України. Незважаючи на те, що відповідні склади кримінальних правопорушень було сформовано законодавцем первинно під час прийняття Кримінального кодексу України (05.04.2001), практика застосування відповідних нормативних положень є неоднозначною та малодослідженою. Зазначені проблеми правозастосування пов'язані, зокрема, з: а) розгалуженістю й значним обсягом регуляторного законодавства (законодавства України у сфері містобудівної діяльності), який формує конкретний кримінально-правовий зміст відповідних юридичних складів кримінальних правопорушень; б) динамікою змін у законодавстві України у сфері містобудівної діяльності. Також необхідно зазначити, що більшість наявних положень науково-практичних коментарів до статті 275 Кримінального кодексу України присвячена з'ясуванню конкретизованого змісту діянь лише з урахуванням загального нормативного тлумачення (без визначення відповідних особливостей регуляторного законодавства).

Ураховуючи зазначене, розкриття та формування конкретного кримінально-правового змісту діянь об'єктивного боку юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, як з урахуванням регуляторного законодавства, так і доктрини права є однією з базисних передумов формування єдиної, уніфікованої правозастосовної практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Безпосередньо чи опосередковано питання правової охорони безпечної експлуатації будівель і споруд досліджували Л. П. Брич, Я. В. Войтович, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, Т. А. Сокур; при цьому необхідно зазначити, що в доктрині кримінального права відсутні цілеспрямовані дослідження кримінально-правової охорони безпечної експлуатації будівель і споруд, які враховували б як положення регуляторного законодавства, так і практики його застосування.

Метою статті є розкриття конкретного кримінально-правового змісту юридичних складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, в частині порушення під час проєктування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, з урахуванням положень регуляторного законодавства та практики його застосування; а також дії воєнного стану.

Об'єктом дослідження є кримінально-правова охорона безпечної експлуатації будівель і споруд та вплив на неї дії воєнного стану; предметом дослідження – законодавчі положення щодо регулювання та охорони безпечної експлуатації будівель і споруд, а також дії воєнного стану.

© Птащенко Д., 2022

Для досягнення поставленої мети та визначених завдань основу дослідження становили такі методи: логіко-нормативний – для аналізу регуляторного та кримінального законодавства з питань безпечної експлуатації будівель і споруд; системного аналізу – для розгляду нормативних складів кримінальних правопорушень, пов'язаних із порушенням під час проєктування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд.

Виклад основного матеріалу. Перед викладенням основного матеріалу необхідно зробити кілька уточнень:

- у межах цієї наукової статті досліджуються лише об'єктивні характеристики юридичного складу кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України;
- досліджується лише окремий різновид юридичного складу кримінального правопорушення: порушення під час проєктування чи будівництва правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд.

Окремі особливості об'єкта кримінального правопорушення, передбаченого статтею 275 Кримінального кодексу України. Одним із основних безпосередніх об'єктів кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, є безпека експлуатації будівель і споруд. Додатковим безпосереднім об'єктом є життя та здоров'я особи.

При цьому необхідно зазначити, що в юридичних складах кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, взаємозв'язок між основним та додатковим безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення "формує" характер суспільної небезпеки, а, відповідно: а) є "криміналізуючим" фактором, який відповідні прояви діянь визначає кримінальними правопорушеннями; б) "встановлює" ступінь суспільної небезпеки відповідного кримінального правопорушення і зараховує до конкретного виду кримінальних правопорушень (кримінальних проступків (частина 1 статті 275 Кримінального кодексу України), нетяжких злочинів (частина 2 статті 275 Кримінального кодексу України)).

На рівні юридичних складів досліджуваних кримінальних правопорушень передбачено предмет кримінального правопорушення як обов'язковий елемент, сформульований у вигляді двох альтернативних елементів: 1) будівлі; 2) споруди.

Відповідно до пункту 3.1 Державних будівельних норм А.2.2–3:2014 "Склад та зміст проєктної документації на будівництво" будівля – різновид споруди, що складається з несучих та огороджувальних або сполучених (несучо-огороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для життєдіяльності людей та виробництва продукції [1].

Згідно з пунктом 3.22 Державних будівельних норм А.2.2-3:2014 "Склад та зміст проєктної документації на будівництво", споруда – штучно створений об'ємний, площинний або лінійний об'єкт, що має природні або штучні просторові межі, встановлений стаціонарно (нерухомо) відносно землі та призначений для досягнення певних цілей [1].

Якщо зробити системний аналіз інших державних і галузевих будівельних норм та положення окремих законодавчих актів (наприклад, Закону України "Про енергетичну ефективність будівель"), то саме критерії, зазначені вище, покладені в основу розуміння понять як "будівлі", так і "споруди", а в окремих будівельних нормах є пряме посилання на положення Державних будівельних норм А.2.2-3:2014 "Склад та зміст проєктної документації на будівництво" у тлумаченні цих термінів (приміром, у Державних будівельних нормах В.2.2-15:2019 "Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення").

У пункті 18 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 року № 7 "Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва" зазначено: "Ураховуючи те, що статтею 275 КК встановлено відповідальність за шкоду, заподіяну в ході експлуатації вже готових, завершених будівництвом об'єктів, порушення правил безпеки в ході будівельних робіт слід кваліфікувати (з урахуванням конкретних обставин справи) за статтями 271, 272 чи іншими статтями Особливої частини КК" [2].

Отже, Пленумом Верховного Суду України, окрім тих критеріїв, які були зазначені в Державних будівельних нормах А.2.2-3:2014 "Склад та зміст проєктної документації на будівництво", було сформульовано ще один додатковий критерій: будівля або споруда має бути завершеною. Необхідно зазначити, що факт визнання закінчених (завершених) будівництвом об'єктів (будівель і споруд), пов'язаний із вчиненням нормативно встановлених адміністративних процедур – прийняттям в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів у порядку, регламентованому законодавством України.

Відповідно до частини 1 статті 39 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з незначними наслідками (СС1), та об'єктів, будівництво яких здійснювалося на підставі будівельного паспорта, здійснюється шляхом реєстрації відповідним органом державного архітектурно-будівельного контролю на безоплатній основі поданої замовником декларації про готовність об'єкта до експлуатації протягом десяти робочих днів з дня реєстрації заяви [3].

Згідно з частиною 2 статті 39 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів із середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками, здійснюється на підставі акта готовності об'єкта до експлуатації шляхом видачі органами державного архітектурно-будівельного контролю сертифіката в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Регуляторне законодавство України (передусім законодавство України у сфері містобудівної діяльності) пов'язує факт визнання (надання правового статусу) об'єкту будівництва закінченим (завершеним) зі здійсненням конкретно визначених реєстраційно-дозвільних процедур.

Ураховуючи зазначене, необхідно зауважити:

1) у статті 275 Кримінального кодексу України вживаються терміни "будівля" або "споруда" і немає жодних прямих, бланкетних, або відсильних, "вказівок" про те, що будівля або споруда повинні бути прийняті в експлуатацію як закінчені будівництвом об'єкти;

2) регуляторне (наприклад, частина 8 статті 39 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності") та адміністративне охоронне законодавство України (наприклад, пункт 4 частини 4 статті 2 Закону України "Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності") не виключає випадки фактичної експлуатації або використання об'єктів будівництва (як будівель, так і споруд), які не прийняті в експлуатацію;

3) незважаючи на те, що в статті 275 Кримінального кодексу України вживається термін "експлуатація", – це не є навіть опосередкованим показником, що будівля або споруда повинні бути "легалізовані" в установленому законодавством України порядку. Державою визнається та усвідомлюється можливість існування фактів експлуатації будівель та споруд (об'єктів будівництва), які не лише прийняті в експлуатацію, а й тих, які в експлуатацію не були прийняті. Зокрема, про це свідчить існування двох різних нормативних процедур встановлення відповідності основним вимогам до будівель і споруд, визначених Законом України "Про будівельні норми", та вжиття обґрунтованих заходів до забезпечення надійності та безпеки під час експлуатації цих об'єктів: у межах державного архітектурно-будівельного контролю (Порядок здійснення державного архітектурно-будівельного контролю, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2011 р. № 553) та проведення обстеження прийнятих в експлуатацію об'єктів будівництва (Порядок проведення обстеження прийнятих в експлуатацію об'єктів будівництва, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2017 р. № 257).

Отже, позиція, яка зазначена в постанові Пленуму Верховного Суду України, стосовно критеріїв предмета об'єктивного боку кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, не відповідає: 1) положенням і практиці застосування як регуляторного, так і охоронного адміністративного законодавства України; 2) змісту положень статті 275 Кримінального кодексу України.

Необхідно також звернути увагу, що в разі наповнення конкретним кримінально-правовим змістом терміни "споруда" або "будівля" залежно від конкретної фактичної ситуації можуть мати свій власний "конкретизований" зміст відповідно до виду (різновиду) цієї будівлі або споруди.

Наприклад, відповідно до пункту 3.8 ДБН В.2.2-43:2021 "Складські будівлі. Основні положення" складська будівля – будівля, призначена для приймання, сортування, зберігання, перекомплектування та відправлення вантажів, та може включати в себе адміністративні та побутові приміщення [4].

Відповідно до пункту 3.1 ДБН А.3.1-9:2015 "Захисні споруди цивільного захисту. Експлуатаційна придатність закінчених будівництвом об'єктів" захисна споруда цивільного захисту – інженерна споруда, призначена для захисту населення від впливу небезпечних факторів, що виникають унаслідок надзвичайних ситуацій, воєнних дій або терористичних актів [5].

Можна зробити окремі узагальнені висновки стосовно особливостей об'єкта кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України:

1) одним із основних безпосередніх об'єктів кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, є безпека експлуатації будівель і споруд, який перебуває у тісному взаємозв'язку з додатковим безпосереднім об'єктом – життям та здоров'ям особи;

2) предметом досліджуваного кримінального правопорушення є будівлі та споруди; при цьому наповнення конкретним кримінально-правовим змістом цих понять здійснюється положеннями регуляторного законодавства України, будівельними нормами, державними стандартами і правилами;

3) предметом досліджуваного кримінального правопорушення є будівлі та споруди незалежно від того, чи були вони прийняті в експлуатацію чи ні в порядку, регламентованому регуляторним законодавством України.

Окремі особливості об'єктивного боку кримінального правопорушення, регламентованого статтею 275 Кримінального кодексу України. Об'єктивний бік кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, включає системне поєднання таких ознак (елементів): 1) порушення правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд; 2) наслідок: загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків; заподіяна шкода здоров'ю потерпілого (частина 1 статті 275 Кримінального кодексу України), загибель людей або інші тяжкі наслідки (частина 2 статті 275 Кримінального кодексу України); 3) причинний зв'язок між порушенням зазначених правил і наслідками; 4) час вчинення – під час проєктування чи будівництва.

Порушенням правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, визнається недотримання вимог:

1) законодавства у сфері містобудівної діяльності;
2) проєктної документації;
3) будівельних норм, стандартів і правил;
4) положень містобудівної документації всіх рівнів;
5) вихідних даних для проєктування об'єктів містобудування, технічних умов;
6) нормативних документів під час виконання підготовчих і будівельних робіт, архітектурних, інженерно-технічних і конструктивних рішень, застосування будівельної продукції;
7) порядку здійснення авторського і технічного нагляду;
8) будь-яких інших вимог, установлених законодавством, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд.

Ураховуючи зазначене, можна констатувати: правилами, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, є як положення законодавства України, так і інші нормативні приписи, а також акти загальної та індивідуальної дії.

Часом вчинення досліджуваного кримінального правопорушення є "час проєктування чи будівництва". У науково-практичній літературі з кримінального права ці терміни переважно сприймаються буквально та їхній конкретний кримінально-правовий зміст формується без урахування положень регуляторного законодавства. Такий підхід вбачається занадто вузьким і не враховує: положення регуляторного законодавства, практику його застосування та можливі реальні фактичні ситуації, які можуть бути пов'язані з порушенням правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд під час їх "розміщення".

Відповідно до частини 5 статті 26 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" проєктування та будівництво об'єктів здійснюється власниками або користувачами земельних ділянок у такому порядку:

1) отримання замовником або проєктувальником вихідних даних;

2) розроблення проєктної документації та проведення у випадках, передбачених статтею 31 цього Закону, її експертизи;

3) затвердження проєктної документації;

4) виконання підготовчих та будівельних робіт;

4-1) проведення контрольного геодезичного знімання закінчених будівництвом об'єктів (крім об'єктів, що за

класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з незначними наслідками (СС1)) та здійснення їх технічної інвентаризації (крім об'єктів, перелік яких визначається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері будівництва, архітектури, містобудування);

5) прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів;

6) реєстрація права власності на об'єкт містобудування [3].

Відповідно, крім власне розроблення проєктної документації та виконання будівельних робіт, проєктування та будівництво включає й ще цілу низку послідовних стадій, які передбачають "свої" власні вимоги (правила), що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд.

Розглянемо (фрагментарно) кожну з цих стадій та відобразимо, яким чином ця стадія пов'язана з вимогами щодо безпечної експлуатації будівель і споруд.

Згідно з частиною 1 статті 29 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" основними складовими вихідних даних є:

1) містобудівні умови та обмеження;

2) технічні умови;

3) завдання на проєктування.

Відповідно до частини 5 статті 29 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" містобудівні умови та обмеження, зокрема, містять:

- гранично допустиму висотність будинків, будівель та споруд у метрах (з урахуванням обмежень використання приаеродромних територій, встановлених відповідно до Повітряного кодексу України);
- максимально допустимий відсоток забудови земельної ділянки;
- максимально допустиму щільність населення в межах житлової забудови відповідної житлової одиниці (кварталу, мікрорайону);
- мінімально допустимі відстані від об'єкта, що проєктується, до червоних ліній, ліній регулювання забудови, наявних будинків та споруд;
- планувальні обмеження (охоронні зони пам'яток культурної спадщини, межі історичних ареалів, зони регулювання забудови, зони охоронюваного ландшафту, зони охорони археологічного культурного шару, у межах яких діє спеціальний режим їх використання, охоронні зони об'єктів природно-заповідного фонду, прибережні захисні смуги, зони санітарної охорони, планувальні обмеження використання приаеродромних територій, встановлені відповідно до Повітряного кодексу України, зони, встановлені відповідно до законодавства за результатами визначення рівнів ризиків виникнення надзвичайних ситуацій, відображені в містобудівній документації);
- охоронні зони об'єктів транспорту, зв'язку, інженерних комунікацій, відстані від об'єкта, що проєктується, до наявних інженерних мереж [3].

Усі ці перелічені положення безпосередньо чи опосередковано пов'язані з безпекою експлуатації будівель і споруд. Наприклад, уповноваженим органом містобудування та архітектури були надані містобудівні умови та обмеження із суттєвим перевищенням гранично допустимої висотності будинків і без урахуванням обмежень використання приаеродромних територій, встановлених відповідно до Повітряного кодексу України, – щодо об'єкта будівництва, розташованого в безпосередній близькості від аеропорту. Такі діяння безпосередньо створюють загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків.

Технічні умови – це комплекс умов та вимог до інженерного забезпечення об'єкта будівництва, які повинні відповідати його розрахунковим параметрам щодо водопостачання (з урахуванням потреб забезпечення пожежогасіння), тепло-, електро- і газопостачання, водовідведення, зовнішнього освітлення, відведення зливових вод та телекомунікації (частина 1 статті 30 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності") [3].

Відповідно до пункту 9 Порядку розроблення проєктної документації на будівництво об'єктів, затвердженого наказом Міністерства регіонального розвитку, Будівництва та житлово-комунального господарства України 16.05.2011 № 45 (у редакції наказу Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 23 березня 2012 року № 122) проєктна документація на будівництво об'єктів розробляється з урахуванням вимог містобудівної документації, вихідних даних на проєктування та дотриманням вимог законодавства, будівельних норм, нормативно-правових актів з охорони праці, зокрема Мінімальних вимог з охорони праці на тимчасових або мобільних будівельних майданчиках, затверджених наказом Міністерства соціальної політики України від 23 червня 2017 року № 1050, зареєстрованих в Міністерстві юстиції України 08 вересня 2017 року за № 1111/30979, державних стандартів і правил, зокрема й вимог нормативів із питань створення умов для безперешкодного доступу для осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення (вимоги щодо створення умов для безперешкодного доступу для осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення зазначаються в проєктній документації окремим розділом) [6].

Згідно з пунктом 6 Порядку затвердження проєктів будівництва і проведення їх експертизи, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 травня 2011 року № 560, метою проведення експертизи проєктів будівництва є визначення та перевірка якості проєктних рішень шляхом виявлення відхилень від вимог до міцності, надійності та довговічності будинків і споруд, їх експлуатаційної безпеки та інженерного забезпечення, зокрема щодо додержання нормативів з питань створення умов для безперешкодного доступу осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення, допустимого відсотка забудови земельної ділянки, гранично допустимої висоти будівництва та щільності населення, санітарного і епідеміологічного благополуччя населення, охорони праці, екології, пожежної, техногенної, ядерної та радіаційної безпеки, енергозбереження, кошторисної частини проєкту будівництва. Експертиза є завершальним етапом розроблення проєктів будівництва [7].

Будівельні роботи – роботи з нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту.

Підготовчі роботи – роботи з підготування земельної ділянки, влаштування огородження будівельного майданчика та знесення будівель і споруд, порушення елементів благоустрою в межах відведеної земельної ділянки, вишукувальні роботи, роботи зі спорудження тимчасових виробничих та побутових споруд, необхідних для організації і обслуговування будівництва, улаштування під'їзних шляхів, складування будівельних матеріалів, підведення тимчасових інженерних мереж, а також і винесення інженерних мереж та видалення зелених насаджень (пункт 2 Порядку виконання підготовчих та будівельних робіт, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 466) [8].

Відповідно до частини 2 статті 39 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів із середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками, здійснюється на підставі акта готовності об'єкта до експлуатації шляхом видачі органами державного архітектурно-будівельного контролю сертифіката в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

При цьому, згідно з пунктом 27 Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 461, однією із підстав для відмови у видачі сертифіката є невідповідність об'єкта проєктній документації на будівництво такого об'єкта та/або вимогам будівельних норм, стандартів і правил, зокрема й щодо доступності об'єкта для осіб з інвалідністю та інших маломобільних груп населення [9].

Отже, кожний із досліджуваних етапів проєктування та будівництва спрямований, зокрема, на забезпечення дотримання правил (вимог), що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, і недотримання таких правил може створювати загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків.

У пункті 21 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 року "Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва" сформульовано певні правозастосовні орієнтири стосовно наслідків складів кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України.

Поняття "шкода здоров'ю потерпілому" охоплює випадки, пов'язані із заподіянням особі середньої тяжкості чи легких тілесних ушкоджень, що спричинили короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності.

Як поняття "загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків" необхідно розуміти такі зміни у стані виробничих об'єктів, підприємств, унаслідок яких виникає реальна небезпека життю людей або реальна небезпека заподіяння (настання) шкоди вказаним у статті 275 Кримінального кодексу України благам. Тяжкість імовірних наслідків визначається залежно від цінності благ, які поставлено під загрозу, кількості осіб, які можуть зазнати шкоди від небезпечних дій, розміру можливої матеріальної шкоди тощо.

"Загибель людей" – це випадки смерті однієї або кількох осіб.

Як "інші тяжкі наслідки" слід розуміти випадки заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині, середньої тяжкості тілесних ушкоджень – двом і більше особам, шкоди у великих розмірах – підприємству, установі, організації чи громадянам, а так само тривалий простій підприємств, цехів або їхніх виробничих дільниць.

При цьому необхідно зазначити, що орієнтиром в таких випадках є, зокрема, клас наслідку об'єкта будівництва.

Наприклад, відповідно до частини 5 статті 32 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" усі об'єкти поділяються за такими класами наслідків (відповідальності): незначні наслідки – СС1; середні наслідки – СС2; значні наслідки – СС3.

До незначних наслідків (СС1) не можна зарахувати:

1) об'єкти, характеристики можливих наслідків від відмови (стану об'єкта, за якого неможливо використовувати його або його складову частину за функціональним призначенням) яких перевищують:

- рівень можливої небезпеки для здоров'я і життя людей, які постійно перебуватимуть на об'єкті, – 50 осіб;
- рівень можливої небезпеки для здоров'я і життя людей, які періодично перебуватимуть на об'єкті, – 100 осіб;
- рівень матеріальних збитків чи соціальних втрат, пов'язаних із припиненням експлуатації або з утратою цілісності об'єкта, – 2500 мінімальних заробітних плат (до розрахунку збитків не включаються збитки замовників будівництва, які будують об'єкти без залучення коштів державного або місцевого бюджетів, кредитних коштів, наданих під державні гарантії, коштів державних та комунальних підприємств, бюджетних установ);

2) пам'ятки культурної спадщини національного та місцевого значення, визначені відповідно до Закону України "Про охорону культурної спадщини";

3) нове будівництво яких здійснюється в охоронній зоні пам'яток культурної спадщини національного та місцевого значення (розміри охоронної зони визначаються відповідно до Закону України "Про охорону культурної спадщини");

4) об'єкти підвищеної небезпеки, ідентифіковані відповідно до Закону України "Про об'єкти підвищеної небезпеки";

5) житлові будинки понад чотири поверхи;

6) об'єкти, які підлягають оцінюванню впливу на довкілля відповідно до Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" (крім об'єктів, які виробляють електричну енергію з енергії вітру, за умови позитивного висновку уповноваженого органу з оцінки впливу на довкілля).

До значних наслідків (СС3) належать такі об'єкти:

- пам'ятки культурної спадщини, визначені відповідно до Закону України "Про охорону культурної спадщини";
- об'єкти підвищеної небезпеки, ідентифіковані відповідно до Закону України "Про об'єкти підвищеної небезпеки";
- житлові, громадські або багатофункціональні будівлі заввишки понад 100 метрів та/або з рівнем можливої небезпеки для здоров'я і життя людей понад 400 осіб, які постійно перебувають на об'єкті.

Зазначені нормативно сформульовані критерії зарахування об'єктів будівництва до відповідного класу наслідків є можливими орієнтирами для наповнення конкретним кримінально-правовим змістом формулювання "тяжкі наслідки".

Ураховуючи зазначене, можна зробити такі проміжні висновки:

1) об'єктивний бік кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, становить системне поєднання таких ознак (елементів): а) порушення правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд; б) наслідок: загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків; заподіяна шкода здоров'ю потерпілого (частина 1 статті 275 Кримінального кодексу України), загибель людей або інші тяжкі наслідки (частина 2 статті 275 Кримінального кодексу України); в) причинний зв'язок між порушенням зазначених правил і наслідками; г) час вчинення – під час проєктування чи будівництва;

2) порушенням правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, є порушення не лише

вимог законодавства України, а й інших актів (документів) як загальної, так і індивідуальної дії;

3) під формулюванням "під час проєктування чи будівництва" необхідно розуміти не лише власне процес проєктування та виконання будівельних (підготовчих) робіт, а й ті стадії проєктування та будівництва, які є послідовними етапами проєктування та будівництва, визначеними регуляторним законодавством;

4) порушення правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, є кримінально караним діянням і утворює відповідний склад кримінального правопорушення виключно за умови існування нормативно встановлених наслідків: загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків; заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого; загибель людей або інші тяжкі наслідки. Орієнтири для наповнення конкретним кримінально-правовим змістом цих наслідків визначаються, зокрема, і за допомогою положень регуляторного законодавства.

Вплив дії воєнного стану на об'єктивні характеристики кримінальних правопорушень, передбачених статтею 275 Кримінального кодексу України. Введення воєнного стану в Україні 24 лютого 2022 року має великий вплив на об'єктивні характеристики кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України.

По-перше, необхідно зазначити, що під час дії воєнного стану законодавцем не було внесено жодних змін у кримінальне законодавство щодо кримінально-правової охорони безпечної експлуатації будівель і споруд.

По-друге, було прийнято нормативні орієнтири в регуляторному законодавстві, які безпосередньо стосуються будівництва та проєктування (постанова Кабінету Міністрів України від 24 червня 2022 р. № 722 "Деякі питання здійснення дозвільних та реєстраційних процедур у будівництві в умовах воєнного стану"). Зазначені нормативні орієнтири переважно стосуються перших трьох етапів проєктування та будівництва, які регламентовані частиною 5 статті 26 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності".

По-третє, незважаючи на те, що в період дії воєнного стану було спрощено окремі адміністративні процедури у сфері містобудівної діяльності, це не нівелює обов'язок суб'єктів містобудування відповідно до їхнього правового статусу дотримуватись вимог законодавства України у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм і правил, інших актів застосування щодо безпечної експлуатації будівель і споруд.

Висновки. Досліджуючи об'єктивні характеристики юридичного складу кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, та вплив дії воєнного стану на них, можна дійти таких висновків:

1. Одним із основних безпосередніх об'єктів кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, є безпека експлуатації будівель і споруд, яка перебуває у тісному взаємозв'язку з додатковим безпосереднім об'єктом – життям та здоров'ям особи.

2. Предметом досліджуваного кримінального правопорушення є будівлі та споруди, які є обов'язковими елементами об'єкта досліджуваного кримінального правопорушення.

3. Наповнення конкретним кримінально-правовим змістом понять "будівля", "споруда" здійснюється за допомогою положень регуляторного законодавства України, будівельних норм, державних стандартів та правил.

4. Предметом досліджуваного кримінального правопорушення є будівлі та споруди незалежно від того, чи були вони прийняті в експлуатацію, чи ні, в порядку, регламентованому регуляторним законодавством України.

5. Під час наповнення конкретним кримінально-правовим змістом терміни "споруда" або "будівля" залежно від конкретної фактичної ситуації можуть мати свій власний "конкретизований" зміст відповідно до виду (різновиду) цієї будівлі або споруди.

6. Об'єктивний бік кримінального правопорушення, специфічна частина якого передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України, є системне поєднання таких ознак (елементів): 1) порушення правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд; 2) наслідок: загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків; заподіяна шкода здоров'ю потерпілого (частина 1 статті 275 Кримінального кодексу України), загибель людей або інші тяжкі наслідки (частина 2 статті 275 Кримінального кодексу України); 3) причинний зв'язок між порушенням зазначених правил і наслідками; 4) час вчинення – під час проєктування чи будівництва.

7. Порушенням правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, є порушення не лише вимог законодавства України, а й інших актів (документів) як загальної, так і індивідуальної дії.

8. Під формулюванням "під час проєктування чи будівництва" необхідно розуміти не лише власне процес проєктування та виконання будівельних (підготовчих) робіт, а й ті стадії проєктування та будівництва, які є послідовними етапами проєктування та будівництва, визначеними регуляторним законодавством.

9. Порушення правил, що стосуються безпечної експлуатації будівель і споруд, є кримінально караним діянням і утворює відповідний склад кримінального правопорушення виключно за умови існування таких нормативно встановлених наслідків, як: загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків; заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого; загибель людей або інші тяжкі наслідки. Орієнтири для наповнення конкретним кримінально-правовим змістом цих наслідків визначаються, зокрема, і за допомогою положень регуляторного законодавства.

10. У період дії воєнного стану в кримінальне законодавство України не вносились зміни стосовно кримінально-правової охорони безпечної експлуатації будівель і споруд.

11. Під час дії воєнного стану було внесено зміни в регуляторне законодавство, які безпосередньо впливають на формування конкретного кримінально-правового змісту кримінальних правопорушень, специфічна частина яких передбачена статтею 275 Кримінального кодексу України.

12. Незважаючи на те, що було спрощено окремі адміністративні процедури у сфері містобудівної діяльності – це не нівелює обов'язку суб'єктів містобудування відповідно до їхнього правового статусу дотримуватись вимог законодавства України у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм і правил, інших актів застосування щодо безпечної експлуатації будівель і споруд.

Список використаних джерел

1. Склад та зміст проектної документації на будівництво : ДБН А.2.2-3:2014. Київ : Мінрегіон України, 2014. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2017/12/6.1.-DBN-A.2.2-32014.-Sklad-ta-zmist-proektnoyi-dokumen.pdf (дата звернення: 15.07.2022).

2. Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009. №7. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va007700-09#Text (дата звернення: 16.07.2022).

3. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 34, ст. 343. 17.02.2011. № 3038-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#n543 (дата звернення: 16.07.2022).

4. Складські будівлі. Основні положення : ДБН В.2.2-43:2021. Київ : Міністерство розвитку громад і територій, 2022. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2022/06/dbn-v.2.2-43_2021-3.pdf (дата звернення: 15.07.2022).

5. Захисні споруди цивільного захисту. Експлуатаційна придатність закінчених будівництвом об'єктів : ДБН А.3.1-9:2015. Київ : Міністерство розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, 2016. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2017/02/DBN-A.3.1-9-2015-Ekspluatatsiyna-pridatnist-zakinchenih-budivnitstvom-obyektiv.pdf (дата звернення: 15.07.2022).

6. Порядок розроблення проектної документації на будівництво об'єктів : наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 16.05.2011 № 45 (у редакції наказу Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 23 березня 2012 року № 122). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0651-11#n17 (дата звернення: 16.07.2022).

7. Порядок затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.05.2011 № 560. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/560-2011-%D0%BF#Text (дата звернення: 16.07.2022).

8. Порядок виконання підготовчих та будівельних робіт : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 № 466. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-2011-%D0%BF#Text (дата звернення: 16.07.2022).

9. Порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів : Постанова Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 № 461. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/461-2011-%D0%BF#Text (дата звернення: 16.07.2022).

References

1. DBN A.2.2-3:2014. Sklad ta zmist proektnoji documentaciji na budivnutvo [GBN A.2.2-3:2014. Composition and content of project documentation for construction]. 2014. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2017/12/6.1.-DBN-A.2.2-32014.-Sklad-ta-zmist-proektnoyi-dokumen.pdf (accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

2. Postanova Plenymy Verhovnogo Sydy Ykrainu "Pro practucy zastosyvanna sudamu Ukrainu zakonodavstva y spravah pro zlochunu protu bezpeku vurobnuztva [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine "On the practice of applying legislation by courts of Ukraine in cases of crimes against production safety"] postanova Plenymy Verhovnogo Sydy Ykrainu vid 12.06.2009 №7 [Resolution of the Plenum]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va007700-09#Text (accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

3. Pro reguluvanna mistobudivnoji dijalnosti [On the regulation of urban planning activities] Zakon Ukrainu [Law of Ukraine] vid 17.02.2011. № 3038-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#n543. accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

4. DBN B.2.2-43:2021. Skladski bydivli. Osnovni polozenna. [GBN. B.2.2-43:2021. Warehouse buildings. Substantive provisions]. 2021. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2022/06/dbn-v.2.2-43_2021-3.pdf accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

5. DBN A.3.1-9:2015. Zahusni sporydu zuvilnogo zahusty. Ezplyatacijna prudatnist zakinchenuh bydivnuztvom objective. [GBN A.3.1-9:2015. Protective structures of civil protection. Operational suitability of completed construction facilities]. 2015. URL: https://www.minregion.gov.ua/wp-content/uploads/2017/02/DBN-A.3.1-9-2015-Ekspluatatsiyna-pridatnist-zakinchenih-budivnitstvom-obyektiv.pdf accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

6. Porjadok rozroblenna proectnoji dokumentaciji na bydivnuztvo obectiv [The procedure for developing project documentation for the construction of objects] nakaz Ministerstva regionalnogo rozvutky, bydivnuztva ta zutlovo-komunalnogo gospodarstva Ukrainu [order of the Ministry of Regional Development, Construction and Housing and Communal Services of Ukraine] vid 16.05.2011 № 45 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0651-11#n17 accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

7. Porjadok zatverdzenna proectiv bydivnutva I provedenna ich expertuzu [The procedure for approving construction projects and carrying out their examination: resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] postanova Kabinety Ministriv Ukrainu [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 11.05.2011 № 560. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/560-2011-%D0%BF#Text accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

8. Poradok vukonanna pidgotovchuch ta bydivelnuch robit [Procedure for performing preparatory and construction works] postanova Kabinety Ministriv Ukrainu [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 13.04.2011 № 466. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-2011-%D0%BF#Text accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

9. Poradok prujnatta v explyatacijy zakinchenuch bydivnuztvom objective [The procedure for putting into operation completed objects] postanova Kabinety Ministriv Ukrainu [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 13.04.2011 № 461. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/461-2011-%D0%BF#Text accessed: 15.07.2022) (in Ukrainian).

Received: 19.07.22
Revised: 16.08.22
Accepted: 16.09.22

D. Ptaschenko, Cand. Sc. (Law), Assist.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

VIOLATIONS DURING THE DESIGN OR CONSTRUCTION OF THE RULES CONCERNING THE SAFE OPERATION OF BUILDINGS AND STRUCTURES: CRIMINAL AND LEGAL CHARACTERISTICS CONSIDERING THE EFFECT OF MARTIAL LAW

The purpose of the article is to investigate the specific criminal-legal content of the legal components of criminal offenses, the specific part of which is provided for by the Article 275 of the Criminal Code of Ukraine, in terms of violation during the design or construction of the rules related to the safe operation of buildings and structures; the provisions of regulatory legislation and its application are regarded as well as martial law actions are considered.

To achieve the set goal and the defined tasks, the following methods make the basis of the research: logical and normative – for the analysis of regulatory and criminal legislation on the safe operation of buildings and structures; system analysis – for consideration of normative compositions of criminal offenses related to the violation during the design or construction of the rules referring to the safe operation of buildings and structures.

The problem of filling the objective characteristics of the legal components of criminal offenses with specific criminal and legal content, the definite part of which is provided for by Article 275 of the Criminal Code of Ukraine, is highlighted.

It has been formulated in the conclusions that filling the objective characteristics of the legal components of criminal offenses with specific criminal and legal content, the specific part of which is provided for by Article 275 of the Criminal Code of Ukraine, is carried out with the help of the provisions of the regulatory legislation of Ukraine, building codes, state standards and rules, other acts of application are treated a general and individual action.

It was also investigated that during the period of martial law, no changes were made to the criminal legislation of Ukraine regarding the criminal protection of the safe operation of buildings and structures; some changes were introduced to the regulatory legislation, which directly affect the formation of the specific criminal law content of criminal offenses, specific part of which is provided for by Article 275 of the Criminal Code of Ukraine.

Keywords: violation of the rules for the operation of buildings and structures, legislation of Ukraine in the field of urban planning, design and construction, martial law.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 80-83
УДК: 347.626.2
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-13

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.
ORCID ID: 0000-0002-3783-9489
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

УМОВИ ПРО ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ЗМІСТІ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ

Присвячено дослідженню правового регулювання умов про права інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору, зокрема й за участі іноземного елементу, з огляду на сучасні тенденції генезису сімейних відносин у праві Україні та окремих іноземних держав, висвітленню новітніх тенденцій регламентації сімейних відносин та окресленню закономірностей їх подальшого нормативного закріплення у сімейному праві України, формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на гармонізацію національного законодавства.

Протягом останніх років в Україні на рівні судової практики постає питання належності до спільного майна подружжя прав інтелектуальної власності на об'єкти, набуті або створені під час перебування у шлюбі. Водночас у Цивільному та Сімейному кодексах України відсутні безпосередні норми, що вказують на належність до спільного майна подружжя прав на об'єкти інтелектуальної власності.

На підставі дослідження особливостей правового регулювання умов про права інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору у праві та судовій практиці окремих іноземних держав та у праві України встановлено, що законодавство України безпосередньо не зараховує об'єкти права інтелектуальної власності, створені під час перебування у шлюбі, до спільного майна подружжя (на відміну від доходів, одержаних від реалізації прав інтелектуальної власності). Проте сторони у шлюбному договорі, укладеному за участі іноземного елементу, можуть підпорядкувати його зміст праву держави, яка визнає режим спільної власності подружжя на результати інтелектуальної, творчої діяльності, створені під час шлюбу. Для регулювання своїх прав та обов'язків за шлюбним договором сторони можуть обрати право особистого закону подружжя або право держави, у якій один із подружжя має звичайне місце перебування. Таким чином, існує можливість поширення на відносини за участю іноземного елементу правового режиму спільного майна подружжя на об'єкти прав інтелектуальної власності, набуті під час перебування у шлюбі.

Ключові слова: шлюб, шлюбні відносини, права інтелектуальної власності, шлюбний договір, спільне майно подружжя.

Вступ. Шлюбний договір є правовою конструкцією, що дуже поширена у праві різних держав та активно застосовується на практиці.

Підхід українського законодавця до формування інституту шлюбного договору став результатом імплементації демократичних, суспільно-значущих для кожного індивідуума досягнень іноземного права.

Законодавства іноземних держав, у яких шлюбний договір є усталеною та традиційною правовою конструкцією, приділяють достатню увагу формулюванню його змісту, зокрема й визначенню окремих положень майнового стану подружжя під час перебування у шлюбі та внаслідок його розірвання. Значну роль у регулюванні умов шлюбного договору відіграє судова практика.

Однією із проблемних умов шлюбного договору, які по-різному регламентуються законодавством та судовою практикою іноземних держав, є визначення особливостей розподілу майнових прав інтелектуальної власності на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що були набуті одним із подружжя під час шлюбу. Зазначене зумовлює актуальність розгляду проблематики правового регулювання умов про розподіл прав інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору, зокрема й за участі іноземного елементу, з огляду на сучасні тенденції регламентації сімейних відносин за законодавством Україні та правом окремих іноземних держав.

Проблематика сімейних відносин через призму міжнародного приватного права була предметом наукового дослідження вітчизняних науковців, зокрема, Т. В. Боднар, А. С. Довгерта, О. В. Дзери, В. І. Кисіля, В. І. Труби та інших учених, а також представників правової доктрини іноземних держав.

Методологія дослідження. Використовувалися загальнонаукові та спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій, зокрема, порівняльно-правовий, системно-структурний, формально-логічний та інші методи.

Метою публікації є дослідження правового регулювання умов про права інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору, зокрема й за участі іноземного елементу, з огляду на сучасні тенденції генезису сімейних відносин у праві Україні та окремих іноземних держав, висвітлення новітніх тенденцій регламентації сімейних відносин та окреслення закономірностей їх подальшого нормативного закріплення у сімейному праві України.

Основні результати. У загальному вигляді до порядку укладення шлюбного договору в зарубіжних країнах встановлюються такі вимоги: а) договір укладається у письмовій формі; б) договір укладається у присутності обох сторін (подружжя); в) у деяких країнах існують особливості, що пов'язані з реєстрацією шлюбного договору. У Франції, наприклад, шлюбний договір має бути зареєстрованим нотаріально. Законодавство Італії передбачає обов'язкову його реєстрацію у місцевих органах влади. При цьому, якщо у шлюбному договорі містяться умови про нерухоме майно, реєстрація повинна бути проведена в тому органі, що здійснює реєстрацію правочинів з нерухомим майном [1, с. 10].

Англо-американська правова система має певні особливості. Зокрема, у праві США існує кілька різних типів договорів, пов'язаних зі шлюбом. Основним договором є сам шлюбний контракт, який є згодою на одруження із певною особою.

Окрім того, існують інші договори, які можуть укласти одружені особи. До таких, наприклад, у праві США [2], включають:

• Дошлюбний договір (*Prenuptial agreement)* – це договір, який подружжя укладає до шлюбу. Цей контракт

© Радченко Л., 2022

фіксує усе майно та гроші, що належить кожному із майбутнього подружжя, майно та фінансові активи (акції, облігації тощо), яке кожне із подружжя вкладає у шлюб, "дошлюбні" активи та їх частку під час шлюбу та в разі розлучення.

Попередній шлюбний договір також буде включати власність та активи, придбані під час шлюбу, які необхідно буде розділити у разі розлучення.

• Післяшлюбний договір *(Postnuptial agreement)* – це договір, який подружжя укладає після того, як було укладено законний шлюб, він урегульовує відносини щодо розподілу майна в разі розлучення або смерті.

Загалом післяшлюбний договір здебільш є таким самим, як і дошлюбний договір, за винятком того, що подружжя укладає його після того, як вони вже одружилися. У післяшлюбному договорі кожний із подружжя надає інформацію про все гроші та майно, яке перебуває у його власності (як особисте майно, так і спільне майно подружжя). Окрім того, у договорі викладаються права та обов'язки, які матиме кожен із подружжя під час шлюбу, включаючи спосіб розподілу грошей та майна у разі розлучення або смерті одного або обох з подружжя.

• Угода про окреме проживання *(Separation agreement)* – це угода, за якою подружжя погоджується жити окремо, не розлучаючись. Ця угода передбачає, яким чином регулюються аліментні відносини подружжя, опіка над дітьми та відвідування, утримання подружжя та розподіл майна та активів. Цю угоду подружжя добровільно підписує без участі суду.

• Угода про шлюбне врегулювання *(Marital settlement agreement)* – це угода між подружжям, яке вирішило розлучитися. Ця угода дозволяє досягти згоди щодо таких питання, як майнові права, зобов'язання щодо аліментів на подружжя та дитину, а також досягти домовленості про піклування та відвідування, тобто домовитись про деталі, не звертаючись до суду. Іноді цю угоду називають умовою врегулювання. Пізніше угода про подружнє врегулювання буде подана до суду та стане частиною рішення про розірвання шлюбу (відомого як указ про розлучення).

Кожна з цих угод зазвичай може виконуватися будь-яким із подружжя. Однак іноді угоди оскаржуються, тоді суд може прийняти рішення про те, що угода є недійсною, оскільки її положення не є справедливими та обґрунтованими або її положення є недобросовісними. Недобросовісна угода може бути визнана як така, яку жодна особа в її розумінні не може укласти, не потрапляючи в оману, з одного, а жодна чесна і справедлива людина її не прийме, з іншого боку [2].

Повертаючись до питання про права інтелектуальної власності у шлюбних або інших подібних договорах подружжя, насамперед слід підкреслити, що інтелектуальна власність – це не просто результат творчої діяльності, а й суттєвий матеріальний актив.

В іноземних правопорядках, де інтелектуальна власність характеризується як термін, що стосується продуктів, ідей, художніх творів, комерційних таємниць, торгових марок, логотипів тощо, які є продуктом інтелекту чи творіння, а також охоплює музику, літературу, фотографію, відкриття, винаходи і навіть фрази та символи, окремі автори наголошують про надзвичайну важливість цього активу [3]. Інтелектуальна власність може бути дуже істотним активом, і вона повинна бути захищена так само, як і будь-який інший цінний актив, такий як нерухоме майно або гроші.

У багатьох штатах США будь-яке майно, придбане під час шлюбу, вважається "майном подружжя" ("marital property") або "спільним майном" ("community property"). Це означає, що обидві сторони (подружжя) мають рівні права на майно, якщо шлюб буде розірвано внаслідок розлучення. Оскільки інтелектуальна власність може вважатися активом, може бути випадок, коли один із подружжя стверджує, що він має рівні права на об'єкти інтелектуальної власності. Отже, надзвичайно важливо врахувати ці питання перед шлюбом, особливо тоді, коли особа перебуваєте в ситуації, коли вона буде створювати або продовжувати створювати різні об'єкти інтелектуальної власності під час шлюбу.

Якщо в дошлюбній угоді може бути зазначено, що інтелектуальна власність вважається окремою власністю, а не спільною власністю подружжя, тоді вона, а також усі доходи від неї відокремлюються від подружнього майна, то, як цілком логічно резюмується, у разі розірвання шлюбу вона буде краще захищеною [3].

В Україні на рівні судової практики протягом останніх років виникає питання належності до спільного майна подружжя прав інтелектуальної власності на об'єкти, набуті або створені під час перебування шлюбу.

Правова позиція, яка була висловлена Верховним Судом України в постанові від 7 грудня 2016 року у справі № 6-1568цс16 [4] передбачає, що належність майна до спільної сумісної власності подружжя визначається не тільки фактом придбання його під час шлюбу, але й спільною участю подружжя коштами або працею в набутті майна. Застосовуючи норму статті 60 СК України та визнаючи право спільної сумісної власності подружжя на майно, суд повинен установити не тільки факт набуття майна під час шлюбу, але й той факт, що джерелом його набуття були спільні сумісні кошти або спільна праця подружжя.

Водночас у ЦК України та СК України відсутні безпосередні норми, що вказують на належність до спільного майна подружжя прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Суттєве значення для вирішення зазначеного питання має формулювання ст. 419 ЦК України про незалежність права інтелектуальної власності та права власності ("право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ…"). Саме ця стаття є нормативною підставою розмежування речових прав та прав інтелектуальної власності. Водночас такому розмежуванню у ЦК України присвячено дуже мало уваги. Формулювання окремих норм ЦК України, навпаки, дозволяють стверджувати про ототожнення чи принаймні застосування за аналогією до відносин інтелектуальної власності положень про права власності на річ.

Нечіткість формулювань призвела до виникнення правової позиції про можливість поширення на відносин інтелектуальної власності (зокрема, прав на торговельні марки) правового режиму спільної власності. Зокрема, Одеський апеляційний суд у справі 22-ц/813/2088/19 рішенням від 17.07.2019 р. визнав спільною сумісною власністю подружжя знаки для товарів та послуг, відомості про які внесені до Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів під час існування шлюбу, а також визнав недійсним договір про передання права власності на знаки для товарів та послуг у частині передання прав на знаки для товарів та послуг, укладений без згоди іншого подружжя [5].

Конституційний Суд України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства "ІКІО" щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19.09.2012 р. також встановив, що як внесок до статутного капіталу та виділене зі спільної сумісної власності подружжя майно (кошти) передаються у власність приватного підприємства. Відповідно до статті 191 ЦК України, до складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи…право на торговельну марку або інше позначення та інші права, якщо інше не встановлено договором або законом. Отже, як визначив Конституційний Суд, приватне підприємство (або його частина), засноване одним із подружжя, – це окремий об'єкт права спільної сумісної власності подружжя, до якого входять усі види майна, зокрема й вклад до статутного капіталу та майно, виділене з їхньої спільної сумісної власності [6].

Наразі переважна більшість науковців та юристів-практиків негативно сприйняли підхід щодо тлумачення об'єктів права інтелектуальної власності як спільного майна подружжя, адже їх створення зумовлюється інтелектуальною, творчою працею одного із подружжя. Крім того, у разі визнання об'єктів інтелектуальної власності спільною власністю необхідно отримувати згоду іншого з подружжя на укладання угод щодо розпорядження правами інтелектуальної власності.

Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 65 СК України [7] у разі укладання договорів одним із подружжя діє презумпція згоди другого з подружжя. Для укладання одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. На практиці об'єкти авторського права і промислової власності відчужуються без згоди другого з подружжя, при тому, що такі правочини виходять за межі дрібних побутових правочинів.

Зазначимо, що договори про передання майнових прав інтелектуальної власності підлягають також обов'язковій реєстрації у Національному органі інтелектуальної власності, якщо їх предметом є майнові права на об'єкти, які потребують реєстрації (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки тощо). Наразі для реєстрації згода іншого подружжя також не вимагається. Проте в разі визнання об'єктів інтелектуальної власності спільною власністю подружжя, один із подружжя матиме можливість звернутися до суду з позовом про визнання таких договорів недійсним, як це було на підставі вище згаданої судової справи.

У цьому аспекті важливим є звернення до судової та правозастосовчої практики іноземних держав, зокрема до практики США. Наприклад, у справі *Sheshtawny v. Sheshtawny* суд першої інстанції присудив дружині, чоловік якої є творцем, 60 % частки в усіх без винятку патентах, наявних або набутих під час шлюбу. Чоловік оскаржив це рішення за трьома різними підставами, дві з яких були: (1) федеральний закон має пріоритет над законом штату, тому виплачувати винагороду дружині, яка не є творцем, заборонено, і (2) докази, представлені в суді, були юридично або фактично недостатніми для отримання винагороди. Апеляційний суд визнав із посиланням на справу *Rodrigue v. Rodrigue*, що патенти, отримані під час шлюбу, і дохід, отриманий від цих патентів, є спільною власністю. Суд погодився з цією позицією, ухваливши, що федеральний закон про авторське право не скасовує закону про спільну власність подружжя, тому самі патенти підлягають поділу [8].

Таким чином, підхід, що визнається судовою практикою США передбачає належність до категорії спільної власності подружжя не лише доходів, одержаних за рахунок прав інтелектуальної власності (авторської винагороди, роялті, платежів за договором про передання прав тощо), але і самих об'єктів права інтелектуальної власності, що були створені чи набуті під час перебування у шлюбі. Інший режим належності об'єктів інтелектуальної власності може бути передбачений у шлюбному договорі чи іншій угоді, укладеній подружжям.

В Україні також поширюється практика укладання сторонами шлюбного договору. Відтак, виникає питання щодо можливості сторін такого договору (подружжя, яке є громадянами України) його підпорядковувати праву інших держав (наприклад, праву США, яке, як було визначено раніше, допускає належність до спільної власності подружжя не лише доходів одержаних від комерціалізації прав інтелектуальної власності, але і самих об'єктів інтелектуальної власності).

Закон України "Про міжнародне приватне право" [9] у ст. 59 визначає право сторін шлюбного договору обрати право, що застосовується до шлюбного договору відповідно до ч. 1 ст. 61 цього Закону, яка, у свою чергу, встановлює право подружжя обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один із них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно перебуває.

Таким чином, подружжя можуть обрати для регулювання своїх прав та обов'язків за шлюбним договором, зокрема у частині інтелектуальної власності, право особистого закону одного з подружжя або право держави, у якій один із подружжя має звичайне місце перебування.

Висновки. Підсумовуючи дослідження особливостей правового регулювання умов про права інтелектуальної власності у змісті шлюбного договору у праві та судовій практиці окремих іноземних держав та у праві України, слід наголосити, що законодавство України безпосередньо не зараховує об'єкти права інтелектуальної власності, створені під час перебування у шлюбі, до спільного майна подружжя (на відміну від доходів, одержаних від реалізації прав інтелектуальної власності). Проте сторони у шлюбному договорі, укладеному за участі іноземного елементу, можуть підпорядкувати його зміст праву держави, яке визнає режим спільної власності подружжя на результати інтелектуальної, творчої діяльності, створені під час шлюбу. Для регулювання своїх прав та обов'язків за шлюбним договором сторони можуть обрати право особистого закону подружжя або право держави, у якій один із подружжя має звичайне місце перебування. Отже, існує можливість поширення режиму спільного майна подружжя на об'єкти прав інтелектуальної власності, набуті під час перебування у шлюбі одним із подружжя.

Список використаних джерел

1. *Радченко Л. І.* Шлюбний договір в іноземних правопорядках: окремі засади правового регулювання // Підприємництво, господарство і право. 2017. № 9. С. 9-14.

2. *Pasquale J.* Crispo and Elliot Polland Marriage Contract – Types of Marriage Agreements // NYC Bar. 2020. URL: https://www.nycbar.org/get-legal-help/article/family-law/marital-agreements/ (дата звернення 26.08.2022).

3. *Kossack Ronald L.* Intellectual property and prenuptial agreements // RLK. URL: https://www.kossacklaw.com/divorce/intellectual-property-and-prenuptial-agreements/ (дата звернення 26.08.2022).

4. Правова позиція, яка висловлена Верховним Судом України в постанові від 7 грудня 2016 року у справі № 6-1568цс16 URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/VS161142?an=1 (дата звернення 26.09.2022)

5. Рішення Одеського апеляційного суду у справі 22-ц/813/2088/19 від 17.07.2019 р. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83329416 (дата звернення 26.08.2022).

6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства "ІКІО" щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19 вересня 2012 р.URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-12#Text (дата звернення 26.08.2022).

7. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2002. № 21–22, ст. 13. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (дата звернення 26.08.2022).

8. *Noelke Lea C., St. Leger Andrea (Andi), LaRue Jim*. Intellectual property issues in divorce. URL: https://nmsb-law.com/wp-content/uploads/2016/10/NMSB_IntellectualPropertyinDivorce.pdf. (дата звернення 26.08.2022).

9. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2005. № 32, ст. 422. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (дата звернення 26.08.2022).

References

1. Radchenko, L.I. (2017) Shliubnyi dohovir v inozemnykh pravoporiadkakh: okremi zasady pravovoho rehuliuvannia. [Marriage contract in foreign legal systems: separate principles of legal regulation], *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i pravo [Entrepreneurship, economy and law]*. №9, 9-14 (in Ukrainian).

2. Pasquale, J., Crispo and Elliot Polland (2020) Marriage Contract – Types of Marriage Agreements. NYC Bar. URL: https://www.nycbar.org/get-legal-help/article/family-law/marital-agreements/ (in English).

3. Ronald L.Kossack (2021) Intellectual property and prenuptial agreements. URL: https://www.kossacklaw.com/divorce/intellectual-property-and-prenuptial-agreements/ (in English).

4. Pravova pozytsiia, yaka vyslovlena Verkhovnym Sudom Ukrainy [The legal position expressed by the Supreme Court of Ukraine] v postanovi vid 7 hrudnia 2016 roku u spravi N 6-1568tss16 URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/VS161142?an=1 (in Ukrainian).

5. Rishennia Odeskoho apeliatsiinoho sudu [Decision of the Odesa Court of Appeal] u spravi 22-ts/813/2088/19 vid 17.07.2019 r. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83329416. (in Ukrainian).

6. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam pryvatnoho pidpryiemstva "IKIO" shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhennia chastyny pershoi statti 61 Simeinoho kodeksu Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional appeal of the private enterprise "IKIO" regarding the official interpretation of the provisions of the first part of Article 61 of the Family Code of Ukraine] vid 19 veresnia 2012 r.URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-12#Text. (in Ukrainian).

7. Simeinyi kodeks Ukrainy [Family Code of Ukraine] vid 10 sichnia 2002 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (in Ukrainian).

8. Lea C. Noelke, Andrea (Andi) St. Leger, Jim LaRue (2016) Intellectual property issues in divorce. URL:https://nmsb-law.com/wp-content/uploads/2016/10/NMSB_IntellectualPropertyinDivorce.pdf. (in English).

9. Pro mizhnarodne pryvatne pravo; Zakon Ukrainy [On Private International Law: The Law of Ukraine] vid 23 chervnia 2005 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (in Ukrainian).

Received: 29.08.22
Accepted: 16.09.22

L. I. Radchenko, Candidate of Law, Associate Prof.
Taras Shevchenko National University, Kyiv, Ukraine

TERMS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE CONTENTS OF THE MARRIAGE AGREEMENT

The article addresses the study of the legal regulation of conditions on intellectual property rights in the content of the marriage contract, including the participation of a foreign element and taking into account the modern trends of the genesis of family relations in the law of Ukraine and certain foreign countries; the latest trends in the regulation of family relations are highlighted and the patterns of their further development normative consolidation in family law of Ukraine and the formulation of conclusions as well as proposals aiming at harmonizing national legislation with EU law are outlined.

In recent years, in Ukraine, the question of ownership of intellectual property rights to objects acquired or created during the marriage has arisen at the level of judicial practice. At the same time, there are no direct norms in the Civil and Family Codes of Ukraine indicating that rights to intellectual property belong to the common property of spouses.

The approach recognized by US jurisprudence assumes that not only income received from intellectual property rights (copyrights, royalties, payments under the contract on the transfer of rights, etc.), but also the objects of intellectual property rights created or acquired during marriage. Another mode of ownership of intellectual property objects may be stipulated in the marriage contract or other agreement concluded by the spouses.

Based on the study of the peculiarities of the legal regulation intellectual property rights in the content of the marriage contract in the law and judicial practice of foreign countries and the law of Ukraine, it was established that the legislation of Ukraine does not directly refer objects of intellectual property rights created during marriage to the joint property of the spouses (on in contrast to the income received from the realization of intellectual property rights). However, the parties to a marriage contract concluded with the participation of a foreign element may subordinate its content to the law of the state, which recognizes the regime of joint property of the spouses for the results of intellectual and creative activity created during the marriage. To regulate their rights and obligations under the marriage contract, the parties may decide for the personal law of the spouses or the law of the state in which one of the spouses has a habitual residence. Therefore, there is a possibility to extend the relations with the participation of a foreign element to the legal regime of joint property of spouses to objects of intellectual property rights acquired during marriage.

Keywords: marriage, marital relations, intellectual property rights, marriage contract, joint property of spouses.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 84-88
УДК: 341.63
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-14

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

К. Спиридонова, асп.
ORCID ID: 0000-0003-0139-7583
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

НЕАРБІТРАБЕЛЬНІСТЬ СПОРІВ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Досліджено доктрину нерабітрабельності спорів, зроблено аналіз наявних наукових визначень понять "арбітрабельність" та "неарбітрабельність", вивчено основні підходи законодавців різних країн до обмеження арбітрабельності (позитивний і негативний підходи).

У результаті дослідження зроблено висновок про те, що на сьогодні немає конвенційного або законодавчого визначення поняття "неарбітрабельність", так само як немає і єдиного наукового визначення зазначеного терміна. Проаналізовано Нью-Йоркську Конвенцію про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. та Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торгівельного арбітражу стосовно врегулювання питання неарбітрабельності спорів. Проведено дослідження проблематики співвідношення неарбітрабельності предмета спору та суперечності винесеного рішення публічному порядку як підстав для скасування арбітражного рішення та відмови у приведенні його до виконання. Наведено позицію автора щодо визначеного питання.

Досліджено проблеми вибору законодавства, на підставі якого має встановлюватись неарбітрабельність спору. Проаналізовано основні позиції науковців із зазначеного питання, виокремлено найпопулярніші підходи до визначення законодавства, яким слід керуватись під час встановлення арбітрабельності спору.

За допомогою порівняльного методу здійснено огляд імплементації концепції неарбітрабельності спорів у деяких закордонних країнах, зокрема в Швеції, Франції, Китаї, Німеччині, Швейцарії тощо. Зроблено висновок про те, що на сьогоднішній день продовжується тенденція до звуження переліку неарбітрабельних спорів як на рівні законодавства багатьох країн, так і судової практики. Визначено категорії спорів, які визнаються неарбітрабельними в переважній кількості закордонних країн.

Ключові слова: арбітрабельність, неарбітрабельність, міжнародний арбітраж, юрисдикція, компетенція.

Вступ. Збільшення ролі альтернативних методів вирішення спорів, серед яких найбільш ефективним є міжнародний комерційний арбітраж, на сьогодні залишається однією з основних тенденцій реформування судочинства як в Україні, так і в світі. Популярність міжнародного комерційного арбітражу дедалі зростає, а останні законодавчі зміни до процесуальних кодексів України дозволяють стверджувати про розширення переліку спорів, що можуть бути передані на розгляд до арбітражу. Тільки за останні п'ять років Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України було розглянуто понад дві тисячі справ. Переваги передавання справи на розгляд до міжнародного арбітражу і надалі набирають популярності з огляду на те, що більшість справ розглядається у строк, що не перевищує шести місяців, а рівень оспорюваності арбітражних рішень не перевищує одного відсотка.

Зважаючи на вищеописані тенденції, серед ключових питань, які продовжують досліджуватись сучасними науковцями, є питання арбітрабельності та нерабітрабельності спорів. Актуальність цього питання зумовлюється і тим, що питання неарбітрабельності спору може виникнути не тільки на стадії розгляду справи, а й на стадії виконання вже прийнятого рішення. Однією з особливостей міжнародних спорів є те, що під час їх вирішення виникають питання щодо вибору права, яке застосовується до спірних відносин. Питання арбітрабельності та неарбітрабельності спорів також мають проблемний та колізійний характер.

Виклад основного матеріалу. *Обмеження арбітрабельності***.** Термін "арбітрабельність" набуває подальшого поширення у науковій літературі, міжнародних актах та судовій практиці, незважаючи на відсутність конвенційного або законодавчого визначення (як на міжнародному рівні, так і на рівні внутрішнього законодавства). Зважаючи на різноманіття поглядів та думок подальша практична імплементація терміна може викликати не тільки неоднозначність розуміння поняття "арбітрабельність", а й колізії під час практичного застосування терміна, зокрема, у судовій практиці.

Науковцями пропонуються різні визначення терміна "арбітрабельність". Ю. Притика зазначає, що "арбітрабельність" – це відповідність спору, що виник між сторонами, категорії спорів, які можуть бути предметом третейського розгляду на підставі права, яке застосовується при вирішенні спору [1, с. 313]. Л. Винокурова зазначає, що в узагальненому вигляді арбітрабільність спорів розглядається як здатність спору бути предметом арбітражного розгляду, а арбітрабельними вважаються спори, допустимі національним законодавством для розгляду міжнародним комерційним арбітражем [2, с. 143]. В. Нагнибіда вказує на те, що питання арбітрабільності розглядається крізь призму зіткнення інтересів національного публічного порядку та потреб міжнародної спільноти щодо забезпечення функціонування міжнародного комерційного арбітражу як ефективного альтернативного способу вирішення спорів. Науковець робить висновок, що об'єктивна арбітрабільність постає одним з інструментів узгодження цих інтересів, що дозволяє відмежувати категорії спорів, щодо яких юрисдикцією наділені лише національні суди, від тих, що можуть бути предметом арбітражного розгляду, і є арбітрабільними [3, с. 170]. М. Купцова зазначає, що за допомогою терміна "арбітрабельність" окреслюється коло спорів, що входять до компетенції третейських судів та можуть бути предметом третейського розгляду [4, с. 41].

Закордонні науковці говорять про те, що поняття арбітрабельності включає в себе відповідь на просте запитання – які типи спорів можуть або не можуть бути передані на розгляд до арбітражу і які специфічні категорії спорів не передаються на розгляд до арбітражу [5].

На думку автора, арбітрабельність може розглядатись як відповідність спору певним критеріям, у результаті чого спір може бути переданий на розгляд до міжнародного арбітражу.

© Спиридонова К., 2022

Таким чином, сама по собі категорія "арбітрабельність" передбачає, що коло спорів, яке може бути передано на розгляд арбітражу, є вужчим відносно кола спорів, які розглядаються національними судовими установами. Тобто є спори арбітрабельні, а є неарбітрабельні, що дозволяє говорити про те, що арбітрабельність не може бути абсолютною.

Обмеження арбітрабельності окремих категорії спорів, на думку науковців, зумовлюється:

- концепцією суверенітету держави [6, с. 113];
- неможливістю передавати на розгляд до міжнародного арбітражу спори, які мають у наявності публічний елемент;
- імперативними нормами національного законодавства [7, с. 95];
- договірним погодженням арбітражного розгляду. Ідеться про те, що арбітражна угода не може зачіпати інтереси третіх осіб, у зв'язку з чим певна категорія спорів визнається неарбітрабельною (наприклад, справи з питань банкрутства, певна категорія корпоративних спорів тощо).

У світовій практиці виокремлюють два підходи щодо встановлення кола арбітрабельних спорів – позитивний та негативний.

Позитивний спосіб передбачає закріплення у законодавстві положення про те, які категорії спорів є арбітрабельними, або ж які ознаки мають бути притаманні спору, щоб визнати його арбітрабельним. Негативний спосіб передбачає закріплення чіткого переліку спорів або категорій правовідносин, які не можуть бути предметом арбітражного розгляду.

У законодавстві України простежується як позитивний, так і негативний спосіб визначення арбітрабельних спорів. Частина 6 статті 4 Господарського процесуального кодексу України [8] встановлює, що до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним законодавством України про міжнародний комерційний арбітраж, крім випадків, визначених законом. Вимоги до спорів, що можуть бути передані на розгляд до міжнародного арбітражу, передбачені у ст. 1 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" [9], яка передбачає, що до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін розташовується за кордоном;
- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їхні спори з іншими суб'єктами права України; а також
- спори між адміністратором за випуском облігацій, який діє в інтересах власників облігацій відповідно до положень Закону України "Про ринки капіталу та організовані товарні ринки", та емітентом облігацій та/або особами, які надають забезпечення за такими облігаціями, якщо принаймні одна зі сторін спору є підприємством з іноземними інвестиціями.

Перелік неарбітрабельних спорів закріплений у ст. 22 Господарського процесуального кодексу України.

Поняття та критерії неарібтрабельності. Єдиного визначення поняття "нерабітрабельність" на сьогодні немає у науці та на законодавчому або конвенційному рівні, так само як і визначення власне поняття "арбітрабельність". Окремі вчені вказують на те, що неарібтрабельність предмета спору є негативним наслідком того, що предмет спору виходить за межі того кола справ, які можуть бути вирішені в міжнародному комерційному арбітражі [10]. Інші вчені визначають категорію неарбітрабельності як нездатність арбітражу ефективно вирішити конкретний спір [6, с. 113].

Неарбітрабельність спору фактично є безумовною перешкодою для передання спору на розгляд до міжнародного комерційного арбітражного суду. Неарбітрабельний спір може розглядатись виключно системою державних судів. Якщо справа, незважаючи на неарбітрабельність спору, все ж таки була розглянута, рішення арбітражу підлягає скасуванню.

У Нью-Йоркській Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. [11] (далі – Конвенція) про нерабітрабельність спорів ідеться у ст. V, яка передбачає, що у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада країни, у якій запитується визнання та виконання, встановить, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни, або визнання та виконання такого рішення суперечать публічному порядку такої країни. Крім того, ст. II Конвенції вказує на те, що кожна Договірна держава визнає письмову угоду, за якою сторони зобов'язуються передати до арбітражу всі або певні спори, що виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з конкретним договором або іншим правовідношенням, об'єкт якого може бути предметом арбітражного розгляду.

Аналогічні норми закріплені також у Типовому законі ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу [12] (далі за текстом – Типовий закон). У статті 34 Типового закону встановлюється, що арбітражне рішення може бути скасовано у випадку, якщо суд встановить, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством відповідної країни або арбітражне рішення суперечить публічному порядку відповідної держави.

Таким чином, виникає можливість виокремлювати такі критерії "неарбітрабельності" спорів, як неарбітрабельність предмета спору та суперечність арбітражного рішення публічному порядку. Проте думки науковців щодо визначення зазначених критеріїв як окремих підстав для визнання спору неарбітрабельним різняться. Деякі вчені вказують на те, що відсутність остаточних та чітко окреслених меж застереження про публічний порядок призводить до змішання поняття "публічний порядок" з категорією арбітрабельності [13, с. 104]. На нашу думку, аналіз норм Конвенції та Типового закону не дозволяє говорити про те, що неарбітрабельність предмета спору та суперечливість арбітражного рішення публічному порядку являють собою дві окремі підстави саме для визнання спору неарбітрабельним.

Окремі науковці вказують на те, що кожен з означених критеріїв застосовується в різний час – якщо питання нерабітрабельності предмета спору постає на самому початку арбітражного розгляду під час визначення арбтіржаним судом власної компетенції, то питання відповідності винесеного рішення публічному порядку виникає вже на стадії оспорювання та пред'явлення рішення до виконання [5].

Що стосується такої підстави, як неарбітрабельність предмета спору, то слід звернути увагу на те, що кожна країна самостійно у своєму внутрішньому законодавстві вирішує питання арбітрабельності, адже положення Конвенції не обмежують країн-учасниць у праві самостійно визначати перелік як арбітрабельних, так і неарбітрабельних спорів.

Щодо суперечності арбітражного рішення публічному порядку слід відзначити, що така правова категорія, як "публічний порядок" є досить складною і дискусійною. Що стосується України, то посилання суду на суперечливість рішення арбітражного суду публічному порядку на практиці трапляється досить рідко. Верховний Суд наголошує на тому, що "необґрунтована відмова в наданні дозволу на примусове виконання рішення міжнародного комерційного арбітражного суду є своєрідним блокуванням рішення і може, у випадку свавільного застосування, отримати характер штучного нормативного бар'єру, який з погляду міжнародного права є абсолютно недопустимим" [14]. Як приклад випадку, коли Верховний Суд знайшов підстави для відмови у задоволенні заяви про визнання та надання дозволу на виконання на території України рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду, можна навести справу № 824/101/2019. У Постанові від 02.07.2020 року Верховний Суд вказує на те, що "виконання рішення МКАС при ТПП РФ порушуватиме правила України про публічний порядок, а саме фундаментальні політичні інтереси держави в забезпеченні національної безпеки, зокрема й безпеці людей, які проживають на її території" [15]. Така позиція аргументована тим, що під час розгляду справи було доведено, що "в разі визнання та виконання рішення МКАС при ТПП РФ з державного підприємства, яке має стратегічне значення для оборони держави, відбудеться стягнення коштів на користь зареєстрованої у державі-агресорі юридичної особи, що замовляє товари військового призначення і права якої щодо її майна, торговельної активності та фінансових зобов'язань на підставі Закону України "Про санкції" є тимчасово обмеженими з огляду на потребу України в захисті інтересів суспільства та держави від загроз національній безпеці, зокрема, безпеці людей, які проживають на території України". Таким чином, суди в Україні лише в поодиноких випадках знаходять підстави для відмови у виконанні арбітражних рішень з підстави порушення публічного порядку.

Аналогічно діють і суди інших країн. Наприклад, за англійським правом, концепція публічного порядку може використовуватись для оскарження арбітражного рішення, а також відмови у визнанні і виконанні арбітражних рішень (ст. 68 (2) (g), ст. 81 (1) (c) Закону Англії "Про арбітраж"). При цьому зазвичай звернення до публічного порядку розглядається як "крайній захисний засіб", а клопотання про відмову у визнанні і виконанні арбітражного рішення на підставі порушення публічного порядку рідко задовольняються.

Встановлення неарбітрабельності спору. Слід зазначити, що під час розгляду питання щодо неарібтрабельності того чи іншого спору виникає надзвичайно важливе запитання: нормами права якої країни слід при цьому керуватись? З одного боку, є законодавство, за яким визначається, чи є арбітрабельним предмет спору, а з іншого боку, є законодавство країни, у якій здійснюється арбітраж, і яке регулює процесуальну частину визнання спору неарбітрабельним. Крім того, часто трапляються ситуації, коли кожна зі сторін підпорядкована різним юрисдикціям, при цьому контракт регулюється матеріальним правом третьої країни, місце арбітражу визначене сторонами в іншій країні, а виконанню рішення може підлягати також в різних країнах [16, с. 2]. Питання встановлення законодавства, за яким спір має визнаватись неарбітрабельним, є актуальним, зважаючи на те, що арбітражне рішення має цінність для сторін виключно у випадку, якщо рішення може бути виконано. Якщо спір є арбітрабельним за законодавством, яким міжнародний арбітраж керувався під час розгляду справи, то це не означає, що цей самий спір є арбітрабельним за законодавством країни, де буде виконуватись прийняте судом рішення. Також слід зауважити, що вибір законодавства, відповідно до якого буде встановлюватися неарбітрабельність спору, може залежати від того, чи порушується це питання перед арбітражним судом, перед національним судом до передання спору на розгляд до арбітражу, або ж перед національним судом під час пред'явлення арбітражного рішення до виконання [5].

Зазначене питання є дискусійним, і думки фахівців з цього питання різняться.

Щодо підходів до визначення законодавства, за яким встановлюється неарбітрабельність спору, то в наукових роботах зустрічаються такі пропозиції:

- питання про арбітрабельність спору підкорюється *lex fori* (закон суду) на підставі підпункту "а" п. 2 ст. V Конвенції, який містить жорстку колізійну прив'язку, згідно з якою під час вирішення питання про визнання та приведення до виконання іноземного арбітражного рішення питання про арбітрабельність спору завжди підкорюються національному закону країни суду;
- питання про арбітрабельність спору підкорюється *lex arbitri* (закону, яким керується арбтіражне застереження);
- питання про арбітрабельність спору підкорюється і *lex fori* і *lex arbitri*. Частина науковців вважає, що арбітр під час розгляду справи має підходити до дослідження питання арбітрабельності дещо ширше та повинен зробити аналіз арбітрабельності спору як за законом місця арбітражу, так і за законами країни, де буде виконуватись арбітражне рішення. Інші вчені вважають, що арбітр може обмежитись виключно дослідженням питання арбітрабельності спору за законами місця арбітражу.
- питання про арбітрабельність спору вирішується на користь того, що спір є арбітрабельним, крім випадків, коли закон, яким регулюється контракт або закон арбітражної угоди, не передбачають іншого [6, с. 3].

Науковці наголошують на тому, що необхідно розрізняти неарібтрабельність спорів в розумінні національного законодавства і неарбітрабельність на міжнародному рівні, адже в більшості країн коло неарбітрабельних спорів, визначених національних законодавством, є ширшим, ніж це визначено на міжнародному рівні [17, с. 775].

Слід зазначити, що останнім часом досить поширеною є думка про те, що неарбітрабельність спору відповідно до вимог національного права необов'язково потягне за собою невизнання рішення на підставі Нью-Йоркської конвенції. Зокрема, Апеляційний суд США для Другого округу у справі Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale De L' Industrie Du Papier засвідчив, що "особливі міркування і політики, які лежать в основі міжнародного арбітражу, вимагають вужчого погляду на неарбітрабельність у міжнародному контексті, ніж у внутрішньому".

Визначення кола неарбітрабельних спорів. Кожна країна самостійно встановлює перелік спорів, які є неарбітрабельними. Слід відзначити, що загальні світові тенденції свідчать про подальше звуження більшістю країн кола неарбітрбельних спорів. Серед ключових чинників, які впливають на рішення країни щодо визначення кола арбітрабельних та неарбітрабельних спорів, є система права, усталена судова практика, рівень довіри держави до системи міжнародних арбітражних судів тощо.

Найрозпоширенішими категоріями неарбітрабельних спорів є:

- спори, що виникають з кримінальних правовідносин;

- справи з питань банкрутства;
- сімейні спори;
- трудові спори;
- спадкові спори;
- спори, пов'язані з антимонопольним законодавством.

Спори у сфері інтелектуальної власності та корпоративні спори за законодавством більшості країн є частково арбітрабельними.

Для прикладу, відповідно до ст. 582 Цивільного процесуального кодексу Австрії [18] предметом арбітражної угоди може бути будь-яка майнова вимога, що може розглядатись у державних судах. Що стосується немайнових спорів, то вони є арібтрабельними у випадку, якщо відносно предмета спору сторони мають право укласти мирову угоду. Водночас зазначена стаття встановлює коло неарбітрабельних спорів, до яких зараховує: спори сімейно-правового характеру, вимоги з договорів, які хоча б частково регулюються Законом про оренду або Законом про соціальне житло та будь-які вимоги щодо права власності на квартиру.

Цивільно-процесуальне законодавство Італії встановлює, що неарбітрабельними є спори, що стосуються питань цивільної правосуб'єктності (особистого статусу) і розлучення, а також інші спори, що не можуть бути предметом мирової угоди [3, с. 146].

Стаття 1 Закону про арбітраж Швеції [19] передбачає, що спір може бути переданий на вирішення до арбітражу, якщо сторони можуть досягати угоди щодо такого спору. Крім того, спори, що виникають із законодавства про конкуренцію, також можуть бути вирішені арбітражем, якщо рішення стосується цивільно-правових наслідків такого спору.

Цивільний кодекс Франції встановлює, що сторони можуть погодити арбітраж щодо тих спорів, за якими вони можуть досягати угод (ст. 2059). Водночас ст. 2060 вказує на те, що не можуть бути предметом арбітражного розгляду спори щодо статусу та правоздатності фізичних осіб, справи щодо розлучення або встановлення статусу окремого проживання подружжя, спори за участю державних органів та інституцій та спори, де присутній публічний інтерес. Проте судова практика Франції згодом дійшла висновку, що положення зазначених статей не застосовуються до міжнародних арбітражних угод. Так само французькі суди підтвердили і арбітрабельність угод щодо антиконкурентних спорів [16, с. 779].

Стаття 177 (1) Закону Швейцарії "Про міжнародне приватне право" (Switzerland Private International Law Act (SPILA)) передбачає, що "будь-який спір, що включає економічний інтерес, може бути предметом арбітражного розгляду. Держава, підприємство або організація під контролем держави, яка є учасником арбітражної угоди, не може посилатися на свій власний закон для того, щоб оскаржити чинність арбітражної угоди або арбітрабільність спору" [20, с. 107]

Відповідно до законодавства Німеччини арбітрабельними є спори, що зачіпають економічний інтерес. Що стосується інших спорів, арбітражну угоду сторони можуть укласти, якщо щодо такого спору може бути укладено мирову угоду. При цьому неарбітрабельними є спори щодо оренди житла [21, с. 135].

Закон Китаю про арбітраж встановлює, що неарбітрабельними є сімейні, спадкові, адміністративні та інші спори. Водночас спори щодо нерухомості, корпоративні спори, спори, пов'язані зі створенням та реорганізацією підприємства, визнаються арбітрабельними [22, с. 120].

Таким чином, законодавство більшості країн вважає арбітрабельними досить широке коло спорів. Зазвичай це спори, за якими сторони можуть досягнути домовленостей і укласти мирову угоду. Щодо неарбітрабельних спорів, то їх перелік встановлюється відповідними національними нормативно-правовими актами.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що існує необхідність у подальшому детальному науковому дослідженні доктрини нерабітрабельності. Ключовим практичним питанням залишається питання, присвячене колізійним моментам обрання матеріального права, на підставі якого має встановлюватись неарбітрабельність того чи іншого спору. Визначення єдиного підходу до цього питання забезпечить виявлення неарбітрабельних спорів ще на стадії їх розгляду і дозволить виключити ситуації, коли вже прийняте арбітражне рішення не зможе бути фактично виконано.

У результаті проведеного дослідження виявлено також питання, пов'язане з такою категорією, як "публічний порядок", та її впливом на визнання спору неарбітрабельним. Однозначне розуміння необхідності розмежування двох окремих підстав для відмови у виконанні арбтіражного застереження забезпечить уніфікований підхід судових установ до питання відмови у виконанні арбітражного рішення.

Також слід зауважити, що, зважаючи на тенденції звуження кола неарбітрабельних спорів, актуальним також убачається подальше дослідження арбітрабельності таких категорій спорів, як корпоративні спори, спори у сфері нерухомості, спори в сфері антимонопольного законодавства тощо.

Список використаних джерел

1. *Притика Ю. Д.* Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді : дис.... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006.
2. *Винокурова Л. Ф.* Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку правового регулювання в умовах реформування судової системи : Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху // V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І. Г. Побірченка : збірник доповідей і статей (4 жовтня 2018 року). Київ, 2019. С. 137–153
3. *Нагнибіда В. І.* Механізм правозастосування при вирішенні спорів у міжнародному комерційному арбітражі : монографія. Київ : Гельветика, 2020. 491 с.
4. *Купцова М. В.* Арбітрабільність спорів у міжнародному комерційному арбітражі // Адвокат. 2012. № 5 (140). С. 41–45.
5. *Kleiman Elie, Pauly Claire, Day Jones*. Arbitrability and Public Policy Challenges // GAR. 2019. URL: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/1st-edition/article/arbitrability-and-public-policy-challenges#footnote-056 (дата звернення 30.06.2022).
6. *Воронов К. М.* Принцип "компетенції-компетенції" в міжнародному комерційному арбітражі: дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Харків, 2018. 207 с.
7. *Хоперія А. А.* Правова природа та основи виникнення поняття "неарбітрабельність спору" // Юридичний науковий електронний журнал. 2001. № 9. URL: http://www.lsej.org.ua/9_2021/24.pdf (дата звернення 18.06.2022).
8. Господарський процесуальний кодекс України : Кодекс від 06.11.1991 р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.
9. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII // Відомості Верховної Ради України. 1994. № 25. Ст. 198.
10. *Mook Jianpinitnan, Brown Matthew*. Subject Matter of the Dispute not Arbitrable // Jus Mundi. 25 August 2022. URL: https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-subject-matter-of-the-dispute-not-arbitrable (дата звернення 18.06.2022).
11. Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень : Конвенція Організації Об'єднаних Націй від 10.06.1958 р. // Офіційний вісник України. 2004. № 45. С. 329.
12. Щодо міжнародного торговельного арбітражу : типовий закон ЮНСІТРАЛ від 21.06.1985 р. URL: https://regulation.gov.ua/documents/id208470 (дата звернення 05.06.2022).
13. *Теплюк С.* Інститут публічного порядку у праві Англії та США // Підприємництво, господарство і право. 2017. № 6. С. 213–219.
14. Постанова Верховного Суду від 10 грудня 2020 р. у справі № 824/67/20 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93630830 (дата звернення: 05.07.22).
15. Постанова Верховного Суду від 02 липня 2020 р. у справі № 824/101/2019 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL:

https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/90306230 (дата звернення: 05.07.22).
16. *González de Cossío Francisco*. The problem of the relevant arbitrability // Gonzalez de Cossio Abogados. URL: http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Problem%20of%20Relevant%20Arbitrability.pdf (дата звернення 30.06.2022).
17. *Born Gary B.* International Commercial Arbitration. 2009. Vol. 1 (Kluwer Law International). URL: https://books.google.com.ua/books?id=t8aNnQAACAAJ&pg=PA10&hl=uk&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false (дата звернення 18.06.2022).
18. Austrian code of civil procedure // VIAC. Vienna, 2007. URL: https://www.viac.eu/images/law/ZPO_Schiedsrecht_2014_en_im_VIAC_Layout.pdf (дата звернення 05.06.2022).
19. The Swedish Arbitration Act // Thomson Reuters. 2022. URL: https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf (дата звернення 05.06.2022).
20. *Любченко Я. П.* Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2018. 249 с.
21. *Слипачук Т. В.* Арбитрабильность международных коммерческих споров в Украине // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 133–142.
22. *Чжоу Гуанцзюнь*. Опыт применения Нью-Йоркской конвенции в Китае. Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху // V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І. Г. Побірченка 4 жовтня 2018 року : зб. доповідей і статей. Київ, 2019. С. 115–121.

References

1. Prytyka, Yu. D. (2006) Teoretychni problemy zakhystu prav uchasnykiv tsyvilnykh pravovidnosyn v treteÿskomu sudi [Theoretical problems of protection of the rights of participants in civil legal relations in the arbitration court] [dysertacija kand. juryd. nauk]. Kyiv, 2006 (in Ukrainian).
2. Vynokurova, L.F. (2019) Mizhnarodnyi komertsiinyi arbitrazh v Ukraini: stan ta perspektyvy rozvytku pravovoho rehuliuvannia v umovakh reformuvannia sudovoi systemy [International commercial arbitration in Ukraine: the state and prospects for the development of legal regulation in the conditions of reforming the judicial system]. Niu-Yorkska konventsiia pro vyznannia ta vykonannia inozemnykh arbitrazhnykh rishen: 60-richna istoriia uspikhu. V Mizhnarodni arbitrazhni chytannia pamiati akademika I. H. Pobirchenka4 zhovtnia 2018 roku. Zbirnyk dopovidey i statey. [New York convention on the recognition and recognition of foreign arbitral awards: 60-year history of success. V International Arbitration Reading in Memory of Academician I. G. PobirchenkaJuly 4, 2018. Collection of supplementary articles], 137-153 (in Ukrainian).
3. Nagnybida, V.I. (2020) Mekhanizm pravozastosuvannia pry vyrishenni sporiv u mizhnarodnomu komertsiinomu arbitrazhi [Mechanism of law enforcement in resolving disputes in international commercial arbitration]. Kyiv: Helvetyka (in Ukrainian).
4. Kuptsova, M.V. (2012) Arbitrabilnist sporiv u mizhnarodnomu komertsiinomu arbitrazhi [Arbitrability of disputes in international commercial arbitration]. Advocat [Attorney], 5 (140), 41-43. (in Ukrainian).
5. Elie Kleiman, Claire Pauly, Jones Day. Arbitrability and Public Policy Challenges. 2019. https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/1st-edition/article/arbitrability-and-public-policy-challenges#footnote-056 (in English).
6. Voronov, K.M. (2018) Ptyntsyp "competencii-competencii" v mizhnarodnomu comerciinomu arbitrazhi [The principle of "competence-competence" in international commercial arbitration] [dysertacija kand. juryd. nauk]. Kharkivskij nacional'nyj universytet imeni V. N. Karazina [V. N. Karazin Kharkiv National University], Kharkiv (in Ukrainian).
7. Khoperiia, A.A. (2001) Pravova pryroda ta osnovy vynyknennia poniattia "nearbitrabelnist sporu" [Legal nature and foundations of the concept of "non-arbitrability of a dispute"], Jurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal [Legal scientific electronic journal], 9. http://www.lsej.org.ua/9_2021/24.pdf (in Ukrainian).
8. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Code of commercial procedure of Ukraine] № 1798-XII (1992). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Information of the Verkhovna Rada of Ukraine], (6), 56 (in Ukrainian).
9. Pro mizhnarodnyi komertsiinyi abritrazh, zakon Ukrainy [On International Commercial Arbitration, Law of Ukraine] № 4002-XII (1994). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Information of the Verkhovna Rada of Ukraine], (25), 198 (in Ukrainian).
10. Mook Jianpinitnan, Mr Matthew Brown. Subject Matter of the Dispute not Arbitrable. https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-subject-matter-of-the-dispute-not-arbitrable (in English).
11. Pro vyznannia ta vykonannia inozemnyh arbitrazhnyx rishen', Konventsiya Organizacii Obiednanyh Nacij [Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UNO] (1958) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070#Text. (in Ukrainian).
12. Schodo mizhnarodnogo torgivelnogo arbitrazhu: typovyi zakon UNCITRAL [UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration] https://regulation.gov.ua/documents/id208470 (1985).
13. Tepliuk, S. (2017) Instytut publichnoho poriadku u pravi Anhlii ta SShA [Institute of public order in the law of England and the USA], Pidpryiemnyctvo, hospodarstvo I parvo [Entrepreneurship, Economy and Law], 6, 213-219 (in Ukrainian).
14. Postanova Verkhovnoho Sudu (2020) [Resolution of the Supreme Court]. In case No 824/67/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93630830.
15. Postanova Verkhovnoho Sudu (2020) [Resolution of the Supreme Court]. In case No 824/101/2019. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/90306230.
16. Francisco González de Cossío. The problem of the relevant arbitrability. http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Problem%20of%20Relevant%20Arbitrability.pdf (in English).
17. Gary B. Born (2009) International Commercial Arbitration. Volume 1. Kluwer Law International. https://books.google.com.ua/books?id=t8aNnQAACAAJ&pg=PA10&hl=uk&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false (in English).
18. Austrian code of civil procedure. https://www.viac.eu/images/law/ZPO_Schiedsrecht_2014_en_im_VIAC_Layout.pdf (in English).
19. The Swedish Arbitration. https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf (in English).
20. Liubchenko, Ia.P. (2018) Alternatyvni sposoby vyrishennia pravovykh sporiv: teoretyko-pravovyi aspekt [Alternative ways of resolving legal disputes: theoretical and legal aspect] [dysertacija kand. juryd. nauk]. Nacional'nyj iurydychnyi universytet imeni Yaroslava Mudrogo [Yaroslav Mudryi National Law University], Kharkiv (in Ukrainian).
21. Slipachuk, T.V. (2010). Arbitrabelnost meahdunarodnyh commercheskih sporov v Ukraine [Arbitrability of International Commercial Disputes in Ukraine]. Vestnik meahdunarodnogo commercheskogo arbitrazha [Bulletin of International Commercial Arbitration], 1, 133-142 (in Russian).
22. Chzhou Guancdzun' (2018). Opyt primeneniia Niu-Yorkskoj Konvencii v Kitae [Experience with the New York Convention in China]. Niu-Yorkska konventsiia pro vyznannia ta vykonannia inozemnykh arbitrazhnykh rishen: 60-richna istoriia uspikhu. V Mizhnarodni arbitrazhni chytannia pamiati akademika I. H. Pobirchenka4 zhovtnia 2018 roku. Zbirnyk dopovidey i statey. [New York convention on the recognition and recognition of foreign arbitral awards: 60-year history of success. V International Arbitration Reading in Memory of Academician I. G. PobirchenkaJuly 4, 2018. Collection of supplementary articles], 115-121 (in Russian).

Received: 25.07.22
Revised 1st: 15.08.22
Revised 2nd: 01.09.22
Accepted: 16.09.22

K. Spyrydonova, Postgraduate Stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

NON-ARBITRABILITY OF DISPUTES: PROBLEMS OF DEFINITION

The purpose of the article is to study the non-arbitrability doctrine, to analyze the existing scientific definitions of the concept of "arbitrability" and "non-arbitrability", and to study the main approaches of different countries' legislators regarding the limitation of arbitrability (positive and negative approaches).

As a result of the research, it was concluded that there is no conventional or legal definition of the concept of "non-arbitrability" as well as there is no single scientific definition of the term. The UN Convention "On the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration were analyzed with the purpose of settling the issue of non-arbitrability of disputes. The problem of the relationship between the non-arbitrability of the subject of the dispute was researched and the contradiction of the rendered decision with public order as grounds for annulment of the arbitration decision and refusal to enforce was reviewed. The author's position on the specified issue is presented.

The problems of choosing the legislation according to which the non-arbitrability of the dispute should be established were considered. The main positions of scientists on this issue are analyzed and the most popular approaches to determining the legislation to apply when establishing the arbitrability of a dispute are highlighted.

According to the comparative method, a review of the implementation of non-arbitrability concept of disputes in a number of foreign countries, in particular, in Sweden, France, China, Germany, Switzerland, etc was made. It was concluded that currently there exists the tendency to narrow the list of non-arbitrable disputes and it continues at both levels: the legislation of many countries and judicial practice. The categories of disputes that are recognized as non-arbitrable in the majority of foreign countries are defined.

Keywords: arbitrability, non-arbitrability, international arbitration, jurisdiction, competence.

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2022; 3 (122): 89-94
УДК: 349 (342)
DOI: https://doi.org/10.17721/1728-2195/2022/3.122-15

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing center "Kyiv University", 2022

І. Шляхов, асп.
ORCID ID: 0000-0002-6901-211X
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

БЮДЖЕТНЕ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЙОГО ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ

Визначено основні ознаки бюджетного зобов'язання як фінансово-правової категорії, сторони такого зобов'язання задля подальшого наукового вивчення підстав виникнення бюджетних зобов'язань та їх виконання.

Дослідження проводилось із застосуванням діалектичного методу. Основним спеціально-юридичним методом дослідження, що застосовувався в дослідженні, є метод юридичної герменевтики, який полягає в інтерпретації юридичних текстів.

Приділено увагу генезису (становленню) фінансово-правової категорії бюджетного зобов'язання. Коротко висвітлено співвідношення категорій "зобов'язання" та "бюджетне зобов'язання", відмежування його від зобов'язань приватно-правового характеру. Також досліджено проблеми юридичного закріплення та визначення поняття "бюджетне зобов'язання". У висновках наведено можливі шляхи вдосконалення його правового закріплення.

Детально та послідовно охарактеризовано ключові ознаки бюджетного зобов'язання як категорії фінансово-правової, що випливають із положень бюджетного законодавства. Виокремлено п'ять ключових ознак бюджетного зобов'язання, а саме: бюджетне зобов'язання 1) є публічним визнанням з боку органу Казначейства того, що його буде оплачено коштами бюджету; 2) відповідає бюджетному асигнуванню (здійснюється відповідно до нього); 3) є похідним, оскільки виникає на основі первинного зобов'язання; 4) має часові межі, що відповідають бюджетному періоду; 5) передбачає, що його сторонами є розпорядники (одержувачі) бюджетних коштів та орган Казначейства як уповноважений державою (територіальною громадою) орган (законний представник власника). Серед іншого розглянуто проблеми юридичної техніки, що виникають під час формулювання норм Бюджетного кодексу України в частині регулювання бюджетних зобов'язань.

Автором порушено питання необхідності проведення окремого дослідження щодо підстав виникнення бюджетних зобов'язань та їх виконання.

Ключові слова: фінансово-правове зобов'язання, бюджетне законодавство, казначейський контроль, виконання бюджетів, бюджетне зобов'язання, бюджетне фінансове зобов'язання, ознаки бюджетного зобов'язання, операції з бюджетними коштами.

Вступ. ***Актуальність проблематики.*** Правовідносини щодо формування, розподілу, використання бюджетних коштів, звітування про таке використання, а також контролю додержання бюджетного законодавства відбуваються в ході бюджетного процесу та становлять окрему сферу правового регулювання та наукового дослідження. Бюджетний процес характеризується своєю циклічністю, стадійністю, послідовністю процедур, особливою правовою регламентацією. Його ключовою стадією є виконання бюджетів, мета якого полягає у фінансовому забезпеченні публічного функціонування держави та місцевого самоврядування, а інші стадії існують виключно для забезпечення та аналізу ефективності такого виконання. Важко не погодитися, що прогнозування, планування та звітування як стадії бюджетного процесу були б не тільки недоречними, а й незрозумілими без стадії виконання. Виконання бюджетів, зокрема за видатками та кредитуванням, як специфічний вид фінансових правовідносин також має свою внутрішню сталу структуру, зокрема, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 46 Бюджетного кодексу України (далі – БК України) полягає в почерговому встановленні асигнувань відповідно до бюджетних призначень, затвердженні документів з виконання бюджетів та в майбутньому – взятті бюджетних зобов'язань, що передусім призводить до виконання бюджетних програм в частині одержання товарів, робіт і послуг та їх оплати. Доктор юридичних наук, професор Наталія Якимчук зауважує, що бюджетне зобов'язання є центральним елементом механізму виконання бюджету за видатками як етапу бюджетного процесу [6, с. 478], що є цілком логічним, адже шляхом взяття бюджетних зобов'язань відбувається виконання бюджетних програм та здійснення видатків бюджетів. Це дає нам можливість виокремити категорії "бюджетне зобов'язання" центральне місце у відносинах виконання бюджетів за видатками та кредитування.

Постановка проблеми. Бюджетне законодавство має довгий, непростий шлях свого розвитку та формування, і цей процес триває й досі. Сучасні науковці у своїх дослідженнях не перебувають осторонь вивчення проблем фінансово-правового регулювання, що виникають у результаті постійного і часто несистемного коригування джерел фінансового законодавства, обумовлених упровадженням реформ та необхідністю виконання міжнародних зобов'язань держави України тощо.

Динамічність бюджетного законодавства пов'язана зі швидкозмінною політичною та економічною кон'юнктурою. Таке постійне коригування правових засад функціонування фінансово-правової сфери може тривати довго, навіть незважаючи на те, що Україна обрала шлях євроінтеграції та зобов'язалась неухильно дотримуватися принципу стабільності фінансової політики. Водночас зовнішній вплив на бюджетне законодавство пояснюється залежністю від необхідності виконання завдань держави, зміни курсу або напряму державної політики, одразу зумовлює коригування фінансово-правових норм. Такі неочікувані події, як пандемія COVID-19, російська агресія та повномасштабне військове вторгнення на територію України продемонстрували нам залежність бюджетного законодавства від політики держави. Адже виконання функцій держави безпосередньо залежить від фінансово-ресурсного забезпечення, порядку його розподілу та використання. Доречно згадати, що Лідія Воронова, український правознавець та відомий фахівець у галузі фінансового права, доктор юридичних наук, професор, стверджувала, що зазвичай закон відзначається стабільним характером і тривалим існуванням, але закони, які регулюють

© Шляхов І., 2022

фінансові відносини в умовах перехідного періоду, не можуть існувати довго, отже, за своєю суттю будуть швидкоплинними [2, с. 58].

Поняття "бюджетне зобов'язання" не є новим для бюджетного законодавства, однак його правове закріплення та науковий аналіз мають бути кращими. Водночас ми спостерігаємо, як законодавець намагається розширити категорію зобов'язань у бюджетному законодавстві, постійно з'являються нові види фінансово-правових зобов'язань.

Однак поряд із цим у правозастосовній практиці склались доволі неоднозначні підходи до розуміння бюджетних зобов'язань, часто ототожнюються така суто фінансово-правова категорія, як цивільне зобов'язання в розумінні ст. 509 ЦК України, та господарське зобов'язання в розумінні, що закріплене в ст. 173 ГК України. Таке ототожнення призводить до розмиття на практиці межі між бюджетно-правовим та приватно-правовим регулюванням відносин у сфері взяття та виконання зобов'язань, що мають публічну природу.

Формулювання мети та об'єкта дослідження. Метою цього дослідження є визначення поняття та основних ознак бюджетного зобов'язання як фінансово-правової категорії, визначення його напрямів задля подальшого наукового вивчення підстав для виникнення бюджетних зобов'язань та їх виконання. Об'єктом дослідження є категорія "бюджетне зобов'язання" як фінансово-правове явище. Така категорія є публічно-правовою і, відповідно, є різновидом публічно-правових зобов'язань.

Методологією дослідження стало звичне для юридичної науки застосування діалектичного методу, зокрема способи аналізу, спостереження, зіставлення, ідеалізації. Водночас основним спеціально-юридичним методом, що застосовувався в дослідженні, є метод юридичної герменевтики, що полягає в інтерпретації юридичних текстів. На останньому дослідження й було зосереджено.

Виклад основного матеріалу. Визначення *поняття "бюджетне зобов'язання"* закріплене в п. 7 ч. 1 ст. 2 БК України як "будь-яке здійснене відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, згідно з якими необхідно здійснити платежі протягом цього ж періоду або в майбутньому" [1].

Сучасне визначення поняття бюджетного зобов'язання, що нормативно закріплене в БК України, не піддавалось уточненню чи зміні, починаючи з часу його прийняття, однак Мінфіном було введено додаткову категорію: *"бюджетне фінансове зобов'язання"*. На виконання статей 43, 46, 48, 51, 112, 116–118 Бюджетного кодексу України та з метою забезпечення контролю органами Державної казначейської служби України в разі взяття бюджетних зобов'язань розпорядниками бюджетних коштів, які перебувають на казначейському обслуговуванні, удосконалення механізмів використання бюджетних коштів та управління бюджетними коштами наказом Міністерства фінансів України (далі – Мінфін) від 02.03.2012 № 309 було затверджено Порядок реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів та одержувачів бюджетних коштів в органах Державної казначейської служби України. Цим порядком було введено в обіг, зокрема, такі поняття, як: "бюджетне фінансове зобов'язання", "довгострокове зобов'язання". Варто зазначити, що "бюджетне фінансове зобов'язання" існувало й задовго до прийняття БК України 2010 року на підзаконному рівні й відтоді майже не відчуло значного коригування.

Питання обґрунтованості введення Мінфіном, на підзаконному рівні, категорії "бюджетне фінансове зобов'язання", визначивши їх через поняття самого бюджетного зобов'язання залишається і досі нез'ясованим. У БК України відсутні норми, що вказують на необхідність диференціації та класифікації бюджетних зобов'язань. Навіть у частині 5 статті 48 БК України зазначається, що Казначейство України здійснює реєстрацію та облік бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів і відображає їх у звітності про виконання бюджету без жодних вказівок щодо реєстрації "бюджетних фінансових зобов'язань". Водночас за суттю "бюджетне фінансове зобов'язання" та "бюджетне зобов'язання" – різні категорії. Якщо бюджетне зобов'язання *"резервує"* відповідну суму бюджетних коштів у межах обсягу бюджетного асигнування, то виникнення бюджетного фінансового зобов'язання за результатами перевірки Казначейством первинних документів бухгалтерського обліку *створює бюджетну заборгованість*, яка погашається шляхом подання розпорядником (одержувачем) бюджетних коштів платіжних документів.

Зазначимо, що в положеннях БК України немає згадки щодо бюджетних фінансових зобов'язань, а також норм, якими закріплено повноваження Мінфіну щодо врегулювання таким чином відносин щодо бюджетних зобов'язань. У ч. 7 ст. 48 БК України лише закріплено повноваження Міністерства фінансів України визначати порядок здійснення реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів.

Здійснюючи аналіз бюджетного законодавства, варто виокремити такі *ключові ознаки бюджетного зобов'язання.* Отже, бюджетне зобов'язання :

1) є публічним визнанням, в особі органу Казначейства, зобов'язання таким, що буде оплачено коштами бюджету**.** Першою ціллю бюджетного зобов'язання є своєрідне *"резервування"* розпорядникам (одержувачам) бюджетних коштів (надалі за текстом – РБК (ОБК) коштів бюджету в межах бюджетного асигнування, що надане головним розпорядником бюджетних коштів відповідно до бюджетного призначення (ч. 1 ст. 23 БК України) [1]. Відповідно до Порядку складання бюджетної звітності розпорядниками та одержувачами бюджетних коштів, звітності фондами загальнообов'язкового державного соціального і пенсійного страхування, затвердженого наказом Мінфіну від 24.01.2012 № 44, у бюджетній звітності про бюджетну заборгованість у кредиторській заборгованості відображається сума заборгованості, що виникла на звітну дату під час виконання кошторису (плану використання бюджетних коштів) за бюджетними зобов'язаннями, взятими на облік органами Казначейства в поточному та минулих звітних роках. Водночас у ч. 3. ст. 48 БК України зазначається, що "операції протягом бюджетного періоду, за якими розпорядником бюджетних коштів взято зобов'язання без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених цим Кодексом та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), є недійсними. За такими операціями не виникають бюджетні зобов'язання та не утворюється бюджетна заборгованість" [1]. Це положення демонструє нам практичну проблему виокремлення ознак бюджетного зобов'язання, адже в законі *немає єдиних підстав виникнення бюджетних зобов'язань*, не визначено конкретний момент, з якого бюджетне зобов'язання стає фінансово-правовою категорією, не при-

діляється увага механізму скасування бюджетного зобов'язання або анулювання (зняття з реєстрації). У законі також не розмежовані, а часом доволі заплутано згадуються операції щодо бюджетних зобов'язань, якот: виникнення, взяття, реєстрація, здійснення, облік тощо. Пропонуємо ще раз звернути увагу на зазначене вище положення ч. 3 ст. 48 БК України, з якого випливає, що саме *в результаті взяття бюджетного зобов'язання утворюється бюджетна заборгованість* (на стадії виконання бюджетів за видатками), а відповідність його бюджетному асигнуванню є його наступною, окремою, не менш важливою ознакою, що буде зазначено нижче. Водночас публічне визнання бюджетної заборгованості неможливе само собою, а слідує за певними адміністративно-процедурними діями, а саме – реєстрацією бюджетних зобов'язань. У ч. 5 ст. 48 БК України визначено, що Казначейство України здійснює реєстрацію та облік бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів і відображає їх у звітності про виконання бюджету. Так само, відповідно до Порядку реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань розпорядників бюджетних коштів та одержувачів бюджетних коштів в органах Державної казначейської служби України, що затверджений наказом Мінфіну від 02.03.2012 № 309, орган Казначейства здійснює реєстрацію та облік бюджетних зобов'язань, бюджетних фінансових зобов'язань розпорядників і одержувачів бюджетних коштів відповідно до поданих ними Реєстрів бюджетних зобов'язань і документів, що підтверджують факт узяття бюджетного зобов'язання. Без реєстрації (взяття на облік) органом Казначейства зобов'язань такі зобов'язання не вважаються бюджетними. Отже, *факт реєстрації або взяття на облік бюджетного зобов'язання є ключовим юридичним фактом для набуття зобов'язанням правового режиму бюджетного зобов'язання.* Варто звернути увагу, що у визначенні поняття "бюджетне зобов'язання" в ст. 2 БК України законодавець не виділяє факт реєстрації органом Казначейства як ознаку, що характеризує таку категорію. Реєстрація Казначейством взятого бюджетного зобов'язання розпорядниками бюджетних коштів є також підтвердженням передусім відповідності бюджетного зобов'язання бюджетному асигнуванню (призначенню), паспорту бюджетної програми;

2) відповідає бюджетному асигнуванню (здійснюється відповідно до нього). У п. 6 ч. 1 ст. 2 БК України бюджетне асигнування визначається як "повноваження розпорядника бюджетних коштів, надане відповідно до бюджетного призначення, на взяття бюджетного зобов'язання та здійснення платежів, яке має кількісні, часові та цільові обмеження" [1]. Виходячи із цього визначення, бачимо, як між собою корелюються такі категорії, як бюджетне зобов'язання та асигнування: останнє надається для взяття бюджетних зобов'язань, які, у свою чергу, здійснюються відповідно до бюджетних асигнувань. Одразу помічаємо деякі термінологічні особливості, виходячи з наведеного у статті 2 БК України визначення поняття "бюджетного асигнування": щодо терміна "бюджетні зобов'язання" вживається слово "беруть", а під час визначення поняття "бюджетного зобов'язання" вказується, що вони "здійснюються". Далі слід зазначити, що з визначення поняття "бюджетне асигнування" випливає, що бюджетні зобов'язання беруть передусім розпорядники бюджетних коштів, але, зважаючи на положення п. 9 ч. 5 ст. 22 та ст. 46 БК України, бюджетні зобов'язання беруться й одержувачами бюджетних коштів відповідно до бюджетних асигнувань, які доведені до них головним розпорядником бюджетних коштів (відповідальним виконавцем бюджетної програми) згідно з бюджетною програмою, до виконання якої залучені такі одержувачі бюджетних коштів. Також варто звернути увагу, що в ч. 1 ст. 48 та п. 4 ч. 5 ст. 22 БК України зазначено, що обсяг бюджетних асигнувань встановлюється розпорядникам бюджетних коштів *кошторисом*. Проте, зважаючи на п. 46 Порядку складання, розгляду, затвердження та основні вимоги до виконання кошторисів бюджетних установ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28.02.2002 № 228, для окремих розпорядників бюджетних коштів, а саме вищих навчальних закладів та наукових установ та закладів охорони здоров'я, бюджетні асигнування можуть бути встановлені *планом використання бюджетних коштів*. Водночас в БК України передбачено, що план використання бюджетних коштів є документом, що затверджується для одержувачів бюджетних коштів (п. 4 ч. 5 ст. 22 БК України), на підставі якого вони використовують кошти, що виділяються на виконання відповідної бюджетної програми, до виконання якої залучений такий одержувач. Як було зазначено вище, не допускається взяття зобов'язань без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених БК України та законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), оскільки відповідно до ч. 3 ст. 48 БК України воно є недійсними, а отже, за такою операцією не виникає бюджетне зобов'язання (тобто воно не може бути оплачене з бюджету). Тут слід зупинитися на тому, що йдеться саме про зобов'язання *бюджетних установ*, а також зобов'язання одержувачів бюджетних коштів *на виконання бюджетних програм*. Бо дослівне розуміння цієї частини норми є доволі вузьким та порушує загальнотеоретичне розуміння правоздатності юридичної особи. Наприклад, громадська організація, будучи одержувачем бюджетних коштів (надалі – ОБК), може брати зобов'язання (як юридична особа) в тих обсягах, які їй дозволені локальними актами організації – статутом тощо. Такі зобов'язання можуть ставати бюджетними лише в тому випадку, якщо вони взяті відповідно до цілі та обсягу бюджетного асигнування, оскільки ОБК може брати зобов'язання, які оплачуються як за рахунок бюджетних коштів, так і власних. А отже, тільки ті зобов'язання, які належить оплатити за рахунок бюджетних коштів (про що зазначено у договорі), взяті понад бюджетні асигнування, належить визнавати недійсними. Витрати, яких зазнала організація (розпорядник (одержувач) бюджетних коштів) у зв'язку зі взяттям зобов'язання без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, "стягуються з осіб, винних у взятті таких зобов'язань, у судовому порядку" (ч. 4 ст. 48 БК України) [1]. Єдиний виняток, за якого бюджетні зобов'язання можуть бути взяті понад обсяг встановлених бюджетних асигнувань і "незалежно від визначених на цю мету бюджетних призначень", передбачено в ч. 6 ст. 48 БК України, – це "бюджетні зобов'язання щодо виплати субсидій, допомоги, пільг з оплати спожитих житлово-комунальних послуг та послуг зв'язку (в частині абонентної плати за користування квартирним телефоном), компенсацій громадянам з бюджету, на що згідно із законами України мають право відповідні категорії громадян" [1];

3) є похідним, оскільки виникає на основі первинного зобов'язання. Таку ознаку варто виокремити, виходячи з визначення бюджетного зобов'язання, що наводиться в ст. 2 БК України: "розміщення замовлення,

укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій" [1]. У сучасній юридичній літературі ми дуже часто бачимо визначення поняття категорії *"зобов'язання"* виключно або переважно як цивільно-правової категорії [5]. Але водночас учені-юристи, зокрема професор Наталія Якимчук, дійшли висновку, що використання категорії зобов'язання не є монополією цивільного права [6, с. 478–479]. Цікавим, на наш погляд, є бачення професора Жанни Завальної, яка, характеризуючи категорію зобов'язання, встановлює, що вона має *загально-правовий характер* [3, с. 149]. Добре відомим є те, що категорія прийшла з римського права і одержала найбільшого розвитку в межах приватного права (її генезис та становлення неодноразово досліджувалися цивілістами), та була введена давньо-римськими юристами. Кодекс Юстиніана визначав зобов'язання як *юридичну прив'язку, яка пов'язує нас з необхідністю виконувати певні дії* відповідно до законів держави [7, Inst. 3.13]. Отримавши сучасне забарвлення, категорія "зобов'язання" вживається як загально-теоретична правова категорія, що використовується у таких галузях права, як цивільне, трудове, сімейне, фінансове, адміністративне тощо, і відображає один з основних типів правового зв'язку (правовідношення) між учасниками правовідносин. Зобов'язання згідно зі ст. 509 ЦК України визначається як "правовідношення, у якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку". У ч. 2 ст. 173 ГК України такі зобов'язання визначаються як майново-господарські зобов'язання. У ст. 174 ГК України визначено підстави виникнення господарських зобов'язань. У ній, зокрема, визначено, що господарські зобов'язання можуть виникати: 1) безпосередньо із закону або іншого нормативно-правового акта, що регулює господарську діяльність; 2) з акта управління господарською діяльністю; 3) з господарського договору й інших угод, передбачених законом, а також з угод, не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать; 4) унаслідок заподіяння шкоди суб'єкту або суб'єктом господарювання, придбання або збереження майна суб'єкта або суб'єктом господарювання за рахунок іншої особи без достатніх на те підстав; 5) у результаті створення об'єктів інтелектуальної власності й інших дій суб'єктів, а також внаслідок подій, з якими закон пов'язує настання правових наслідків у сфері господарювання. Окрім цього, в організацій, які виступають РБК (ОБК), виникають і *приватно-правові зобов'язання* – з оплати праці, порядок виникнення та виконання яких врегульовані трудовим правом, а також *публічно-правові зобов'язання*, зокрема податкові зобов'язання, зобов'язання зі сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування тощо. Наприклад, у Циркулярі А-11 Сполучених Штатів Америки з підготовки, розрахунку та виконання бюджету США дуже часто трапляється категорія "зобов'язання" (важливо, що воно не називається бюджетним) [8]. У цьому акті термін "зобов'язання" застосовується в розумінні *зобов'язувальної угоди*, яка негайно чи в майбутньому призведе до витрат. "Бюджетні ресурси повинні бути доступними до того, як зобов'язання можуть бути прийняті та стати правовими" (Section 20, Terms and Concepts). Отже, бюджетному зобов'язанню *передує інше зобов'язання* (зокрема, цивільне, грошове, трудове, податкове), що передусім буде містити обов'язок здійснити оплату за рахунок коштів бюджету;

4) має часові межі, що відповідають бюджетному періоду. Керуючись п. 7 ст. 2 БК України відповідно до взятого бюджетного зобов'язання, належить здійснити платежі протягом бюджетного періоду, у межах якого воно взяте, або в майбутньому. Отже, бюджетне зобов'язання виникає та діє (існує) в межах проміжку часу бюджетного періоду, у якому воно виникло. Однак в окремих випадках бюджетні зобов'язання можуть бути продовжені на наступний бюджетний період, хоча найчастіше це буде вже нове бюджетне зобов'язання. Тобто щодо тривалого зобов'язання (наприклад, трудового контракту, договору капітального будівництва тощо) щороку буде формуватися та реєструватися *нове бюджетне зобов'язання*. Виконання бюджетного зобов'язання в майбутньому можливе виключно, якщо це: а) прямо передбачене законодавством (зокрема, зобов'язання належить до довгострокових зобов'язань за енергосервісом (див. п. 21-1 ч. 1 ст. 2 БК України) або виникає за державними деривативами (див. п. 7-1 ч.1 ст. 2 БК України)); б) перенесення виконання бюджетного зобов'язання на наступний бюджетний період прямо передбачено Законом про Державний бюджет України чи відповідним рішенням про місцевий бюджет. Така необхідність виникає в разі наявності за зобов'язаннями кредиторської заборгованості на початок наступного бюджетного періоду. Слід зазначити, що відповідно до абзацу 2 ч. 2 ст. 57 БК України "Бюджетні зобов'язання за бюджетними програмами спеціального фонду державного бюджету, не передбаченими проєктом закону про Державний бюджет України на наступний бюджетний період, поданим на розгляд до Верховної Ради України, головні розпорядники бюджетних коштів зобов'язані виконати до кінця поточного бюджетного періоду в межах і за рахунок відповідних фактичних надходжень до спеціального фонду бюджету, не допускаючи наявності за такими зобов'язаннями кредиторської заборгованості на початок наступного бюджетного періоду" [1]. З урахуванням положення ч. 6 та 9 ст. 78 виконання місцевих бюджетів за видатками та кредитуванням здійснюється аналогічно;

5) сторонами бюджетного зобов'язання є РБК (ОБК) та орган Казначейства як уповноважений державою (територіальною громадою) орган (законний представник власника). У сучасній юридичній літератур, окреслюючи суттєві характеристики зобов'язання як загальнотеоретичної категорії, виділяють таку ключову ознаку, як те, що сторонами зобов'язання є *конкретно визначені особи* [4, с. 27]. Це є цілком виправдано, адже зобов'язання передусім є правовідношенням сторін, з урахуванням принципу юридичної визначеності як елементу принципу верховенства права. Водночас бюджетному зобов'язанню притаманні особливі риси як фінансово-правовій категорії. По-перше, у фінансових правовідносинах *не буває рівності сторін*. Одна сторона бюджетних правовідносин завжди наділена владними повноваженнями щодо другої сторони, хоч яке місце в системі органів держави (АРК, місцевого самоврядування) вона посідає [6, с. 13]. Відповідно до ч. 1 ст. 43 БК України передбачається, що Казначейське обслуговування бюджетних коштів включає в себе контроль здійснення бюджетних повноважень під час зарахування надходжень бюджету, реєстрації взятих бюджетних зобов'язань розпорядниками бюджетних коштів та здійсненні платежів за цими зобов'язаннями. Такі контрольні повноваження здійснюються органом Казна-

чейства до РБК (ОБК) незалежно від адміністративно-правового підпорядкування. Як уже неодноразово зазначалося, орган Казначейства здійснює реєстрацію (взяття на облік) бюджетних зобов'язань, особливістю цією процедури є наявність *владних повноважень* у нього щодо РБК (ОБК). *Така нерівність цих суб'єктів проявляється у тому, що:*

а) у РБК (ОБК) наявний *обов'язок щодо подання на реєстрацію зобов'язань* для набуття ними правового режиму бюджетного зобов'язання, що відбувається шляхом внесення даних про таке бюджетне зобов'язання до відповідного реєстру, який направляється органові Казначейства, що обслуговує організацію. Згадані реєстри подаються (направляються) разом із підтверджувальними документами, якщо ці зобов'язання не стосуються таємних видатків чи окремих видатків, що здійснюються НСЗ України, чи розрахункових видатків, таких як заробітна плата, податки тощо;

б) Казначейство має *контрольні функції* стосовно РБК (ОБК), зокрема перевіряє дотримання суб'єктом подання строків для проведення реєстрації бюджетних зобов'язань (протягом 7 днів), відповідністю взятих бюджетних зобов'язань бюджетним асигнуванням, паспорту бюджетної програми (п. 4 ч. 1 ст. 112 БК України);

в) Казначейство має обов'язок у частині *вчасної реєстрації* бюджетних зобов'язань, а також настання відповідальності в разі порушення порядку реєстрації та обліку бюджетних зобов'язань, включаючи необґрунтовану відмову в реєстрації або несвоєчасну реєстрацію бюджетних зобов'язань (ч. 21 ст. 116 БК України);

г) бюджетне зобов'язання як правовідношення між органом Казначейства та РБК (ОБК) не має встановлених в законодавстві строків виконання та не має прямого обов'язку виконання бюджетного зобов'язання, також у законодавстві не передбачено відповідальності за невиконання бюджетного зобов'язання органом Казначейства за кошти бюджету у зв'язку з низьким ресурсним забезпеченням Єдиного казначейського рахунку.

Отже, сторонами бюджетного зобов'язання варто визначити: 1) РБК (ОБК) – щодо відносин з реєстрації та реалізації права вимоги оплати первинного зобов'язання, зареєстрованого як бюджетне зобов'язання в разі його виконання, 2) орган Казначейства – щодо здійснення контрольних функцій щодо РБК (ОБК), у частині взятого зобов'язання, та оплати бюджетного зобов'язання. Реєстрація Казначейством бюджетних зобов'язань є дуже важливим для кредитора юридичним фактом, адже взяття бюджетних зобов'язань на облік є певною *гарантією виконання* РБК (ОБК) своїх грошових зобов'язань. Водночас у бюджетному законодавстві відсутні норми, які вказують на необхідність доведення до кредитора інформації щодо реєстрації бюджетних зобов'язань. Цікавим є те, що на виконання принципу публічності, що закріплений у п. 10 ч. 1 ст. 7 БК України РБК (ОБК), керуючись положеннями Закону України "Про відкритість використання публічних коштів", оприлюднюється на Єдиному веб-порталі використання публічних коштів інформація щодо *укладених договорів*, а не взятих *зобов'язань*. Водночас бюджетне законодавство оперує поняттям "зобов'язання", що може набувати характеру бюджетного. Зауважимо, далеко не завжди бюджетне зобов'язання базується на договорі, зокрема зобов'язання зі сплати обов'язкових платежів, оплати праці, соціальних виплат тощо. Відповідно, на Єдиному веб-порталі використання публічних коштів доречно оприлюднювати інформацію, у частині використання бюджетних коштів, щодо взятих РБК (ОБК) бюджетних зобов'язань та підстав, на яких було їх зареєстровано.

Висновки. Вважаємо, що введення (на підзаконному рівні) нових категорій у бюджетне законодавство має відбуватися лише в тому разі, якщо це прямо передбачено законом. Зокрема, фінансово-правова категорія "бюджетне фінансове зобов'язання" введена на підзаконному рівні через необхідність деталізації положень закону, що регулюють правовідносини, які виникають з моменту отримання товару (роботи, послуг) відповідно до зареєстрованого бюджетного зобов'язання. На рівні БК України при цьому відсутнє положення, що уповноважує на закріплення поняття та деталізацію нових бюджетно-правових понять (категорій). Така загальнотеоретична проблема має бути розв'язана на законодавчому рівні шляхом закріплення межі деталізації положень закону та врегулювання на підзаконному рівні відповідних порядків, положень, інструкцій тощо. Важливість для правозастосовної практики категорії "бюджетне фінансове зобов'язання" дає можливість порушувати питання про необхідність її закріплення на рівні БК України.

Завдяки проведеному аналізу норм БК України та низки підзаконних нормативно-правових актів було *виокремлено п'ять ключових ознак бюджетного зобов'язання.*

По-перше, бюджетне зобов'язання є публічним визнанням майбутньої оплати зобов'язання за рахунок бюджетних коштів за умов виконання первинного зобов'язання. Бюджетне зобов'язання отримує фінансово-правовий режим у разі реєстрації (взяття на облік) бюджетного зобов'язання органом Казначейства. Отже, реєстрація є ключовим юридичним фактом для набуття зобов'язанням правового режиму бюджетного зобов'язання. Завдяки реєстрації бюджетного зобов'язання здійснюється "резервування" на аналітичних рахунках ЄКР для РБК (ОБК) коштів бюджету в межах бюджетного асигнування, проте кошти на його реєстраційні рахунки ще не надходять (якщо операція не здійснюється зі спеціального фонду бюджету, у цьому разі наявність фактичних надходжень передує реєстрації). Встановлено, що БК України не приділяється увага механізму скасування бюджетного зобов'язання або його анулювання (зняття з реєстрації). Факт реєстрації органом Казначейства "бюджетного зобов'язання" не зараховано законодавцем до його ознак, однак це випливає з аналізу деяких інших положень статей БК України. Отже, на наш погляд, у визначенні "бюджетного зобов'язання" в п. 7 ч. 1 ст. 2 БК України варто додати такі слова: "зареєстроване у встановленому порядку органами Казначейства".

По-друге, бюджетне зобов'язання завжди відповідає бюджетному асигнуванню. Водночас закріплення в БК України категорії бюджетне асигнування здійснене з окремими недоліками застосування юридичної техніки. Вважаємо за необхідне слова в статтях 48 і 49 БК України "розпорядник бюджетних коштів" доповнити словами "(одержувач бюджетних коштів)", що стосуються взяття бюджетних зобов'язань та одержання бюджетних асигнувань як РБК так і ОБК. Водночас у зв'язку з наявністю підстав, для окремих бюджетних установ, бюджетні асигнування яких визначаються не в кошторисі, а є в плані, після слів "кошторис" у тексті БК України доповнити словами "планом використання бюджетних коштів", зокрема в ч. 1 ст. 48 та п. 4 ч. 5 ст. 22.

По-третє, бюджетне зобов'язання виникає на підставі первинного зобов'язання між боржником та кредитором (контрагентом РБК (ОБК)). Первинне зобов'язання за своєю природою може бути як приватно-правове: ук-

ладання договору, відшкодування шкоди, так і публічно-правове: сплата податків, інших загальнообов'язкових платежів, штрафів тощо. Установлено, що зобов'язання не є виключно цивільно-правовою категорію, а може існувати як у приватно-правовій площині, так і публічній.

По-четверте, бюджетне зобов'язання має часові межі, що відповідають бюджетному періоду. Первинне зобов'язання може бути і безстроковим, однак бюджетне зобов'язання за ним береться відповідно до бюджетних асигнувань та в межах бюджетних призначень, що затверджуються на відповідний бюджетний період.

По-п'яте, сторонами бюджетного зобов'язання є РБК (ОБК) та орган Казначейства. В основі цього правовідношення лежить обов'язок РБК (ОБК) реєстрації зобов'язання і надалі право вимоги РБК (ОБК) щодо оплати виконання первинного зобов'язання, за яким зареєстроване таке бюджетне зобов'язання. А з боку органу Казначейства – обов'язок контролю взятого зобов'язання, реєстрації бюджетного зобов'язання та право його оплати за інструкцією РБК (ОБК).

Також варто зауважити, що за результатами проведеного дослідження, питання щодо підстав для виникнення бюджетних зобов'язань та їх виконання отримало необхідність подальшого наукового дослідження.

Список використаних джерел

1. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 50-51, ст.572. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2456-17 (дата звернення: 01.05.2022).

2. *Воронова Л. К.* Фінансове право України : підручник. К. : Прецедент ; Моя книга, 2006. 448 с.

3. *Завальна Ж.* Щодо питання про юридичну природу зобов'язання // Часопис Київського університету права. 2012. № 2. С. 147–150.

4. *Сінянський К.* Зобов'язання як теоретико-правова категорія // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2016. Вип. 39(2). С. 25–31.

5. Юридична енциклопедія : у 6 т. Т. 2: Д – Й / ред. Ю. С. Шемшученко та ін. К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998–1999. 741 с.

6. *Якимчук Н. Я.* Розпорядники бюджетних коштів: система та правовий статус : монографія. Чернівці : Вид-во Чернівецького національного університету, 2009. 647 с.

7. The Institutes of Justinian. // Proofreading by Dr. Philippe Paschel. 5th ed. Oxford, 1913 URL: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just3_Moyle.htm#XIII. (дата звернення: 01.06.2022).

8. OMB Circular no. A–11: Preparation, submission, and execution of the budget. Washington, 2022.

References

1. Biudzhetnyi kodeks Ukrainy, Kodeks Ukrainy [Budget Code of Ukraine, Code of Ukraine] 08.07.2010 № 2456-VI (in Ukrainian). URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2456-17 (in Ukrainian).

2. Voronova, L.K. (2012) Finansove pravo [Finance law]. K: Pretsedent ; Moia knyha (in Ukrainian).

3. Zavalna, Zh. V. (2012) Shchodo pytannia pro yurydychnu pryrodu zoboviazannia [Regarding the legal nature of the obligation]. Chasopys Kyivskoho universytetu prava [Law Review of Kyiv University of Law], № 2, 147-150 (in Ukrainian).

4. Sinianskyi, K. P. (2016) Zoboviazannia yak teoretyko-pravova katehoriia [Obligation as a theoretical and legal category]. Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu Seriia: Pravo [Uzhhorod National University Herald. Series: Law]. 39(2), 25-31 (in Ukrainian).

5. Shemshuchenko, Yu. S. (1999) Yurydychna entsyklopediia [Legal encyclopedia]. NAN Ukrainy, In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho [NAS of Ukraine, Institute of State and Law.]. Kyiv: Ukrainska entsyklopediia im. M. P. Bazhana, ISBN 966-7492-00-1. 2, 741 (in Ukrainian).

6. Yakymchuk, N. Ya. (2009) Rozporiadnyky biudzhetnykh koshtiv: systema ta pravovyi status: Monohrafiia. [Budget managers: system and legal status: Monograph]. Chernivtsi: Vydavnytstvo Chernivetskoho natsionalnoho universytetu (in Ukrainian).

7. Moyle, J. B. (1913) The Institutes of Justinian, 5th ed., Oxford (in English).

8. OMB, US. (2021) "Circular no. A–11: Preparation, submission, and execution of the budget. Washington, DC: Executive Office of the President." (in English).

Received: 07.07.22
Revised: 01.09.22
Accepted: 16.09.22

I. Shliakhov, PhD Stud.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

BUDGET OBLIGATIONS, ITS DEFINITION AND FEATURES

The proposed article was prepared as part of a dissertation research on "Financial and Legal Regulation of Budget Obligations" in order to determine the main features of the budget obligations as a financial and legal category, to differentiate the parties to such obligations for further scientific study of the grounds for budget commitments and their implementation.

The research was conducted using a general scientific dialectical method of research. The primary special legal method of research used in the study is the method of legal hermeneutics, which consists of interpretation of legal texts.

The author focuses on the genesis (formation) of the financial and legal category of the budget obligations. The relationship between the categories of "obligation" and "budgetary obligation", and its separation from the obligations in the nature of private law, is briefly covered. The problems of legal consolidation and definition of the concept of "budget obligations" and "budget financial obligations" are also studied. Attention is paid to the issue of systematization of budget legislation. The conclusions indicate possible ways to improve the legal consolidation of the concept of "budget obligations".

The article describes in detail the key features of the budget obligations as a financial and legal category, arising from the provisions of budget legislation, namely the following features: 1) is public recognized, represented by the Treasury, the obligation to be paid from the budget; 2) corresponds to the budget allocation (carried out in accordance with it); 3) is subsequent, as it arises on the basis of the original obligation; 4) has a time frame corresponding to the budget period; 5) the parties to the budget obligation are the administrator of budget funds (recipient of budget funds) and the Treasury, as a body authorized by the state (territorial community, a legal representative of the owner). The problems of legal technique that takes place in the formulation of the Budget Code of Ukraine in terms of regulating budget commitments are considered.

The general idea of the text is to discover the features of the concept "budget commitment" . It was defined by the author in great detail. Problems of the budget legislation connected with practical application of norms of the Budget code of Ukraine are highlighted.

The author comes to the conclusion on future research of the issue of the need for a separate study on the grounds for budget commitments and their implementation.

Keywords: financial and legal obligations, budget legislation, treasury control, budget execution, budget obligations, budget financial obligations, features of budget obligations, operations with budget funds.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРІВ / THE INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Ахтирська Наталія Миколаївна / Akhtyrska Nataliia
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-3357-7722
Akhtyrska.n@gmail.com

Бондарєва Марія Володимирівна / Bondareva Mariia
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3170-1307
bon.mash02@gmail.com

Вавженчук Сергій Ярославович / Vavzhenchuk Serhii
доктор юридичних наук, професор,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
ORCID ID: 0000-0002-6968-6720
aadvokat@gmail.com

Венедіктов Сергій Валентинович / Venediktov Serhii
доктор юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна
ORCID 0000-0002-0967-5085
venediktov@ukr.net

Гришина Юлія Миколаївна / Hryshyna Yuliia
доктор юридичних наук, професор,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,
ORCID ID: 0000-0002-1892-6675
Hryshyna-y@rada.gov.ua

Костюченко Олена Юріївна / Kostiuchenko Olena
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-2243-1173
1966lkos@gmail.com

Кравцов Сергій Олександрович / Kravtsov Serhii
кандидат юридичних наук, доцент,
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, Україна
ORCID ID: 0000-0002-8270-193X
kravtsov.civilprocedure@gmail.com

Мацелюх Іванна Андріївна / Matseliykh Ivanna
доктор юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID: 0000-0003-3706-6428
m.ivanna1304@gmail.com

Мельник Ірина Степанівна / Melnyk Iryna
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-7163-7063
iryna.melnyk2011@gmail.com

Мидель Андрій Михайлович / Mydel Andriy
аспірант,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-8335-8304
an.mydel@gmail.com

Плахотнік Олег Віталійович / Plakhotnik Oleh
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-2787-6956
olehplakhotnik@knu.ua

Птащенко Дмитро Сергійович / Ptaschenko Dmitro
кандидат юридичних наук, професор,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509
dimitrij9@gmail.com

Рабовська Світлана Янівна / Rabovska Svitlana
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-6147-5251
rabovs@gmail.com

Радченко Лілія Іванівна / Radchenko Liliya
кандидат юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-3783-9489
gli@online.ua

Спиридонова Катерина Сергіївна / Spyrydonova Kateryna
аспірантка,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-0139-7583
kateryna.spyrydonova@gmail.com

Шляхов Ілля Сергійович / Illia Shliakhov
аспірант,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID 0000-0002-6901-211X
ishliakhov@knu.ua

Гринчук Владислав Андрійович / Grynchuk Vladyslav
аспірант,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0001-5747-6454
vgrynchuk96@ukr.net

Корнієнко Марина Сергіївна / Korniienko Maryna
аспірантка,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0003-0553-5824
maryna.korniienko@asterslaw.com

Машкова Валерія Ігорівна / Mashkova Valeriia
аспірантка,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-2036-988X
valeriiamashkova@gmail.com

Прилуцький Сергій Валентинович / Prylutskyi Serhii
доктор юридичних наук, доцент,
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, м. Київ, Україна
ORCID ID: 0000-0002-5275-7836
priluckiys77@gmail.com

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 3 (122)

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. 11,27. Наклад 300. Зам. № 222-10457.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю3.
Підписано до друку 05.10.22

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