

Науково-дослідний інститут правотворчості
та науково-правових експертиз
Національної академії правових наук України

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 1



Видавничий дім
«Гельветика»
2023

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

ГРИНЯК Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заступник директора Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України з наукової роботи (головний редактор);

АТАМАНЧУК Наталія Іванівна, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

ДЗЕРА Олександр Васильович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

ДУРНОВ Євген Сергійович, доктор юридичних наук, професор, заступник начальника управління координації пенсійних питань та соціальної роботи Департаменту персоналу МВС України, полковник поліції;

КАРАГУСОВ Фархад Сергійович, доктор юридичних наук, професор Інституту приватного права Каспійського університету (Алмати, Республіка Казахстан);

КОЛЕСНИК Тетяна Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного, трудового права та права соціального забезпечення Донецького юридичного інституту МВС України;

КОСТЮЧЕНКО Олена Євгенівна, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

КОТ Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, директор Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

КОХАНОВСЬКА Олена Велеоніівна, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, професор кафедри цивільного права Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

КУЗНЕЦОВА Наталія Семенівна, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, віцепрезидент Національної академії правових наук України;

МІЛОВСЬКА Надія Василівна, доктор юридичних наук, доцент, завідувач відділу дослідження проблем правотворчості та адаптації законодавства України до права ЄС Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

МОНАЄНКО Антон Олексійович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

МОСКАЛЕНКО Олена Вячеславівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права імені проф. О. І. Процевського Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди;

НАЗАРОВ Іван Володимирович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

НОСІК Володимир Васильович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

ОНІЩЕНКО Наталія Миколаївна, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України;

ПЕТРИШИН Олександр Віталійович, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, радник президії Національної академії правових наук України;

ПОГРІБНИЙ Сергій Олексійович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, суддя Верховного Суду, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

САЙМОНС Вільям Бредфорд, доктор юридичних наук, почесний професор Лейденського університету (Лейден, Нідерланди);

ФЕДОРЧЕНКО Наталія Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

ЧЕХОВСЬКА Ірина Василівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Університету державної фіскальної служби України;

ШАКУН Василь Іванович, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України;

ШУМИЛО Микола Єгорович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України.

Журнал ухвалено до друку Вченою радою
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України
30 березня 2023 р., протокол № 3

Науковий журнал «Нове українське право» зареєстровано Міністерством юстиції України
(Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 25449-15489ПР від 27.02.2023 року)

Наказом МОН України від 19.04.2021 № 420 (додаток 3) журнал включено до Категорії «Б»
Переліку наукових фахових видань України зі спеціальності 081 – Право.

Офіційний сайт видання: www.newukrainianlaw.in.ua

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

ISSN 2710-4818 (Print)
ISSN 2710-4826 (Online)

© Науково-дослідний інститут правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії правових наук України, 2023

ЗМІСТ

Кузнецова Н. С.

ПЕРЕДМОВА.....9

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Кот О. О., Гриняк А. Б.

ГОСПОДАРСЬКИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: СКАСУВАТИ, НЕ МОЖНА ЗАЛИШИТИ.....11

Довгерт А. С.

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА: ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ ПАНДЕКТНОЇ СИСТЕМИ У ДІАЛОЗІ З НІМЕЦЬКИМИ ВЧЕНИМИ.....20

Маркус Герляйн

ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК ДО ПЕРШОЇ КНИГИ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....28

Борисова В. І.

ООНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ЗМІНИ ДО ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЮРИДИЧНУ ОСОБУ.....40

Романюк Я. М.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ: ЧИ ПОТРІБНІ ЗМІНИ?.....48

Великанова М. М.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНІВ: РЕСТИТУЦІЯ ЧИ КОНДИКЦІЯ?.....54

Ходико Ю. Є.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИПИСІВ РОЗДІЛУ III КНИГИ I ЦК УКРАЇНИ З ІНШИМИ ЧАСТИНАМИ ЦК УКРАЇНИ, КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ ТА СПЕЦІАЛЬНИМИ ЗАКОНАМИ.....60

Коссак В. М.

ДОНОРСЬКИЙ ОРГАН ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....65

Квіт Н. М., Кінаш Д. В.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЛЮДСЬКИХ АНАТОМІЧНИХ/БІОЛОГІЧНИХ МАТЕРІАЛІВ, ЕМБРІОНІВ ЯК ОБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....73

Кохановський В. О.

КАТЕГОРІАЛЬНИЙ АПАРАТ ТЕОРІЇ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЯК ПІДҐРУНТЯ ДЛЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....81

Гуцуляк В. К.

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗІ ЗДІЙСНЕННЯ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ШЛЯХОМ ІНВЕСТУВАННЯ У БУДІВНИЦТВО.....89

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Колодій А. М., Тернавська В. М.

ПРАВОВИЙ МОНІТОРИНГ – ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ.....95

Кузнецов В. В.

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УЧАСТІ ЦИВІЛЬНИХ ОСІБ У ЗАХИСТІ УКРАЇНИ.....105

Махова Л. О., Виприцький А. О.

ЗАПОБІГАННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ.....112

Міхайліна Т. В., Гоцуляк Ю. В., Гель А. П.

КАТЕГОРІЇ «НОРМОТВОРЧІСТЬ» ТА «ПРАВСТВОРЧІСТЬ»: НЕОДНОЗНАЧНІСТЬ ВИЗНАЧЕННЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ.....118

Монаєнко А. О., Атаманчук Н. І.

ГАРМОНІЗАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АКЦИЗНЕ ОПОДАТКУВАННЯ ТЮТЮНОВИХ ВИРОБІВ ІЗ ПРАВОМ ЄС З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ СУДУ ЄС.....124

Півненко Л. В.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....137

Федотов О. П., Назарко А. А.

ФУНКЦІОНУВАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ МИТНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ПІД ЧАС ДІЇ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВОЄННОГО СТАНУ.....144

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Андрусак Г. М.

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЧИ РОЗКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ.....152

Гумін О. М., Коваль М. М.

АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я: ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ТА ОСНОВНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ.....158

Завтур В. А.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК РОЗГЛЯДУ ТА ВИРІШЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ ТА СУДОМ КЛОПОТАНЬ ПРО ПРИМУСОВЕ ГОДУВАННЯ ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО, ДО ЯКОГО ЗАСТОСОВАНО ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ: ПИТАННЯ ЯКОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПЕРСПЕКТИВ ЙОГО УДОСКОНАЛЕННЯ.....164

Смирнов М. І.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КРАЇНИ-АГРЕСОРА ЗА НАЙТЯЖЧІ МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ.....172

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

Мирошниченко Ю. М.

СИТУАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАВЕРШАЛЬНОГО ЕТАПУ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.....181

Павліченко Є. В., Бобошко О. М.

СУТНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЇЇ СПЕЦИФІЧНІ ОЗНАКИ.....188

Трибуна молодого вченого

Кошляк Н. Е.

ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У СИСТЕМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ: ВИДИ ТА ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ.....194

Хрущ В. Л.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ, У ДАВНЬОРИМСЬКИЙ ПЕРІОД201

Голик Ю. Ю.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПІДЗВІТНОСТІ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: КОМПАРАТИВНИЙ АНАЛІЗ.....208

ОГЛЯДИ, РЕЦЕНЗІЇ

Соболь Є. Ю.

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ «АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ».....215

CONTENTS

Kuznietsova Natalia

PREFACE.....9

RECODIFICATION OF CIVIL LEGISLATION

Kot Oleksii, Hryniak Andrii

COMMERCIAL CODE OF UKRAINE: CANCEL, CANNOT BE KEPT.....11

Dovhert Anatolii

RECODIFICATION OF CIVIL LAW: ISSUES OF THE GENERAL PART OF THE PANDEMIC SYSTEM IN DIALOGUE WITH GERMAN SCHOLARS.....20

Markus Gerliain

EXPERT CONCLUSION FOR THE FIRST BOOK OF RECODIFICATION OF CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE.....28

Borisova Valentina

UPDATING THE CIVIL CODE OF UKRAINE: AMENDMENTS TO THE GENERAL PROVISIONS ON LEGAL ENTITIES.....40

Romanyuk Yaroslav

CIVIL LEGAL CONSEQUENCES OF RECOGNITION OF A INVALID JURISTIC ACT: ARE CHANGES NEEDED?.....48

Velykanova Maryna

LEGAL CONSEQUENCES OF INVALIDITY OF DEEDS: RESTITUTION OR CONDITION?.....54

Khodyko Yurii

CORRELATION OF PROVISIONS OF SECTION III OF BOOK I OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE WITH THE OTHER PARTS OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE, CONSTITUTION OF UKRAINE AND SPECIAL ACTS.....60

Kossak Volodymyr

DONOR ORGAN AS AN OBJECT OF CIVIL LEGAL RELATIONSHIPS.....65

Kvit Nataliya, Kinash Dmyitro

LEGAL REGIME OF HUMAN ANATOMICAL/BIOLOGICAL MATERIALS, EMBRYOS AS OBJECTS OF CIVIL LEGAL RELATIONS73

Kokhanovskyi Veleonin

THE CATEGORICAL APPARATUS OF THE THEORY OF NON-PROPERTY RIGHTS AS A BASIS FOR UPDATING THE CIVIL CODE OF UKRAINE.....81

Hutsulyak Volodymyr

CONTRACTUAL REGULATION OF RELATIONS ON IMPLEMENTATION OF JOINT ACTIVITIES THROUGH INVESTMENT IN CONSTRUCTION: SEARCH FOR MECHANISMS OF POST-WAR RECONSTRUCTION OF UKRAINE.....89

TOPICAL ISSUES OF PUBLIC LAW

Kolodiy Anatolii, Ternavska Viktoriia

LEGAL MONITORING – MEANS OF PROVIDING THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL POLICY IN UKRAINE.....95

Kuznetsov Vitalii

PROBLEMS OF REGULATORY AND LEGAL SUPPORT FOR THE PARTICIPATION OF CIVILIANS IN THE DEFENSE OF UKRAINE.....105

Mahova Lilia, Vyprytskyi Andrii

PREVENTION OF CONFLICT OF INTERESTS IN THE ACTIVITIES OF PROSECUTOR'S OFFICE EMPLOYEES.....112

Mikhailina Tetiana, Hotsuliak Yurii, Hel Andrii

CATEGORIES «RULE-MAKING» AND «LAW-MAKING»: AMBIGUITY OF DEFINITION AND CORRELATION IN LEGAL DOCTRINE.....118

Monaienko Anton, Atamanchuk Natalia

THE HARMONIZATION OF UKRAINIAN LEGISLATION ON EXCISE TAXATION OF TOBACCO PRODUCTS WITH EU LAW TAKING INTO ACCOUNT A CASE LAW OF THE EU COURT.....124

Pivnenko Liudmyla

PROBLEM ASPECTS OF THE IMPLEMENTATION OF THE LAW FOR JUDICIAL PROTECTION UNDER THE CONDITIONS OF MARTIAL LAW.....137

Fedotov Oleksii, Nazarko Artem

FUNCTIONING OF THE TERRITORIAL BODIES OF THE STATE CUSTOMS SERVICE OF UKRAINE DURING THE LEGAL REGIME OF THE MARTIAL LAW.....144

TOPICAL ISSUES OF CRIMINAL LAW AND PROCESS

Andrusiak Hanna

ASSOCIATION OF LEGAL NORMS ON THE IMPLEMENTATION OF A SPECIAL TASK FOR THE PREVENTION OR DISCLOSURE OF CRIMINALLY ILLEGAL ACTIVITIES OF AN ORGANIZED GROUP OR CRIMINAL ORGANIZATION.....152

Humin Oleksii, Koval Mariia

THE ANGLO-AMERICAN LEGAL FAMILY: FORMATION FEATURES AND THE MAIN CHARACTERISTICS OF CRIME PREVENTION.....158

Zavtur Viktor

THE PROCEDURAL ORDER OF EXAMINATION AND RESOLUTION OF REQUESTS FOR FORCED FEEDING OF THE SUSPECT, THE ACCUSED, TO WHOM PREVENTIVE MEASURE IN THE FORM OF CUSTODY HAVE BEEN APPLIED BY THE INVESTIGATING JUDGE AND THE COURT: THE ISSUES OF THE QUALITY OF THE LEGISLATION AND ITS PROSPECTS.....164

Smyrnov Maksym

INTERNATIONAL LEGAL MECHANISMS OF INVESTIGATION AND PROSECUTION THE AGGRESSOR COUNTRY FOR THE MOST SERIOUS INTERNATIONAL CRIME.....172

TOPICAL ISSUES OF CRIMINALISTICS AND CRIMINAL-EXECUTIVE LAW

Myroshnychenko Yury

SITUATIONAL CHARACTERISTICS OF THE FINAL STAGE OF THE TRIAL OF CRIMINAL CASES181

Pavlichenko Yevheniya, Boboshko Olena

THE ESSENCE OF CRIMINAL LIABILITY AND ITS SPECIFIC FEATURES.....188

TOPICAL ISSUES OF LAND LAW

Koshliak Nataliia

GOVERNMENT BODIES IN THE SYSTEM FOR ENSURING THE RIGHTS
OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS: TYPES AND PROBLEMS OF FUNCTIONING.....194

Khrushch Victoria

FEATURES OF THE LEGAL REGULATION OF RELATIONS REGARDING THE ARRANGEMENT
OF CHILDREN DEPRIVED OF PARENTAL CARE IN THE ANCIENT ROMAN PERIOD.....201

Holyk Yurii

IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF ACCOUNTABILITY AND RESPONSIBILITY
OF LOCAL GOVERNMENT BODIES: COMPARATIVE ANALYSIS..... 208

REVIEWS

Sobol Ye. Yu.

REVIEW OF THE MONOGRAPH "ADMINISTRATIVE LAW ENFORCEMENT
OF PROTECTION OF RIGHTS OF BUSINESS ENTITIES IN UKRAINE".....215

ПЕРЕДМОВА

Наталія КУЗНЕЦОВА

віцепрезидент Національної академії правових наук України,
д.ю.н., професор, дійсний член (академік)
Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
науковий координатор робочої групи щодо рекодифікації
(оновлення) цивільного законодавства України



Нині активно триває робота над оновленням цивільного законодавства України, яка була розпочата ще в 2019 році. З огляду на те, що приватне право активно розвивається, тож і правове регулювання має бути відповідним. Цивільний кодекс України продемонстрував за двадцять років свого існування здатність регулювати як усталені відносини цивільного обороту, так і ті, які є відносно новими і виникають на тлі розвитку нових технологій, поширення дії приватного права на сфери суспільного життя, які традиційно не входили в предмет цивільно-правового регулювання. Цьому сприяє можливість заповнення «правових лакун» шляхом застосування механізму аналогії закону та аналогії права, використання загальних принципів цивільного права. Водночас такі приклади актуалізують необхідність нормативного врегулювання цих відносин. Отже, настав час для рекодифікації.

Науковцями була проведена діагностика чинного цивільного законодавства та поточних змін, які вносилися в Цивільний кодекс України, врахований євроінтеграційний вектор розвитку України та її приватного права, а також досвід практичного застосування норм Цивільного кодексу України на підставі аналізу судової практики.

У Європі навіть ті країни, які останніми приєдналися до Європейського Союзу (Чехія, Польща, Словачія, Словенія), вже оновили своє цивільне законодавство. Європейські держави «класичного цивільного права» – Франція та Німеччина – також внесли істотні зміни у свої Цивільні кодекси.

Процес гармонізації європейського приватного права триває впродовж

30 років. До нього долучені найкращі наукові сили. Представники різних течій і шкіл приватного права напрацювали надзвичайно важливі рекомендаційні акти у сфері приватного права. Зокрема, були ухвалені Принципи європейського контрактного права, які розроблялися комісією, очолюваною професором Оле Ландо. Пізніше були розроблені Принципи європейського деліктного права. Серед знакових актів також слід назвати Віденську конвенцію про міжнародну купівлю-продаж від 1980 року (це найпотужніша універсальна міжнародна конвенція, яка має надзвичайно високий рівень участі країн), а також принципи УНІДРУА, які переглядаються кожні 10 років. Віншують цей список модельні принципи європейського приватного права – Draft of a Common Frame of Reference (DCFR). Це документ, який є «енциклопедією» для законодавців, що регулює приватноправові відносини.

І хоча ці акти формально мають рекомендаційний характер, вони є надзвичайно авторитетними, оскільки формують загальні підходи до регулювання цивільних відносин. Тому під час підготовки Конвенції оновлення Цивільного кодексу України чинне законодавство України було «профільтроване» з огляду на рекомендації, що містяться в цих актах. І, виходячи з аналізу загальних засад, було визначено, що потрібно на загальному рівні змінити в кожній книзі ЦК України.

Звичайно, залишилися і дискусійні питання. Відмова від права господарського відання і права оперативного управління передбачає необхідність застосування інших механізмів з управління

об'єктами державної власності. Дотепер немає єдиного бачення щодо вирішення цього питання. Розглядаються як можливі варіанти: трасти, трастові фонди чи такі класичні механізми, відомі ще римському праву, як узуфрукт. Також пропонується значно розширити та поглибити конструкцію довірчого управління майном.

Важливою проблемою є регламентація об'єктів цивільних прав. За двадцять років у цивільному обороті відбулися істотні зміни. Динамічно йде процес діджиталізації – з'явилися так звані «віртуальні активи». Прийнятий відповідний закон, водночас він має «вписатися» у загальний контекст матерії цивільного права. Ця проблема створила неабиякі ускладнення для цивільного обороту. Не менш проблематичною є регламентація так званих «біоматеріалів» – це органи людини, які використовуються для трансплантації, матеріали для штучного запліднення та інше.

Наслідком визнання їх об'єктами цивільного права буде застосування всіх цивільно-правових конструкцій регулювання та захисту до цих об'єктів. Це може створити у судовій практиці необхідність вирішувати нові та доволі специфічні спори.

Чимало дискусій виникає і з приводу інституту договору. На рівні ідеї обговорюється структурне перенесення частини матеріалу Книги п'ятої в Книгу першу. Договори стали унікальною правовою конструкцією, місце якої саме у загальній частині кодексу. Договір «вийшов» за межі цивільного права і зараз використовується вже і в публічному праві. За таких умов видається, що поняття договору, його види, інші загальні питання мають

бути прописані саме у загальній частині Цивільного кодексу України.

Але найголовніше, однозначним для всіх стало розуміння, що для модернізації чинного Цивільного кодексу України «питанням № 1» є скасування Господарського кодексу України. Перед тим як вносити таку пропозицію, науковці провели постатейний аналіз Господарського кодексу України, який дав підставу для загального висновку, що ГК України практично не містить регуляторних механізмів і конструкцій.

Нині прийняття законопроекту № 6013 дає можливість не допустити хаосу і руйнації реальних правовідносин у державному секторі економіки і створює передумови для переходу до зрозумілих методів функціонування державної власності.

Тому постає завдання – визначити та проаналізувати ті статті ГК України, які мають зберегтися у правовому полі. Наприклад, норми щодо порядку нарахування господарсько-правових санкцій, оскільки Цивільний кодекс України і Господарський кодекс України передбачають різні підходи. Позиції мають бути зведені до єдиного знаменника, при цьому необхідно уникнути «правового вакууму» і належним чином вирішити це питання в ЦК України. Але таких норм буде небагато.

У представленій рубриці пропонується авторське обґрунтування необхідності оновлення окремих частин Книги першої Цивільного кодексу України.

Сподіваємося, що викладені пропозиції стануть предметом для організації та проведення широких дискусій, у ході яких будуть обговорені та реалізовані цікаві ідеї, спрямовані на подальший розвиток цивільного законодавства «за європейським сценарієм».

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 346.44

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.1>

ГОСПОДАРСЬКИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: СКАСУВАТИ¹, НЕ МОЖНА ЗАЛИШИТИ²

Кот Олексій Олександрович,

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
директор
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії правових наук України



Гриняк Андрій Богданович,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заступник директора
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії правових наук України
з наукової роботи



Статтю присвячено аналізу положень Господарського кодексу України, зіставленню їх із положеннями Цивільного кодексу України та окремими законами, іншими нормативно-правовими актами. Виокремлено низку системних суперечностей між нормами Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України щодо регулювання правового статусу юридичних осіб, що існують в організаційно-правових формах підприємств, об'єднання юридичних осіб, майнових основ господарювання, господарських зобов'язань. Обґрунтовано неможливість системного оновлення цивільного законодавства без визнання Господарського кодексу України таким, що втратив чинність.

У статті проаналізовано зміст основоположних розділів Господарського кодексу України щодо їх регуляторного впливу на підприємницькі відносини. Аналіз правових норм Розділу I «Загальні положення» (ст. ст. 1–54 Господарського кодексу України) свідчить про можливість скасування без будь-яких негативних наслідків статей, включених до цього розділу. Аналіз положень Розділу II Господарського кодексу України, присвяченого визначенню правового статусу суб'єктів господарювання, дав змогу дійти висновку про наявність низки системних суперечностей між нормами Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України. Обґрунтовано слушність відображеного в законопроекті № 6013 підходу щодо скасування відповідних положень Господарського кодексу України та визначення перехідного періоду для узгодження організаційно-правових форм наявних юридичних осіб із положеннями Цивільного кодексу України. Проаналізований зміст Розділів III та V Господарського кодексу України дав змогу констатувати відсутність потреби в їх збереженні з огляду на наявність такого значного масиву різнорівневих актів законодавства, а також відсутність якихось особливостей регулювання цих відносин, які не охоплювалися би предметом регулювання Цивільного кодексу України та спеціальними актами законодавства. Обґрунтовано доцільність прийняття загалом Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» з огляду на обов'язки нашої держави щодо членства в Європейському Союзі.

Ключові слова: Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, правові принципи, приватноправові відносини, підприємницькі відносини, юридичні особи, організаційно-правові форми, управління майном, довірча власність, договірні зобов'язання.

¹ Під скасуванням Господарського кодексу України мається на увазі визнання його таким, що втратив чинність.

² Наукова стаття є продовженням відображених у статті «Abolition of the Commercial Code of Ukraine: potential consequences and necessary prerequisites» [5] авторських роздумів щодо потенційних наслідків скасування Господарського кодексу України.

Kot Oleksii, Hryniak Andrii. Commercial Code of Ukraine: cancel, cannot be kept

The article is devoted to the analysis of the provisions of the Commercial Code of Ukraine, their comparison with the provisions of the Civil Code of Ukraine and separate laws and other normative legal acts. Some systemic contradictions between the norms of the Commercial Code of Ukraine and the Civil Code of Ukraine regarding the regulation of the legal status of legal entities available in the corporate forms of enterprises, associations of legal entities, property bases of business, and economic obligations are highlighted. The impossibility of updating civil legislation systematically without recognizing the Commercial Code of Ukraine as null and void is substantiated.

The article analyzes the content of the fundamental sections of the Commercial Code of Ukraine regarding their regulatory impact on business relations. Analysis of the legal norms of Chapter I "General provisions" (articles 1–54 of the Commercial Code of Ukraine) indicates the cancellation option without any adverse consequences of the articles included in this section. The analysis of the provisions of Chapter II of the Commercial Code of Ukraine, devoted to determining the legal status of business entities, made it possible to conclude that there are some systemic contradictions between the norms of the Commercial Code of Ukraine and the Civil Code of Ukraine. The feasibility of the approach rendered in draft law № 6013 regarding the repeal of the relevant provisions of the Commercial Code of Ukraine and the determination of a transition period for harmonizing the corporate and legal forms of available legal entities with the provisions of the Civil Code of Ukraine is substantiated. The analyzed content of Chapters III and V of the Commercial Code of Ukraine allowed ascertaining the lack of a need to preserve them given the presence of such a significant array of different-level legislative acts, as well as the lack of any peculiarities of the regulation of relations which would not be covered by the subject of regulation of the Civil Code of Ukraine and specific legislative acts. The expediency of the general adoption of the Law of Ukraine "On Peculiarities of Regulation of Entrepreneurial Activities of Certain Types of Legal Entities and Their Associations in the Transitional Period" is justified considering the obligations of our state regarding membership in the European Union.

Key words: *Civil Code of Ukraine, Commercial Code of Ukraine, legal principles, private law relations, business relations, legal entities, organizational and legal forms, property management, trust property, contractual obligations.*

Прийняття у 2003 р. Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та Господарського кодексу України (далі – ГК України) ознаменувало нову епоху розвитку національної правової системи в умовах штучно створеного дуалізму приватного права. Аналіз двадцятирічного досвіду застосування положень цих кодифікованих актів дає підстави для висновку про наявність системних протиріч, зокрема в частині основних засад регулювання підприємницької діяльності, суб'єктів права, речових і зобов'язальних правовідносин тощо, які істотно перешкоджають економічному розвитку нашої держави, зокрема розвитку законодавства відповідно до положень Угоди про асоціацію України та Європейського Союзу. Варто зауважити, що на недоцільності одночасного існування ЦК України та ГК України наголошувалося ще з моменту їх введення в дію, адже це створює сум'яття і для інвесторів, і для громадських організацій [1, с. 7].

З 2019 р., коли Кабінет Міністрів України прийняв відповідні акти щодо оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства

України та утворив Робочу групу із цього питання, яка згодом розробила Концепцію оновлення Цивільного кодексу України, висловлено низку аргументів стосовно неможливості визнання Господарського кодексу України таким, що втратив чинність, наслідком чого буде руйнування економіки, відхід від європейських цінностей тощо.

Натомість у статті нами здійснено ретельний аналіз основоположних частин ГК України та висловлено низку аргументів щодо необхідності скасування цього акта як такого, що суттєво обмежує розвиток і функціонування ринкових відносин в Україні, адже його положення спрямовані на забезпечення функціонування планової економіки радянської держави. Крім того, з формально-юридичної позиції наявність у ГК України загальних положень унеможлиблює кваліфікацію останнього як акта цивільного законодавства, що регулює підприємницькі відносини. Тому не випадково, що рекодифікація цивільного законодавства не може бути повноцінною та ефективною без визнання ГК України таким, що втратив чинність.

Переконані, що саме зараз, на етапі виконання вимог європейської спільноти щодо членства в Європейському Союзі, настав час для законодавчих реформ. Із цього приводу варто навести виокремлені Р. Кабріяком циклічні фази кодифікації: період створення кодексів, період їх дії, період кризи та період реформ [2, с. 114]. На нашу думку, ухвалення Кабінетом Міністрів України рішення щодо необхідності оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства, що пов'язане з трансформуванням суспільних відносин, кардинальною зміною після 2014 р. векторів розвитку країни, зміною принципів і форм державної організації суспільства, свідчить про проходження періоду кризи та настання періоду здійснення правових реформ. Не дарма із цього приводу в Концепції оновлення Цивільного кодексу України «скасування цього антиринкового акта» визначене передумовою подальших рекодифікаційних робіт [3, с. 6]. Відповідний проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період від 9 вересня 2021 р. № 6013 (далі – законопроект № 6013) 12 січня 2023 р. прийнято за основу [4].

З огляду на це у статті проаналізовано основні розділи Господарського кодексу України щодо їх регуляторного впливу та проведено їх зіставлення з відповідними нормами Цивільного кодексу України, інших кодексів та законів України.

Найменування Розділу I ГК України «Основні засади господарської діяльності» дає підстави вважати, що його норми за своєю суттю створюють певну атрибутику ГК України як кодифікованого нормативного акта, у якому повинні міститися певні загальні положення. Однак аналіз уже перших статей кодексу свідчить про їх невідповідність закріпленям у ст. 42 Конституції України принципам вільного здійснення підприємницької діяльності. Те саме стосується положень глави 2 «Основні напрямки та форми участі держави і місцевого самоврядування у сфері господарювання» ГК України, які мають декларативний характер і, вочевидь, мають на меті окреслити потенційні сфери впливу держави та органів місцевого самоврядування на підприємницькі відносини. Вод-

ночас з огляду на те, що зазначений вплив державними органами та органами місцевого самоврядування здійснюється винятково на підставі, у межах повноважень і у спосіб, передбачений Конституцією та законами України, відповідні регуляторні повноваження, як правило, передбачені спеціальним законодавством – законами України «Про Кабінет Міністрів України», «Про Антимонопольний комітет України», «Про Фонд державного майна України» тощо. Відповідно, положення глави 2 ГК України мають винятково декларативний або відсилочний характер та не чинять істотний регуляторний вплив на підприємницькі відносини.

Детальний аналіз глави 3 ГК України «Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції» також свідчить на користь висновку про неможливість забезпечення цією главою навіть мінімального рівня регуляторного впливу на відповідні правовідносини у сфері захисту конкуренції. Цю функцію в повному обсязі виконують спеціальні закони, насамперед Закон України «Про Антимонопольний комітет України», Закон України «Про захист економічної конкуренції», Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» тощо.

Аналогічного висновку доходимо й під час аналізу глави 4 «Господарська комерційна діяльність (підприємництво)» та глави 5 «Некомерційна господарська діяльність» ГК України, у яких відсутні по-справжньому змістовні засади регулювання підприємництва в Україні. Натомість положення цих глав або мають декларативний характер, або відсилають до невідомого кола законодавчих актів, які повинні врегульовувати так звану господарську комерційну та некомерційну господарську діяльність.

З огляду на це, а також враховуючи мінімальне змістове й регулятивне навантаження статей, що включені до глави 1 «Загальні положення» ГК України, вбачається обґрунтованим висновок про відсутність істотних застережень щодо неможливості їх скасування. Більше того, скасування Розділу I ГК України може відбутися без значних ризиків для правового регулювання економічних відносин

з огляду на їх мінімальний регуляторний вплив на підприємницькі відносини та з урахуванням детальної регламентації цих відносин у Цивільному кодексі України.

Системні протиріччя між ЦК України та ГК України містяться в Розділі II ГК України «Суб'єкти господарювання». Підходи до диференціації організаційно-правових форм у ЦК України конкретно сформульовані у ст. 83 ЦК України: якщо майно відокремлюється разом з об'єднанням осіб, ідеться про товариства; якщо ж майно відокремлюється без об'єднання осіб, ідеться про установи. Своєю чергою товариства поділяються на підприємницькі (акціонерні товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, повні товариства, командитні товариства або виробничі кооперативи) і непідприємницькі (громадські організації, політичні партії, благодійні організації, релігійні організації, споживчі кооперативи, недержавні пенсійні фонди, об'єднання співвласників багатоквартирного будинку тощо).

Із цього приводу варто наголосити на тому, що у процесі розроблення ЦК України 2003 р. було закладено закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб. Проте з урахуванням одночасного прийняття й ГК України їх перелік було залишено відкритим.

Водночас регулювання статусу юридичних осіб (так званих суб'єктів господарювання) у ГК України не відповідає ні відображеній у ЦК України концепції юридичних осіб, ні загальноприйнятим практикам і стандартам Європейського Союзу в цій сфері. За таких умов доцільно уніфікувати законодавство України в цій частині з європейськими підходами до регулювання інституту юридичної особи, взявши за основу загальні положення ЦК України та окремі спеціальні закони, зокрема Закон України «Про акціонерні товариства», Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» тощо.

Цілком виправданим у такій ситуації є питання щодо долі юридичних осіб, які сьогодні діють в організаційно-правових формах, що не передбачені в ЦК України, – ідеться насамперед про підприємства як суб'єктів права (державні й комунальні підприємства, так звані під-

приємства колективної власності, приватні підприємства, підприємства з іноземними інвестиціями тощо) та їх об'єднання (асоціації, корпорації, консорціуми, концерни тощо). Свого часу українська правова система вже вирішувала схожу проблему. З прийняттям у 2008 р. Закону України «Про акціонерні товариства» було змінено види акціонерних товариств – закон тоді виділив публічні акціонерні товариства та приватні акціонерні товариства. Відповідно до перехідних положень зазначеного акта для товариств, які були створені до його прийняття, був визначений період у два роки для узгодження їхніх статутних документів із положеннями закону. Нагадаємо, що йшлося про більше ніж 30 тисяч акціонерних товариств.

Відповідний механізм приведення у відповідність організаційно-правових форм юридичних осіб передбачений у законопроекті № 6013. Аналіз його прикінцевих та перехідних положень свідчить про втрату чинності ст. ст. 4–19 через 7 років із дня, коли законопроект буде прийнятий та набуде чинності. Наведені статті присвячені визначенню правового статусу юридичних осіб, що існують в організаційно-правових формах підприємства, об'єднання юридичних осіб, а також таким анахронізмам радянського минулого, як право господарського відання та оперативного управління. Крім того, законопроект № 6013 містить низку спеціальних правил щодо строків узгодження діяльності бізнесу з новими нормами. Наприклад, можна навести положення ст. 22 «Особливості припинення підприємств у перехідний період», де передбачається встановлення п'ятирічного строку з дня набрання чинності законопроектом, протягом якого власник (суб'єкт, що виконує функції власника підприємства) зобов'язаний прийняти рішення про реорганізацію або ліквідацію підприємства. Аналогічний строк передбачений для реорганізації або ліквідації державних чи комунальних підприємств із зазначенням про припинення права господарського відання чи оперативного управління на відповідне майно підприємства. Таке майно має бути передане правонаступнику в управління, до статутного капіталу товариства або ж в оренду. На нашу думку, закріплений п'ятирічний

строк для проведення процедур реорганізації чи ліквідації підприємства є достатнім для неспішного припинення діяльності існуючих різновидів підприємств.

Щодо структури Розділу II ГК України «Суб'єкти господарювання» варто зауважити, що він складається із 7 глав, значна частина статей у яких сьогодні виключена з канви ГК України з різних причин, насамперед у зв'язку з відсутністю в них регуляторної функції. Таким чином, аналіз положень Розділу II ГК України, присвяченого регулюванню правового положення суб'єктів господарювання, дає підстави для висновку про наявність низки системних суперечностей між нормами ГК України та ЦК України, а також із прийнятими нашою державою зобов'язаннями за Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. За таких умов вбачається обґрунтованим усунення цих суперечностей шляхом скасування Господарського кодексу України з одночасним визначенням перехідного періоду для узгодження організаційно-правових форм існуючих юридичних осіб із положеннями Цивільного кодексу України.

Регулюванню майнових основ господарювання присвячено Розділ III ГК України «Майнова основа господарювання», який розпочинається главою 14 «Майно суб'єктів господарювання». У її основу покладено розуміння права власності, що закріплене у Книзі третій ЦК України. Однак положення про право господарського відання й оперативного управління фактично віддзеркалюють регламентацію майнових відносин, яка була характерна для адміністративно-командної економіки, коли юридичній особі (як правило, державному або комунальному підприємству) майно передавалося не у власність, а на відповідних титулах. Юридична особа, якій майно надавалося на праві господарського відання чи оперативного управління, не могла вільно ним розпоряджатися або відповідати ним за своїми зобов'язаннями.

Водночас у сучасних реаліях відновлення української економіки, її відповідності усталеним світовим підходам реформування підлягають питання не лише організаційно-правових форм юридичних осіб, але й відносин власності. У доктрині

цивільного права переважною є позиція, що відокремлене майно може перебувати в юридичної особи тільки на праві власності. Фігури юридичної особи – невласника майна не повинно бути в економічному середовищі. І це є цілком логічно, оскільки юридичні особи в майновому обороті відповідають за своїми зобов'язаннями власним майном [5, с. 107]. Положення ЦК України не тільки детально регламентують право власності (закріплюють поняття, гарантії, підстави набуття, переходу, припинення тощо), а й встановлюють загальні підходи щодо користування чужим майном (ідеться насамперед про оренду та довірче управління). Варто підкреслити, що інститут управління майном, який став однією з новел ЦК України, є абсолютно зрозумілим для країн із розвиненою економікою та може повноцінно виконувати функції інструмента з передачі майна власником (зокрема й державою) юридичним особам публічного права для виконання ними відповідних функцій. Інакше кажучи, інститут управління майном здатний повністю замінити застарілі титули права господарського відання (ст. 136 ГК України) та права оперативного управління (ст. 137 ГК України).

Якщо аналізувати підприємницькі товариства, насамперед акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю, акції і корпоративні права яких належать державі, то таким товариствам майно має належати на зрозумілому для всіх учасників торгового обороту титулі – на праві приватної власності. Із цих причин ст. 141 ГК України «Особливості правового режиму державного майна у сфері господарювання» може бути скасована. Решта статей глави 14 ГК України є або бланкетними, або декларативними, або ж дублюють правові норми, що містяться у спеціальному законодавстві, а тому також можуть бути скасовані без будь-якого негативного впливу на правове регулювання майнових (речових) відносин у підприємницькій діяльності.

Викладене дає підстави для висновку про те, що статті, які входять до Розділу III ГК України «Майнова основа господарювання», можуть бути виключені.

Окремим основоположним розділом ГК України є Розділ IV «Господарські

зобов'язання», який розпочинається главою 19 «Загальні положення про господарські зобов'язання». На нашу думку, норми, що містяться у главі 19 ГК України, присвячені регулюванню господарських зобов'язань та за своєю суттю і змістом мали би виключно відображати особливості, притаманні останнім. Натомість регулювання господарських зобов'язань у ГК України в багатьох випадках практично співпадає з приписами, закріпленими у Книзі п'ятій ЦК України. Прикладом зазначеного є перша ж стаття цієї глави (ст. 173 ГК України, що містить дефініцію господарського зобов'язання), яка змістовно повторює ст. 509 ЦК України. Здавалося, основна увага в цій статті мала би зосереджуватися на майново-господарських та організаційно-господарських зобов'язаннях, однак уже з дефініцій як майново-господарських (ч. 1 ст. 175 ГК України), так і організаційно-господарських зобов'язань (ч. 1 ст. 176 ГК України) постає їх приватноправова природа, що прямо зазначається в аналізованій главі ГК України.

Що ж до підстав виникнення господарських зобов'язань, то ст. 174 ГК України майже дослівно повторює ст. 11 ЦК України, водночас вносячи термінологічну плутанину шляхом використання терміна «угода» в розумінні правочину. Стаття 177 ГК України «Соціально-комунальні зобов'язання суб'єктів господарювання» дисонує зі ст. 4 ГК України та дублює положення ст. 17 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», положення Постанови Верховної Ради України «Про Концепцію сталого розвитку населених пунктів» тощо. Те саме стосується редакції ст. 178 ГК України «Публічні зобов'язання суб'єктів господарювання», яка дублює положення ст. 633 ЦК України, вносячи дисгармонію в розуміння конструкції публічного договору.

Схожого висновку доходимо шляхом аналізу положень глави 20 «Господарські договори» ГК України, яка за своїм змістом дублює глави 52–53 ЦК України. Більше того, положення глави 20 ГК України суттєво обмежують принцип свободи договору в підприємницькій діяльності, що значною мірою перешкоджає залученню інвестицій в економіку країни.

Аналіз особливостей виконання та припинення господарських зобов'язань (глава 22 ГК України) також свідчить про їх редакційну схожість із главами 48–51 ЦК України. Так, ст. 193 ГК України містить приписи, які в межах однієї статті визначають: 1) загальні умови виконання зобов'язання (ст. 526 ЦК України); 2) елементи виконання (ст. ст. 527, 529, 531 ЦК України); 3) правові наслідки невиконання чи неналежного виконання (ст. ст. 610, 615, 616, 622 ЦК України); 4) підтвердження виконання (ст. 545 ЦК України), що свідчить про недоцільність її збереження. Аналогічно ст. 194 ГК України «Виконання господарського зобов'язання третьою особою» дублює положення ст. 528 ЦК України та створює ефект надмірної «зарегульованості» відносин, пов'язаних із можливістю залучення третіх осіб як виконавців прийнятих на себе стороною договору зобов'язань.

Редакція ст. 198 ГК України «Виконання грошових зобов'язань» суперечить положенням ст. 533 ЦК України «Валюта виконання грошового зобов'язання», оскільки в цих статтях відображені різні підходи до оцінки можливості неспівпадіння валюти зобов'язання та валюти платежу за договором. На наше переконання, у сучасних умовах недоцільно в імперативному порядку (ст. 198 ГК України) обмежувати можливості суб'єктів підприємництва виражати грошові зобов'язання в іноземній валюті. При цьому валютою платежу в межах території України має бути виключно гривня.

Щодо статей, присвячених припиненню господарських зобов'язань та їх правовим наслідкам (ст. ст. 202–208 ГК України), доцільно наголосити на тому, що вже зміст ст. 202 ГК України свідчить про дублювання положень ст. 598 ЦК України, у якій закріплений невичерпний перелік підстав припинення зобов'язання, які передбачені у ст. ст. 599, 601, 606, 604, 607 ЦК України. Те саме стосується ст. 203 ГК України, яка за своїм змістом є поєднанням таких норм ЦК України: 1) ч. 1 ст. 203 ГК України = ч. 1 ст. 599 ЦК України; 2) ч. 2 ст. 203 ГК України = ч. 1 ст. 539 ЦК України; 3) ч. 3 ст. 203 ГК України = ч. ч. 1, 2 ст. 601 ЦК України; 4) ч. 5 ст. 203 ГК України = ч. 1 ст. 602 ЦК України. Аналогічна

ситуація має місце щодо інших статей цієї глави, які дублюють положення ЦК України, через що виникають обґрунтовані сумніви в їх практичній цінності та потребі збереження.

Існування глави 23 «Визнання суб'єкта підприємництва банкрутом» у межах Розділу IV ГК України й раніше викликало шквал критики, а з прийняттям Кодексу України з процедур банкрутства – поготів, адже потреби у фрагментарній, поверхневій регламентації відносин нормами, які не регулюють, а в багатьох випадках навіть суперечать новоприйнятому кодифікованому акту, не було як раніше, так і тепер.

Отже, положення Розділу IV ГК України «Господарські зобов'язання» за своєю суттю та змістом мали би відображати притаманні виключно господарським зобов'язанням особливості. Натомість запропоноване регулювання у відповідних статтях ГК України в багатьох випадках фактично повторює приписи, передбачені у Книзі п'ятій ЦК України. Відповідно, аргументи щодо доцільності збереження цього розділу відсутні.

Положення Розділу V ГК України «Відповідальність за правопорушення у сфері господарювання» за своїм загальним змістом дублюють положення глави 51 ЦК України. Як приклад доцільно навести положення глави 24 «Загальні засади відповідальності учасників господарських відносин» ГК України, які дублюють положення глави 51 ЦК України, а в окремих випадках лише закріплюють загальні норми-декларації, як-от: «учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором» (ч. 1 ст. 216 ГК України); «підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання» (ч. 1 ст. 218 ГК України). Такою, що частково дублює положення ст. 617 ЦК України, є ст. 219 ГК України, у якій закріплено підстави звільнення від відповідальності. На нашу думку, таке дублювання є недоцільним. Водночас заслуговує на перенесення до ст. 617 ЦК

України ч. 4 ст. 219 ГК України шляхом закріплення можливості сторін передбачити певні обставини, які через їх надзвичайний характер можуть бути підставою для звільнення їх від відповідальності у випадку порушення зобов'язання через ці обставини, а також порядок засвідчення факту виникнення таких обставин.

Статті 220 та 221 ГК України повністю дублюють положення ст. ст. 612 та 613 ЦК України. Те саме стосується доцільності врегулювання процесуальних питань досудового порядку врегулювання спору (ст. 222 ГК України). Стаття 222 ГК України містить багато аспектів процесуального характеру, які повинні бути закріплені у процесуальних кодексах.

Із цього приводу варто наголосити на доцільності виключення глави 25 «Відшкодування збитків у сфері господарювання» ГК України, оскільки вона не несе жодного правового навантаження. Зокрема, ст. ст. 224 і 225 ГК України дублюють положення ст. ст. 22, 623 ЦК України, а ст. ст. 227 і 228 ГК України – відповідно ст. ст. 541–544 ЦК України.

Главу 26 «Штрафні та оперативно-господарські санкції» ГК України доцільно виключити з огляду на внутрішню неузгодженість її норм (наприклад, визнання штрафу та пені окремими санкціями поруч із неустойкою або ж закріплення всупереч положенням ст. 624 ЦК України залікової неустойки у ст. 232 ГК України тощо) та дублювання положень ЦК України (наприклад, ст. 233 ГК України дублює положення ст. ст. 551 та 616 ЦК України; ст. 234 ГК України – положення ст. 622 ЦК України; ст. 235 ГК України – положення ст. 615 ЦК України тощо). Крім того, сумніви викликає редакція ст. 231 ГК України (особливо її ч. 2), у якій незрозумілою є доцільність імперативного встановлення санкцій, якщо учасником правовідношення є держава. Зазначена стаття фактично нівелює принцип юридичної рівності сторін у приватноправових відносинах, а сама Глава 26 ГК України не містить якихось нових підходів до механізму притягнення порушника до відповідальності, дублюючи тим самим положення ЦК України.

Окремо варто акцентувати на положеннях глави 27 «Адміністративно-господарські санкції» ГК України, присвячених

питанням, що знайшли своє окреме врегулювання в положеннях кодифікованих актів публічного права (Податковому кодексі України, Митному кодексі України, Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Законі України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів» тощо). Більше того, на сьогодні законодавець відмовився від застосування до суб'єктів підприємництва, що здійснюють зовнішньоекономічну діяльність, таких спеціальних санкцій, як тимчасове зупинення зовнішньоекономічної діяльності, індивідуальний режим ліцензування та штраф, шляхом вилучення ст. 37 із Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Такий самий підхід відображено у ст. 23 законопроекту № 6013. Зазначене свідчить про оновлення спеціального законодавства в цій сфері без внесення відповідних змін до ГК України як недієвого регулятора цих відносин.

Таким чином, проаналізований зміст Розділів IV та V ГК України дає змогу констатувати відсутність потреби в їх збереженні з огляду на наявність такого значного масиву різнорівневих актів законодавства, а також відсутність якихось особливостей регулювання вищенаведених відносин, які не охоплювалися би предметом регулювання ЦК України та спеціальними актами законодавства.

Наостанок вважаємо за доцільне звернути увагу на певні статистичні дані, які ми отримали за результатами дослідження судової практики. Нами була проаналізована, зокрема, практика розгляду справ Великою Палатою Верховного Суду в частині наявності в них посилань на Господарський кодекс України з 2018 р., тобто з початку діяльності Верховного Суду. Аналіз проводився за двома параметрами: кількість постанов Великої Палати Верховного Суду за рік та, відповідно, кількість у них посилань на ГК України. При цьому ми брали абсолютні показники, тобто не аналізували зазначені посилання на ГК України на предмет їх змістовності (тобто чи мають посилання на ГК України вирішальний вплив на формування правової позиції для вирішення спору або ж поси-

лання має суто декларативний чи технічний характер).

Виявилось, що у 2018 р. з 1 700 постанов Великої Палати Верховного Суду лише в 125 міститься посилання на Господарський кодекс України, і це трохи більше 7%. Майже таке саме співвідношення було у 2019 р.: з 2 136 постанов ГК України згадується в 169 судових актах.

Натомість із 2020 р. спостерігається тенденція зменшення кількості таких згадок ГК України в судових актах Великої Палати Верховного Суду: з 860 постанов Великої Палати Верховного Суду, ухвалених у 2020 р., посилання на ГК України є в 51 постанові, а у 2021 р. із 652 постанов – лише в 33. Тобто у відсотковому співвідношенні це 5%. Такий показник (5%) зберігся й у 2022 р.

Більше того, навіть якщо проаналізувати це питання в межах господарського судочинства, то можна отримати також дуже цікаві результати (цікаві для цивілістів, проте невтішні для представників науки господарського права!), які фактично будуть виразом для Господарського кодексу України. Лише у третині справ із так званих господарських спорів, які розглянула Велика Палата Верховного Суду та з яких нею були ухвалені відповідні постанови, міститься посилання на ГК України. І більшість цих посилань, як правило, стосується винятково застосування штрафних санкцій – норм, які, на наше глибоке переконання, мають вирішуватися підприємцями на засадах диспозитивності під час встановлення договірних відносин. Оце й уся регулятивна міць Господарського кодексу України.

Таким чином, проведений аналіз основних розділів Господарського кодексу України, його зіставлення з окремими положеннями Цивільного кодексу України, окремими законами та іншими нормативно-правовими актами дає підстави для висновку, що Господарський кодекс України, з огляду на його засадничі принципи, суттєво відстав від реалій сьогодення. Детальний аналіз положень Господарського кодексу України не дає змоги говорити про його системоутворююче значення, адже більше 90% його положень є бланкетними або щонайкраще мають відсильний характер. Відповідно, питання гармонізації

вітчизняного законодавства зі стандартами Європейського Союзу доцільно здійснювати також шляхом усунення внутрішніх протиріч між Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України. За таких умов із метою спрощення правового регулювання підприємницької діяльності, а також з огляду на міжнародно-правові зобов'язання нашої держави доцільність визнання Господарського кодексу України таким, що втратив чинність, не викликає жодних сумнівів. Варто наголосити на

відсутності серйозних застережень щодо недоцільності прийняття та введення в дію Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період». Закріплений у ньому механізм правового регулювання підприємницьких відносин спрямований на поступове наближення до правил і рекомендацій Європейського Союзу та, що не менш важливо, узгодження діяльності бізнесу з новими стандартами.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Шевченко Я. Поняття приватного права як ядра правопорядку, заснованого на ринковій організації економіки. *Право України*. 2009. № 8. С. 4–7.
2. Кабрйак Р. Кодификации / пер. с франц. Л. Головки. Москва : Статут, 2007. 476 с.
3. Концепція оновлення Цивільного кодексу України / А. Довгерт, Н. Кузнецова та ін. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
4. Проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період від 9 вересня 2021 р. № 6013 / *Верховна Рада України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707 (дата звернення: 28.02.2023).
5. Abolition of the Commercial Code of Ukraine: potential consequences and necessary prerequisites / N. Kuznietsova, O. Kot, A. Hryniak, M. Pleniuk. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. Vol. 27. № 1. P. 100–131.

РЕКОДИФІКАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА: ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ ПАНДЕКТНОЇ СИСТЕМИ У ДІАЛОЗІ З НІМЕЦЬКИМИ ВЧЕНИМИ



Довгерт Анатолій Степанович,
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
професор кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті проаналізовано перспективи удосконалення низки категорій приватного права, таких як: суб'єкт, об'єкт, правочин. Покращення наведеної правової матерії визначено одним із важливих завдань оновлення (рекодифікації) Цивільного кодексу України. У наведеному контексті окрема увага приділена результатам серії міжнародних семінарів, організованих у 2022 році за участю Німецького фонду правового співробітництва (IRZ).

Детально розглянуто загальні підходи до покращення структури та змісту положень щодо юридичних осіб у Концепції оновлення ЦК України. Так, увага приділена необхідності повернення до закладених у Проекті ЦК України теоретичних засад щодо юридичних осіб.

Констатовано, що Концепція юридичних осіб у Проекті ЦК виходила з наявних у Європі підходів щодо видів та організаційно-правових форм цих учасників приватноправових відносин і враховувала численні директиви ЄС стосовно компаній.

Окреслено основні причини деформації запропонованої розробниками Проекту ЦК України системи юридичних осіб. Йдеться, зокрема, про прийняття одночасно з ЦК антиринкового Господарського кодексу України, який «законсервував» усі старі підходи до інституту юридичної особи. Визначено основні напрями оновлення положень про юридичні особи.

Окрема увага у статті приділена основним положенням Концепції про речі; визначено місце норм про речі в кодифікації, а також важливі новації Концепції щодо речей.

Розглянуто сучасні тенденції розвитку регулювання договірних відносин у європейському праві. Окрема увага приділена положенням міжнародних документів з уніфікації приватного права та сучасним реформам цивільного права країн ЄС.

Ключові слова: *рекодифікація, юридична особа, об'єкти цивільних прав, правочини, договори.*

Dohvort Anatolii. Recodification of Civil Law: issues of the general part of the pandemic system in dialogue with German scholars

The paper analyzes the prospects for improvement of several private law categories: subject, object, and transaction. Improvement of this legal matter is identified as one of the important tasks of updating (recodifying) the Civil Code of Ukraine. In this context, special attention is paid to the results of a series of international seminars organized in 2022 with the participation of the German Foundation for Legal Cooperation (IRZ).

The author analyzes in detail the general approaches to improving the structure and content of the provisions on legal entities in the Concept for updating the Civil Code of Ukraine. Thus, attention is paid to returning to the conceptual framework of legal entities laid down in the Draft Civil Code of Ukraine.

The author states that the concept of legal entities in the Draft Civil Code was based on European approaches to the types and organizational and legal forms of these participants in private law relations and took into account numerous EU directives on companies.

The author outlines the main reasons for the deformation of the legal entity system proposed by the Civil Code of Ukraine drafters. In particular, this refers to adopting the anti-market Commercial Code of Ukraine simultaneously with the Civil Code, which "preserved" all the old approaches to the legal entity. The author identifies the main areas for updating the provisions on legal entities.

The article pays special attention to the main provisions of the Concept on Things (property); the author identifies the place of the rules on things in the codification and important innovations of the Concept on Things.

The author examines current trends in the development of regulation of contractual relations in European law. Particular attention is paid to the provisions of international documents on the unification of private law and modern civil law reforms in the EU.

Ke ywords: recodification, legal entity, objects of civil rights, transactions, contracts.

Узагальнення та високі абстракції цивільного (приватного) права проявляються, зокрема, у таких категоріях приватноправових відносин, як суб'єкт – об'єкт – правочин. Саме від них відштовхується доктрина приватного права, відповідне законодавство тощо. Удосконалення таких інструментів правової реальності є одним із важливих завдань оновлення (рекодифікації) Цивільного кодексу України. Цим питанням Загальної частини пандектної системи (*pandektensystem*) була присвячена серія міжнародних семінарів, організованих у 2022 році за участю «старого» і надійного помагача українських учених-розробників Проєкту ЦК України – Німецького Фонду правового співробітництва (*IRZ*). Вітаючи німецьких колег та наших співвітчизників із 30-річчям *IRZ*, хочеться відзначити, що протягом усіх цих років *IRZ* надав величезну допомогу Україні у різних ділянках національної правової системи, у тому числі у відродженні приватного права в Україні, його кодифікації. Співпраця з *IRZ* розпочалася з перших років його існування. Вже у 1993 р. з одним із керівників проєкту *IRZ* п. Х. Херрнфельдом були окреслені перспективи співробітництва, які у майбутньому втілилися, зокрема, у письмових Експертизах різних варіантів Проєкту ЦК України, живих, безпосередніх та тривалих зустрічах розробників кодексу з німецькими фахівцями на конференціях, консультаціях, робочих сесіях у Києві, Боні, Веймарі, Берліні, Бремені, Кілі та в інших містах і країнах. У цій роботі брали участь сотні німецьких учених і фахівців, з багатьма з них розробники зберігають зв'язки впродовж десятиліть. Як тут не згадати працівників Федерального міністерства юстиції Німеччини Пітера Гасса, доктора Ханса-Вернера Еккерта, проф. Вальтера Ролланда; професорів університетів та інститутів – Ульріха Дробніга, Рольфа Кніпера, Пітера Шустера, Ханса Дернера, Пітера Ханау та

ін.; працівників *IRZ*, уже згаданого Ханса Херрнфельда, Штефана Хюльсхостера та незмінного перекладача тих часів Геннадія Рижкова.

Нижче поділимо деякими міркуваннями з приводу окремих аспектів трьох тем семінарів з *IRZ*. Почнемо з юридичних осіб як суб'єктів приватних відносин.

I. Загальні підходи до покращення структури та змісту положень щодо юридичних осіб у Концепції оновлення ЦК України

Загальні підходи розробників Концепції оновлення ЦК України (далі – *Концепція*) щодо модернізації інституту юридичних осіб спрямовувалися двома завданнями-цілями. Перше з них полягає у поверненні до закладених у Проєкті ЦК України теоретичних засад щодо цього типу учасників цивільних відносин. Як відомо, ці принципи були деформовані прийняттям Господарського кодексу України (далі – *ГПУ*) та наступного (після 2004 р.) законодавства. Друге завдання впливало з євроінтеграційних прагнень України. Шлях до ЄС нині віддзеркалений у Конституції України (зміни від 7 лютого 2019 р.) та вже підтверджений набуттям країною статусу кандидата на членство в ЄС (23 червня 2022 р.).

Теоретичні засади юридичних осіб у Проєкті ЦК України.

Розробники Проєкту ЦК України спроектували загальні норми щодо юридичних осіб, виходячи з таких ідей:

1) поділу юридичних осіб залежно від порядку їх створення або інших чинників, зазначених у законі, на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права;

2) закритого переліку організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права. Цей перелік складається із семи організаційно-правових форм: загальноцивільні товариства, акціонерні товариства, товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю, виробничі

кооперативи, повні та командитні товариства, установи. Якщо майно відокремлюється водночас із об'єднанням осіб, формою такої юридичної особи буде товариство, яке, своєю чергою, може бути в організаційно-правовій формі загальноцивільного товариства (не для розподілу прибутку) або організаційно-правових формах підприємницького товариства. Якщо майно відокремлюється без об'єднання осіб – це установа, засновники якої не можуть брати участь в її управлінні;

3) представлення у ЦК України принципів контурів усіх семи організаційно-правових форм юридичних осіб;

4) «народження» юридичної особи приватного права звичайно пов'язується з відокремленням майна на праві власності юридичної особи. В економічному середовищі існування юридичних осіб-не власників майна загрожує стабільності майновому обігу і суперечить природі та призначенню юридичних осіб у суспільстві;

5) ліквідації квазі-речових «комуністичних» інститутів господарського відання та оперативного управління майном;

6) визнання за юридичними особами приватного права, незважаючи на їх організаційно-правову форму, загальної правоздатності;

7) визнання за юридичними особами приватного права, незважаючи на їх організаційно-правову форму, не тільки майнових, а й особистих немайнових прав (прирівнення їх тим самим, за великим рахунком, до фізичних осіб);

8) віднесення держави Україна, Автономної Республіки Крим (АРК), територіальних громад до юридичних осіб публічного права;

9) урегулювання статусу всіх юридичних осіб публічного права в окремому законі;

10) урівняння в правах осіб публічного права з іншими суб'єктами цивільних відносин.

Концепція юридичних осіб у Проєкті ЦК виходила з наявних у Європі підходів щодо видів та організаційно-правових форм цих учасників приватноправових відносин. Вона враховувала також численні директиви ЄС стосовно компаній.

На думку розробників Проєкту ЦК, лише втілення зазначених вище 10 прин-

ципів стало би вагомим чинником економічного відродження України та її інтеграції у європейську і світову економіку. Адже досвід людства показував, що тільки система, яка заснована на відзначених вище принципах, створюватиме та відповідатиме ринковому економічному середовищу і громадянському суспільству та слугуватиме економічному прогресу і реалізації основних прав і свобод людини. Але, як кажуть, «не сталося, як гадалося». Всі вищеназвані ідеї були деформовані подальшими кроками законодавця.

Деформація запропонованої розробниками Проєкту ЦК України системи юридичних осіб відбувалася такими шляхами.

По-перше, одночасно з ЦК України був прийнятий антиринковий ГКУ, який «законсервував» усі старі підходи до питання. Господарський кодекс зберіг характерне для адміністративно-командної економіки поняття «підприємство» та систему їх видів, якими фактично замінив звичні для правових систем та зрозумілі учасникам відносин правові категорії юридичних осіб певних видів та організаційно-правових форм. Ще більшою ніж «підприємство» загадкою для інвесторів, фінансових кредиторів тощо стали записані у ГКУ види підприємств та їх об'єднань (приватні, колективні, комунальні, державні, унітарні, казенні, іноземні, орендні (на сьогодні вже скасовані), асоціації, корпорації, консорціуми, концерни, комбінати, трести).

По-друге, прийнятий ЦК України начебто відтворював положення щодо юридичних осіб попередніх текстів Проєкту та зберігав концепцію вчених-розробників. Проте незначні, на перший погляд, правки до глав про юридичні особи відкривали «шлюзи» для господарсько-правових та інших мутних потоків. Так, наприклад, у ст. 83 ЦК України (у проєктах, підготовлених до всіх читань, ст. 65) раніше закріплений закритий перелік форм юридичних осіб (товариства та установи) «відкривався» доповненою фразою – «та в інших формах, встановлених законом». Такий «реверанс» у бік ГКУ був лише частиною великої змови політичних сил парламенту щодо одночасного прийняття двох полярних кодексів. Надзвичайно ускладнило розуміння природи та видів юридичних

осіб публічного права виключення із ч. 4 ст. 81 ЦК України (у проєктах, підготовлених до всіх читань, ст. 64) уточнює положення про те, що держава Україна, АРК, територіальні громади визначаються юридичними особами публічного права.

По-третє, система юридичних осіб в Україні деформувалася також через те, що до законів України стосовно окремих видів та форм юридичних осіб, прийнятих до 2004 р., не вносилися зміни відповідно до положень нового ЦК України. Наприклад, у Законі України «Про товарну біржу», прийнятому у 1991 р., ще й досі не записано організаційно-правову форму товарної біржі. З іншого боку, вже нові (після 2004 р.) закони подібного роду не враховували правила ЦК України щодо системи юридичних осіб. Так, у Законі України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» (2012 р.) серед організаційно-правових форм благодійних організацій, крім товариств і установ, згадується ще й «фонд», який невідомо чим виокремлюється з-поміж установ або товариств. А в Законі України «Про громадські об'єднання» (2012 р.) організаційно-правовими формами об'єднань названі громадська організація або громадська спілка (ч. 2 ст. 1).

Напрями оновлення положень про юридичні особи.

Вищевикладене пояснює те, що в *Концепції* запропоновані такі основні напрями змін:

1) втілення ідеї *вичерпного* переліку організаційно-правових форм юридичних осіб, встановлюваного ЦК України;

2) представлення у ЦК України загальних положень щодо *всіх* форм юридичних осіб;

3) уточнення змісту положень про участь держави Україна, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільних відносинах як *юридичних осіб публічного права* та представлення у кодексі лише загальних положень про всі юридичні особи публічного права.

Вищенаведені напрями змін втілилися у проєкт нормативних приписів, текст яких підготовлено під час війни у період з лютого по липень 2002 р. разом з кандидатом юридичних наук Вікторією Хоменко.

Наприкінці варто сказати, що великі потенційні можливості покращення інсти-

туту юридичних осіб у чинному кодексі аж ніяк не заважають негайному скасуванню Господарського кодексу України, не чекаючи навіть оновлення Книги першої ЦК України.

II. Положення *Концепції* про речі

Положення *Концепції* стосовно найпоширенішого об'єкта цивільних прав – РЕЧЕЙ характеризуються такими моментами. По-перше, частина пропозицій знаходиться у розділі «Об'єкти» (Книга 1), а інша частина міститься у Книзі 3 (Речове право). Наступний момент полягає у тому, що всі пропозиції з удосконалення правового режиму речей намічено лише, так би мовити, пунктиром. У них відсутні точні формулювання оновлень, а зазначено лише можливі напрями, у яких бажано працювати на стадії законопроєктування. Така «розмитість» пропозицій щодо «речей» у *Концепції* сталася через розбіжність у підходах як серед розробників *Концепції*, так і у середовищі цивілістів України.

Місце норм про речі в кодифікації.

У світовій цивілістиці вже не одне століття обговорюється питання про розташування у кодексі норм про речі: це матеріал *Загальної частини* кодифікації чи речового права? А може обох частин?

У письмових Експертизах до Проєкту ЦК України, наданих IRZ у далекі 1990-ті роки, висловлювалися думки (здається, Пітером Гасом), що відповідна частина кодифікації тому і зветься «*Загальною*» (*General Part*), що в ній вміщуються положення, які впливають на *всі* частини кодексу. Зокрема, йшлося про те, що положенням Проєкту ЦК України про особисті нематеріальні блага (життя, здоров'я, тілесна недоторканість тощо) не місце у *Загальній частині* кодексу. Німецькі експерти за великим рахунком радили розробникам особливо не відхилятися від класичного вчення *пандектенсистем* у питанні *General Part*. Проте вони пропонували можливими об'єктами цивільних прав вважати не тільки матеріальні речі, як у *BGB*, а ще й права та розмістити положення про ці два види об'єктів цивільних прав відповідно у двох главах розділу про об'єкти.

Вчення *pandektensystem* стало видатним надбанням європейської юриспруденції новітнього часу та конститутивною

рисою європейського приватного права. Його зміст полягає в обґрунтуванні поділу системи приватного права на п'ять частин: загальна частина, зобов'язання, власність, сімейне та спадкове право. Сама назва походить від послідовності викладу приватного права у підручниках та наукових працях пандектистів XIX ст. Відомо, що важливим маркером *pandektensystem* є наявність у ній «Загальної частини», під якою у кодифікаціях розуміють масив загальних правил, які з метою уникнення їх постійного повторення вилучаються (видобуваються, виводяться) із всіх складових частин приватного права та вміщуються перед ними. Відповідно до логіки пандектистів *Загальна частина* в принципі мусить складатися з таких розділів, як: суб'єкти, об'єкти, виникнення прав, захист прав.

Розробники Проекту ЦК України, конструюючи розділ про об'єкти 30 років потому, не стали строго дотримуватись вчення *pandektensystem* у питанні *General Part*. На то були свої причини. Так, наприклад, структура українського кодексу планувалася унікальною та небувалою у світі: крім традиційних (так би мовити класичних пар – речове/зобов'язальне право та сімейне/спадкове право) до проекту включалися частини (Книги) про інтелектуальну власність та особисті майнові права, які оперують своїми специфічними об'єктами. До уваги бралось й те, що у світовій цивілістиці не припинялася критика німецької *General Part*, включно з розділом про «об'єкти». На думку критиків, через те, що у *Загальній частині* наводяться правила найвищого рівня абстракції і узагальнення¹, то цей матеріал більше підходить для підручників. А вміщення його у кодекси лише ускладнює розуміння права широким загалом та відволікає суддю від ретельного вивчення фактичних обставин через необхідність зосередження на дедукції. Критики закидали й те,

¹ Ідея «Загальної частини» впливає із теорії Природного права (Law of Reason) з її намаганням «привести» право до логічної системи за допомогою методу узагальнень та абстракцій. Після того, як практика виділення «Загальної частини» «перекочувала» з підручників до *BGB*, вона набула світової слави та втілилась у багатьох національних кодифікаціях XX ст.: Японія (1898), Бразилія (1916 і 2002), Греція (1940), Португалія (1966) тощо.

що норми підрозділу про речі є матеріалом речового права, а не *Загальної частини*. Нарешті, розробниками відзначався плюралізм у цьому питанні у світових кодифікаціях. Так, наприклад, Швейцарія взагалі відмовилась від *Загальної частини* у своєму цивільному кодексі. У ЦК Португалії (1966) та Бразилії (1916 і 2002) був включений розділ про об'єкти (а не як у *BGB* тільки розділ про «речі» у матеріальному значенні), а Греція (1940) взагалі відмовилась від висвітлення таких питань у кодексі. Варто зазначити також і те, що неоднаковість підходів до «наповнення» *Загальної частини*, зокрема розділу про об'єкти цивільних прав, європейські цивілісти розглядали лише як справу юридичної техніки, а не ідеологічного характеру. Це давало українським розробникам *carte blanche* до будь-яких експериментів...

Проте відхід розробників у питанні «об'єктів» від лінії *BGB* призвів до того, що у підсумку у чинному ЦК України проглядається певна асиметричність та місцями алогічність частин (глав) розділу про об'єкти цивільних прав. Так, асиметричність виразно видно у неоднаковій кількості статей чотирьох глав розділу: Гл. 12 (Загальні положення про об'єкти) складається з 2 статей; Гл. 13 (Речі. Майно) потягнула на себе найбільшу кількість статей – 15 із 25 статей усього розділу; Гл. 14 (Цінні папери) нараховує 5 статей (виникає питання чому це окрема глава, а не параграф глави про речі, адже цінні папери віднесено до речей?); Гл. 15 (Нематеріальні блага) складається із 3 статей. Проте головним недоліком стало те, що статті останньої глави (Нематеріальні блага) не були наповнені регулюючим змістом – вони відсилали регулювання до інших частин кодексу або містили просто приблизний перелік об'єктів. І це нагадує підручник з цивільного права. У радянській цивілістиці системний матеріал про об'єкти традиційно викладався у вузівській навчальній літературі, а не в кодексах. Так, у ЦК УРСР 1963 р. нечисленні положення про об'єкти були розпорошені в основному у розділах, присвячених праву власності і зобов'язанням.

Як би не вирішувалося питання про місце норм про РЕЧІ у структурі оновленого кодексу, все ж таки найважливішим

є не місце, а зміст новацій, які пропонує Концепція у такій царині.

Важливі новації Концепції стосовно речей.

У 22 статтях чинного ЦК України, що стосуються такого об'єкта цивільних прав, як речі, наводяться норми щодо:

- визначення речі,
- поділу речей (нерухомі/рухомі, подільні/неподільні, індивідуальні/родові, споживні/неспоживні, головна/приналежність),
- специфіки правового режиму певних речей (складні, продукція/плоди/доходи, підприємство, гроші, валюта, цінні папери).

Визначення речі.

Структура усього розділу «Об'єкти» та відповідного розділу Книги 3 (Речове право) залежить від того, який зміст вкладатиметься у поняття «речі». У чинному ЦК України, як у Німеччині 120 років потому, *«річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права і обов'язки»* (ст. 179). У цивільному праві іноземних країн ці поняття різняться. Так, у ЦК Чехії (2012) ним охоплюється все, що відмінно від особи та слугує потребам людей. Між двома полюсами: річ – це матеріальний предмет та річ – це все що завгодно, є, так би мовити, середні варіанти.

Хоча в Концепції поняття «речі» не представлено, проте під час засідань її розробників обговорювався саме такий середній варіант: *«Речами у сенсі закону є всі предмети, які можуть бути індивідуальною або колективною приналежністю (фізичної або юридичної особи) (матеріальні речі), та майнові права, оскільки вони є складовими частинами майна (нематеріальні речі). // Предметами визнаються матеріальні об'єкти, щодо яких можуть існувати цивільні права та обов'язки. // Визначальними властивостями речі є здатність майнового блага в матеріальній або нематеріальній формі бути індивідуальною або колективною приналежністю, перебувати в правовому пануванні внаслідок підпорядкування волі особи, мати економічну цінність і слугувати для використання»*. Таким чином, до категорії «річ» зачислялися певні майнові права, визначені законом, наприклад корпоративні права.

Під час засідань розробників пропонувалося відносити до речей нематеріальні

(безтілесні) об'єкти (дематеріалізовані види енергії – газ, електроенергія тощо, криптовалюта й інші віртуальні активи, майнові права, цінні папери, безготівкові гроші та інше нематеріалізоване майно); останніми є речі, які сприймаються лише свідомістю, а не доступними людині почуттями, оскільки вони є складовими частинами майна особи. Пропонувалося також зарахування до цього виду об'єктів цивільних прав так званих цифрових речей, які, крім криптовалюти/віртуальних активів, включають обліковий запис електронної пошти, в мережі або інший онлайн-обліковий запис, на який вона має право.

Поділ речей.

Найважливішою пропозицією Концепції у цій сфері є новації щодо нерухомого майна у дихотомії рухоме/нерухоме майно. Три покоління людей колишнього СРСР мали хибне уявлення про нерухомість, позаяк земля була вилучена з приватного обороту після жовтневого більшовицького перевороту у 1917 р.

У Концепції до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) пропонується відносити лише земельні ділянки, які зареєстровані в реєстрі нерухомого майна під окремим кадастровим номером. Така пропозиція виглядає кардинальною, позаяк зараз до нерухомих речей належать будинки та інші об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Новий підхід призводить до того, що будівлі будуть розглядатися, як правило, складовою частиною нерухомого майна, як й інші його частини, які міцно пов'язані із земельною ділянкою, такі як підземні споруди (хоч би вони і поширювалися на інші ділянки), відокремлені водні об'єкти, багаторічні насадження, незібраний врожай. Це правило застосовується, навіть якщо ці складові частини були зареєстровані в реєстрі нерухомого майна окремо.

Водночас Концепцією передбачається, що будівлі й інші, тісно пов'язані із земельною ділянкою речі і роботи, споруджені на земельній ділянці іншої особи на основі права суперфіцію, а також речі, пов'язані із земельною ділянкою для тимчасових цілей, не є складовою частиною нерухомої речі. Проте такі будівлі тощо стають скла-

довою частиною земельної ділянки у разі припинення права суперфіцію.

Таким чином, у національне законодавство пропонується запровадити поширений у західних країнах принцип *superficies solo cedit*, який ґрунтується на ідеї «прирощення», згідно з якою у разі забудови земельної ділянки власником, будівля перестає бути самостійним об'єктом прав. Вона включається до складу земельної ділянки і визнається її складовою частиною, що тягне за собою утворення єдиного майна, належного забудовнику на праві власності.

Положення щодо певних речей.

Концепція називає окремі специфічні речі, регламентацію яких треба покращити або додатково ввести до ЦК України: підприємство як цілісний майновий комплекс; тварини та інші живі організми; рухомі культурні цінності. Проте якихось параметрів щодо цих специфічних речей *Концепція* не наводить.

III. Сучасні тенденції розвитку регулювання договірних відносин у європейському праві

Серед основних чинників оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства у *Концепції* вказується суттєве удосконалення та уніфікація норм приватного права на національному, європейському та світовому рівнях. Насамперед це стосується договорів, правочинів та зобов'язань. Так, договірне право ЄС та його держав-членів перебуває під впливом таких епохальних міжнародних документів, як:

– Принципи міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT (*Принципи УНІДРУА*);

– Принципи європейського контрактного права (*Принципи Ландо*);

– Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проект Загальної системи координат 2009 р. (*DCFR*);

– Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (*CISG*).

Загальна характеристика міжнародних документів.

Названі документи мають однакові уніфікаційні цілі, принципи, формулювання численних правил, причому раніше прийнятий у часі інструмент виконував

роль своєрідного «трампліну» для наступного. Водночас акти різняться за багатьма параметрами, зокрема, за юридичною силою, за географією застосування, за колом включених до них правових питань тощо. Наведені міжнародні акти все ширше застосовуються у бізнесі та судовій практиці. Вони визнані інструментами, які найкраще відповідають потребам сучасного майнового обігу. Не менш важливим є й те, що ці міжнародні акти не зазнали впливу політичних інтересів певної групи, а стали результатом праці професорів і юристів-практиків багатьох країн та синтезом найкращих рішень конкретних правових завдань («*best practices*») із різних правових систем.

Реформи цивільного права країн ЄС.

Саме на засадах та нормах таких міжнародних актів відбуваються нині реформи цивільного законодавства держав ЄС.

Німеччина стала першою країною, в якій міжнародні акти з уніфікації приватного права отримали визнання та практичне втілення. Там на початку 2000-х років відбулося реформування зобов'язального права.

Франція. У результаті щойно проведеної реформи договірного права й загальних положень про зобов'язання відповідна частина Кодексу Наполеона гармонізована із «загальноєвропейським приватним правом». Зараз у Франції активно обговорюється реформа щодо цивільно-правової відповідальності, як договірної, так і недоговірної.

Нові члени ЄС. У багатьох «країнах-новачках» з набуттям членства ЄС приймаються нові цивільні кодекси, зокрема, у Румунії (2009 р., набрав чинності 1 жовтня 2011 р.), Чехії (2012 р., набрав чинності з 1 січня 2014 р.), Угорщині (2009 р., набрав чинності з 2013 р.). Польща та Словаччина вже стоять на порозі появи нових кодифікацій. На всі згадані кодекси або проекти кодифікацій неабиякий вплив справили міжнародні документи з уніфікації норм матеріального приватного права.

Сутність змін у царині договорів (правочинів).

За своєю сутністю всі названі документи (міжнародні, національні) намагаються забезпечити чесність у міжнародних

договірних відносинах, прямо формулюючи загальні обов'язки сторін діяти добросовісно, чесно вести справи, дотримуватись стандартів розсудливої поведінки. Слід зазначити, що європейські документи (*Принципи Ландо, DCFR*), на відміну від *CISG*, уже не вказують на своє застосування лише у міжнародно-комерційній сфері. Вони мають характер загальних правил договірного права країн ЄС та пропонуються як для міжнародних, так і внутрішніх договорів; як для комерційних, так і некомерційних правочинів. Важлива риса зазначених міжнародних документів полягає у тому, що вони намагаються уникати використання термінології, властивої лише певній правовій системі.

На момент написання Проекту ЦК України (березень 1996 р.) його розробники у питаннях договірного права мали можливість уже орієнтуватися не тільки на *CISG*, але й на першу частину *Принципів Ландо* (1995) та *Принципів УНІДРУА* (редакція 1994 р.). Зустрічі українських розробників з авторами цих документів (Міхаель Бонель, Поль-Андре Крепо, Артур Харткамп, П'єр Відмар, Річард Баксбаум, Ульріх Дробніг тощо) сприяли тому, що ідеї нового

договірного права, що починали витати наприкінці століття у Європі, увійшли значною мірою до українського кодексу. Проте розвиток договірного права у Європі у наступні роки (1996–2022) став тригером модернізації вітчизняного цивільного права в умовах євроінтеграції.

Велика увага розробників *Концепції* до сучасної реформи договірного права у Європі пояснюється також їхніми намірами використовувати європейські доробки у цій ділянці не тільки для оновлення зобов'язального права України, але й для оновлення всієї *Загальної частини* кодифікації, зокрема розділу (глави) про правочини. Так, у *Концепції* пропонується перенести норми щодо поняття договору та його видів, а також форми договору, до глави про правочини, передбачивши в ній також положення про недійсність договорів (замість недійсності правочинів). Положення про недійсність договорів як найпоширеніших на практиці правочинів за задумом авторів *Концепції*, максимально враховуватимуть рекомендації міжнародних актів, зокрема *DCFR* (глава 7 «Підстави недійсності» Книги II) та *Принципів Ландо* (розділ 4 «Дійсність»).



Проф. д-р Маркус Герляйн

Суддя Федерального Верховного суду у відставці
Лацареттґартен 34
76829 Ландау

ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК ДО ПЕРШОЇ КНИГИ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

I. Вступ

Кабінет Міністрів України Постановою від 17 липня 2019 р. п. 650 «Про утворення робочої групи з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» доручив експертній комісії, що складалася переважно з науковців-правників, розробити фундаментальну концепцію оновлення Цивільного кодексу (ЦКУ) України. Ця комісія представила перший проєкт наприкінці 2020 року. Основу наступного звіту становить розроблена робочою групою концепція, що була представлена громадськості на початку березня 2021 року. На початку 2021 року Верховна Рада України розширила склад комісії, включивши до неї депутатів від усіх фракцій. Робота над проєктом оновленого Цивільного кодексу України має бути завершена у 2022 році.

II. Підстави оновлення всього Цивільного кодексу України

Наводяться різні причини, які вимагають оновлення Цивільного кодексу. До них належать (Концепція актуалізації Цивільного кодексу України, вступ стор. 1, далі у тексті – Концепція):

- час, що минув з моменту ухвалення Цивільного кодексу у 2003 році, та логіка подальшої трансформації українського суспільства, у тому числі подальшої розбудови реальної ринкової економіки;
- реалізація концепції єдиного кодексу приватного права та пов'язане з цим скасування Господарського кодексу;
- необхідність істотного оновлення всіх книг Цивільного кодексу;
- можливе включення Сімейного кодексу та міжнародного приватного

- права до оновленого Цивільного кодексу;
- врахування нових тенденцій розвитку ринкової економіки країни;
- врахування типових норм на міжнародному рівні;
- врахування досвіду оновлення відповідних кодексів у Франції та Німеччині як «бастіонів» приватного права;
- врахування новітніх і сучасних прикладів нових країн ЄС, особливо з колишнього «соціалістичного» табору;
- посилення потенціалу української приватноправової науки.

Автори Концепції під керівництвом Голови Верховної Ради професора Руслана Стефанчука вважають, що всі книги чинного Цивільного кодексу потребують оновлення.

III. Цілі рекодифікації Першої книги

Перша книга (Загальні положення) має бути суттєво доопрацьована, зокрема у зв'язку з намірами щодо скасування Господарського кодексу України. Він не відповідає параметрам законів, що регулюють ділові відносини, які за своєю природою є насамперед приватноправовими. Крім того, планується розширити перелік об'єктів цивільних прав з метою врахування подальшого розвитку цивільної реалізації та появи нових об'єктів, які ще не були відомі під час підготовки та затвердження чинної редакції Цивільного кодексу. Крім того, розглядається нове визначення строків позовної давності, особливо для правочинів, які визнані нечинними. Норми нової редакції Цивільного кодексу також мають забезпечити надійне функціонування цифрової торгівлі, смарт-контрактів та Інтернет-

банкінгу та врахування сучасних тенденцій цифрової економіки (примітка представництва Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва у Києві).

Далі, за ініціативою Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва, має бути складений експертний висновок щодо проєкту Першої книги оновленого ЦКУ. Заздалегідь слід зазначити, що, наскільки мені відомо, цей проєкт був перекладений з української мови на англійську, а з неї на німецьку. Тому не можна виключати непорозуміння через помилки перекладу. Крім того, я не знайомий з правовою традицією, догматикою та систематикою українського права. З огляду на ці невизначеності не можна виключати, що наступна розробка може страждати від неточностей.

IV. Коментар

Найважчий Цивільний кодекс планується переглянути в рамках комплексної реформи. Щодо міркувань стосовно Першої книги можна стисло висловити такі думки.

1. Скасування Господарського кодексу

а) Пропозиція Комісії

У різних контекстах скасування «антиринкового» Господарського кодексу України розглядається як неминуче (Концепція, вступ, стор. 1). Це свідчить про те, що – невідомий мені – Господарський кодекс не відповідає правовим вимогам сучасної ринкової економіки (Концепція, § 1.1.).

б) Коментар

У багатьох країнах традиційно розрізняють загальне приватне право і спеціальне приватне право господарюючих суб'єктів, комерційне право¹. У Німеччині це призвело до формування німецького Цивільного кодексу (BGB), який є чинним для всіх суб'єктів приватного права, і Комерційного кодексу (HGB) як спеціального кодексу для господарюючих суб'єктів. Якщо Україна має намір скасувати попередній Господарський кодекс, цей план не обов'язково повинен бути реалізований у рамках оновлення Цивільного кодексу. Принаймні це виглядає незвичним, коли новий закон вводиться зі скасуванням іншого закону. Можливо, більш належною була би ліквідація Господарського кодексу

за допомогою – дуже стисло – окремого закону. Навіть після скасування Господарського кодексу все одно доведеться розглянути питання, чи можна повністю відмовитися від спеціального законодавства для господарюючих суб'єктів, яке відповідає вимогам ринкової економіки. Наскільки можна зрозуміти, не передбачається цілісне перенесення норм Господарського кодексу у змінній формі до Цивільного кодексу (Концепція, § 1.4.), який лише вибірково стосується «бізнес-середовища» (Концепція, § 5.8. п. 3, § 5.13.). Можливо, має сенс зарезервувати спеціальний розділ для тих положень комерційного законодавства, які потребують нового формулювання. Мені не зовсім зрозуміло, чи має оновлений Цивільний кодекс об'єднувати всі норми цивільного законодавства України. Це була б дуже амбітна мета. У Німеччині Цивільний кодекс (BGB) є ключовим елементом цивільного права, але за межами BGB існує ціла низка таких важливих законів, як, наприклад, Положення про проведення конкурсного провадження, Комерційний кодекс, Закон про товариства з обмеженою відповідальністю та Закон про акціонерні товариства. Так само і право інтелектуальної власності міститься у таких самостійних законах, як Закон про боротьбу з недобросовісною конкуренцією, Закон про товарні знаки, Закон про промислові зразки, Закон про авторське право. Безперечно, досить привабливим є бажання об'єднати всі норми в одному законі. Втім слід усвідомлювати, що визначеність може постраждати, якщо певні поправки, джерелом яких є, наприклад, законодавство ЄС, спричинять глибокі зміни в окремих галузях.

2. Фундаментальні положення

а) Пропозиція Комісії

За допомогою «фундаментальних положень» необхідно з'ясувати сфери, у яких приватноправові відносини регулюються цивільним законодавством. У цьому відношенні слід навести сфери, що виходять за межі ст. 9 Цивільного кодексу (Концепція, § 1.2.). Крім того, у ст. 3 Цивільного кодексу слід конкретизувати та виділити загальні принципи цивільного права стосовно того, що ці основні принципи не утворюють закриту систему, а є відкритими для доповнень (Концепція, § 1.3.).

¹ Див. інформацію до відома щодо іноземного права у Норт, Комерційний кодекс, 38 видання, Einl v § 1 примітка на полях 25 і наступні.

б) Коментар

аа) Регулювання сфер, у яких складаються приватноправові відносини, цивільним законодавством та через відмежування від публічного права

Оскільки через Цивільний кодекс у рамках внесення змін мають бути оформлені «додаткові сфери соціальної реальності» (Концепція § 1.2.), то, ймовірно, це торкнеться найрізноманітніших нормативних комплексів. Уже зараз відповідно до ст. 9 Цивільного кодексу до регулювання відносин у сфері господарської діяльності, використання природних ресурсів, захисту навколишнього природного середовища та трудових і сімейних відносин застосовується Цивільний кодекс, оскільки ці питання не врегульовані іншими законодавчими актами. Поширення дії закону на інші можливі приватноправові нормативні комплекси не викликає жодних принципових побоювань. Проте було б корисно детальніше конкретизувати щодо змісту нові намічені сфери – регулювання приватноправових відносин у сферах захисту навколишнього природного середовища, праці, сім'ї, підприємництва (Концепція § 1.4.).

Звісно, з німецької точки зору у цьому контексті може виникнути певна невизначеність щодо того, чи дійсно частина зазначених у статті 9 Цивільного кодексу питань стосується виключно цивільного права, а не також і публічного права. Відповідно до суб'єктної теорії, застосовуваної в німецькому праві, завжди йдеться про публічно-правовий спір у тому разі, якщо принаймні одна із причетних сторін є органом державної влади і відповідна норма, що має вирішити спір, надає певне право або зобов'язує виключно його². Трудові та сімейні відносини, зазначені у ст. 9 Цивільного кодексу, а також майнові правовідносини носять приватноправовий характер, оскільки державні органи не причетні до цих правовідносин або принаймні не беруть у них участь як носії владних прав з особливими повноваженнями. Між тим можна вважати, що використання природних ресурсів і охо-

рона навколишнього природного середовища носять публічноправовий характер, оскільки є завданнями, які мають виконувати державні носії владних повноважень.

У сенсі приватноправового регулювання інша ситуація має місце, якщо на питання використання природних ресурсів або охорони довкілля мають зважати, наприклад, двоє власників земельних ділянок у рамках сусідських правовідносин. У зв'язку з цим може бути доречним роз'яснення статті 9 Цивільного кодексу у тому сенсі, що Цивільний кодекс регулює лише відносини між приватними особами, а також і відносини між приватними особами та органами державної влади, тобто державними установами.

Ймовірно, ця ідея знайшла свій вираз у § 1.4. Концепції, згідно з яким мають бути визначені пріоритети у застосуванні Цивільного кодексу до регулювання приватноправових відносин у сферах охорони навколишнього природного середовища, праці, сім'ї, підприємництва. Це може зводитись до дії фундаментальних прав щодо третіх осіб у приватноправових відносинах³, відомої у німецькому праві. Зрештою, зі статті 8 Цивільного кодексу можна було би зробити висновок, що закон хоче оформлювати лише «цивільно-правові», а не публічноправові відносини.

Український законодавець має бути відкритим для розуміння того, що право на горизонтальні відносини між приватними, принципово рівноправними учасниками ринку та право на відносини владного характеру між державою та органами публічної влади, з одного боку, та громадянами – з іншого, оформлюються за різними принципами та, що законодавча робота полегшується завдяки врахуванню цієї відмінності через розмежування приватного та публічного права⁴. Втім ст. 16 п. 10 Цивільного кодексу, згідно з якою правові акти державних установ можуть бути визнані незаконними, не допускає розмежування приватного права та публічного права.

² Об'єднаний сенат вищих федеральних судів, постанова від 29 жовтня 1987 року – GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280, 283, Beschluss vom 10 7 1989 – GmS – OGB 1/88, NJW 1990, 1527.

³ Федеральний Конституційний суд, постанова від 06 листопада 2019 року – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 примітка на полях 76 і наступна.

⁴ *Knieper y Hulshorster/Mirow*, Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland, 2021, стор. 283 і наступна.

6б) Загальні принципи цивільного законодавства

У статті 3 Цивільного кодексу вже перелічені загальні принципи цивільного законодавства, що виражають такі важливі принципи приватноправового режиму, як свобода укладання угод та судово-правовий захист. Оскільки є заборона щодо неприпустимості свавільних втручань у сферу приватного життя (ст. 3 п. 1 Цивільного кодексу) і гарантується захист власності (ст. 3 п. 2 Цивільного кодексу), то не зовсім зрозуміло, чи це положення розглядає як зобов'язаного – відповідно до німецького розуміння – насамперед державу та її органи чи приватних осіб. Відповідно до німецького розуміння захист сфери приватного життя гарантується загальним правом особистості, передбаченим статтею 2 абзац 1 у поєднанні зі статтею 1 абзац 1 Основного закону, та захистом власності, передбаченим статтею 14 Основного закону.

Відповідно до німецького розуміння подальші свободи, які піддаються рекодифікації (Концепція, п. 1.3.), стосуються не стільки цивільно-правових повноважень, скільки більшою мірою гарантованих конституцією фундаментальних свобод. Загальне право особистості (ст. 2 п. 1 у поєднанні з ст. 1 п. 1 Основного закону) надає захист, оскільки втручання в приватне життя індивідууму розглядаються як неприпустимі через розвиток нових технологій та їхній розвиток (наприклад, неприпустимість свавільного втручання в геном людини; неприпустимість свавільного втручання в організм людини та її ембріон, у репродуктивну сферу людини; крім того, неприпустимість свавільного втручання у сферу особистої інформації, особистих даних). Фундаментальне право на свободу науки (ст. 5 п. 3 Основного закону) стосується свободи інтелектуальної (творчої) діяльності, фундаментальне право на свободу інформації та вираження поглядів (ст. 5 п. 1 і 2 Основного закону) забезпечує свободу інформації та обміну інформацією, включаючи взаємодію з автономними роботами та штучним інтелектом. Тут також слід поставити запитання, чи не слід закріпити ці об'єкти регулювання не у Цивільному кодексі, а в іншому контексті, можливо, навіть у Конституції.

Вже з нинішньої редакції ст. 3 Цивільного кодексу можна дізнатися, що перелік основних принципів є не закритим, а скоріше, доступним для подальшого розвитку. Це має впливати, зокрема, зі ст. 3 п. 6 Цивільного кодексу, згідно з якою мають дотримуватись «справедливість, добросовісність та розумність». При цьому мають на увазі ті принципи «добросовісності», яких слід дотримувати у німецькому законодавстві відповідно до § 242 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) і які вможливають подальший розвиток права.

3. Межі здійснення суб'єктивного цивільного права

а) Пропозиція Комісії

Положення статті 13 Цивільного кодексу про обсяг користування цивільними правами підлягає зміні. Наприклад, неприпустимим вважається зловживання законом (Концепція § 1.5.).

б) Коментар

Я не можу судити про наявність необхідності подальшого регулювання. У статті 13 Цивільного кодексу вже є розширені положення, наприклад, дотримання моральних принципів суспільства (§ 13, п. 4 Цивільного кодексу). Було б доцільно видати загальну норму, яка має наповнюватися змістом через судові тлумачення. Німецьке законодавство знає, наприклад, § 226 BGB, який містить так звану заборону використовувати суб'єктивне право з метою заподіяння шкоди іншому, здійснення права з єдиною метою завдати шкоди третім особам. Подальші групи справ щодо так званого недопустимого здійснення прав були розроблені судовою практикою у застосуванні §§ 138, 826 (аморальність) та § 242 BGB (добросовісність)⁵. Здійснення права є зловживанням незалежно від того, чи виконуються передумови § 226 BGB, якщо воно порушує значні інтереси іншої особи, але не ґрунтується на власному інтересі, який заслуговує на захист⁶. Така оцінка вимагає всебічного зважування інтересів судами у кожному окремому випадку.

⁵ *Deppenkemper у Pruttmg/Wegen/Wernreich*, BGB, 16 видання, § 226 примітка на полях 1.

⁶ Федеральний Верховний суд, рішення від 15 березня 2012 року – IX ZR 35/11, NJW 2012, 1717 примітка на полях 10.

4. З'ясування підходів до захисту суб'єктивних цивільних прав

а) Пропозиція Комісії

Слід уточнити текст розділу 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема деякі положення ст. 16 Цивільного кодексу, в якій визначені загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом (Концепція § 1.6.). Положення цієї статті слід уточнити щодо можливості застосування засобів оскарження, безпосередньо не передбачених законом чи договором, з метою гарантування права на належний та ефективний захист порушених суб'єктивних прав відповідно до останніх тенденцій у приватному праві (Концепція § 1.6.).

б) Коментар

Встановлення належного правового захисту заслуговує на схвалення. Втім, беручи до уваги міжнародні правовідносини, це може негативно вплинути на ясність, якщо у Цивільний кодекс як сукупність норм матеріального права будуть внесені відповідні норми, які в обов'язковому порядку мають бути доповнені Цивільно-процесуальним кодексом. У законодавстві Німеччини судово-правовий захист майже виключно закріплений у відповідних процесуальних кодексах (Цивільний процесуальний кодекс (ZPO), Положення про адміністративні суди (VwGO). Інструменти захисту цивільних прав, зазначені у ст. 16 п. п. 1–10 Цивільного кодексу (визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, що порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання зобов'язання в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб), з одного боку, розроблені дуже детально. Це може бути зайвим, оскільки ст. 16 дає суду можливість забезпечити захист іншим способом.

Відповідно до законодавства Німеччини позов може бути використаний для вимагання виконання (позов щодо виконання зобов'язань), констатації правовідносин (позов про встановлення факту) або ство-

рення/перетворення правовідносин (позов про зміну правовідносин). Позов щодо виконання зобов'язань охоплює будь-яку дію чи бездіяльність, наприклад, платіж або відмову від використання незаконної реклами (ст. 16 п. п. 3, 4, 5, 8, 9 Цивільного кодексу). Позов про встановлення факту стосується визначення змісту будь-якого правовідношення (ст. 16 п. 1, 2, 7). Позов про зміну правовідносин спрямований на усунення таких правовідносин, як розлучення або виключення акціонера (ст. 16 п. п. 6, 7).

Розглядається необхідність впровадження спеціальних норм щодо захисту інформаційних прав особи, персональних даних та конфіденційної інформації про особу, а також прав на збереження генетичної ідентичності (Концепція § 1.6.), то, як здається, слід віддати перевагу двоетапній процедурі. З одного боку, у Цивільному кодексі, матеріальному праві слід урегулювати питання, за яких конкретних передумов існують вимоги такого роду та стосовно якої саме особи. На другому етапі слід було б уточнити, як задоволення таких вимог має бути забезпечене у судовому порядку. Додатково слід указати на те, що може набути значення захист інформаційних прав та персональних даних особи (Концепція § 1.6.), особливо з огляду на можливе втручання державних органів. Було б доцільно передбачити у цьому зв'язку спеціальні права та особливі способи їх забезпечення.

5. Відшкодування моральних збитків

а) Пропозиція Комісії

Незалежно від майбутніх багатофункціональних положень щодо відшкодування матеріальних і нематеріальних збитків, особливу увагу слід приділити об'єктивації загальних принципів відшкодування нематеріальних збитків. Це стосується визначення осіб та підстав відшкодування, якщо зобов'язання стосується кількох осіб (потерпілого, членів сім'ї потерпілого, його близьких родичів) (Концепція § 1.7.).

б) Коментар

Ці міркування, вочевидь, стосуються визначення обсягу нематеріальних збитків і, таким чином, відповідно до німецького законодавства (§ 253 BGB) компенсації за моральні збитки. Німецький законодавець був досить дріб'язковим у цій сфері немайнової шкоди, оскільки з недовірою ставився

до питання необхідної у такому випадку оцінки збитків⁷. Якщо сталася дорожньо-транспортна пригода, пошкодження транспортного засобу можна легко визначити з огляду на витрати, необхідні для усунення пошкодження. Якщо людина отримала травму, витрати на лікування також можна розрахувати без зайвих зусиль. Складнішим виявляється визначення компенсації за моральні збитки. У такому випадку німецький законодавець був досить стриманим. В останні кілька десятиліть запанувала думка, що у цьому відношенні адекватними є більші суми. Тому можна привітати намір українського законодавця розробити об'єктивовані масштаби стосовно моральної шкоди. Далі у тексті як приклади наводяться проблемні галузі сукупності німецьких норм, які регулюють відшкодування збитків, де, безумовно, можна дійти суперечливих висновків.

аа) Знищення особистості потерпілого

Якщо внаслідок тяжкої черепно-мозкової травми всі розумові здібності та істотні чуттєві сприйняття зникли у потерпілої особи, згідно з попередньою судовою практикою призначалася лише компенсація за моральну та фізичну шкоду з огляду на загальний аспект символічного відшкодування, оскільки майже повне знищення особистості не дозволяє відповідній особі збагнути зв'язок між виплатою компенсації із заподіяною їй шкодою⁸. Від цієї судової практики з цілковитою підставою відмовилися. Якщо внаслідок лікарської помилки акушера дитина під час народження отримує серйозне ушкодження мозку, що призводить до суттєвої втрати здатності до сприйняття та чутливості, то спричинене цим руйнування особистості є нематеріальною шкодою, яку слід відшкодувати через грошову компенсацію. Негативні наслідки такого масштабу вимагають незалежної оцінки та забороняють лише символічне відшкодування⁹. Через це сьогодні у цій сфері призначається компенсація за моральну та фізичну шкоду в розмірі 500 000 євро.

⁷ Див. *Luckey у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 253 примітка на полях 3.

⁸ Федеральний Верховний суд, рішення від 16 грудня 1975 року – VI ZR 175/74, NJW 1976, 1147.

⁹ Федеральний Верховний суд, рішення від 13 жовтня 1992 року – VI ZR 201/91, BGHZ 120, I, 5 і наступні = NJW. 1993, 781

бб) Ушкодження внаслідок шоку

Особлива проблематика виникає, коли завдана особі нематеріальна шкода спричинена тим, що вона дізналася про смерть чи поранення близької людини, подружжя чи дитини. Німецька судова практика є досить стриманою щодо визнання такої непрямой шкоди. Згідно з усталеною практикою Верховного суду, психічні розлади, що мають клінічну значущість, можуть являти собою ушкодження здоров'я відповідно до § 823 (1) Цивільного кодексу Німеччини (BGB). Обов'язок із відшкодування за психологічні наслідки дії, що призвела до тілесного ушкодження, не вимагає, щоби ці наслідки мали органічну причину; навпаки, зазвичай вистачає бути досить впевненим у тому, що шкоди здоров'ю, яка виникла з психічних причин, не трапилося б, якби не була вчинена дія, що призвела до тілесного ушкодження¹⁰.

Однак у сфері так званих «ушкоджень внаслідок шоку» ці принципи зазнають значних обмежень. Відповідно, такі психічні потрясіння, як скорбота чи душевний біль, від чого, як свідчить практика, потерпілі страждають у разі смерті або серйозної травми родича, не обґрунтовують просто так ушкодження здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB, навіть якщо вони супроводжуються порушеннями фізіологічних процесів і є у медичному сенсі значущими для фізичного стану. Бо визнання таких негативних наслідків ушкодженням здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB суперечило б наміру законодавця обмежити цивільну відповідальність за вчинене правопорушення саме у § 823 абзацу 1 BGB як щодо захищених законом правових цінностей, так і відповідно щодо приписаних через них обов'язків дотримання певних правил поведінки чітко окресленим складом правопорушення та залишити без відшкодування негативні наслідки, спричинені виключно пошкодженням правової цінності третьою стороною, за винятком §§ 844, 845 BGB. Таким чином, у цих випадках негативні психічні наслідки можуть розглядатися як ушкодження здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB лише тоді, якщо вони піддаються оцінці

¹⁰ Федеральний Верховний суд, рішення від 21 травня 2019 року – VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 примітка на полях 7.

щодо наявності патології та виходять за межі розладів здоров'я, від яких потерпілі зазвичай страждають у разі смерті або тяжких травм близького родича¹¹.

вв) Порухення загальних особистих прав

Право на грошову компенсацію за порушення особистих прав може передаватися у спадок у принципі лише тоді, коли рішення суду про присудження грошової компенсації потерпілому набуло законної сили; судового рішення, що не набуло законної сили та яке підлягає виконанню лише як тимчасова постанова, не досить. Відповідно до усталеної судової практики право на грошову компенсацію за порушення загального особистого права у принципі не успадковується. Це також має чинність і тоді, якщо на момент смерті потерпілої сторони та первісного правовласника така претензія, як предмет позову, уже призначена до розгляду або навіть уже є предметом судового розгляду. При цьому принципова неможливість передавання у спадок впливає з функції вимоги про грошову компенсацію. У цьому відношенні ідея задоволення стоїть на першому плані; але померлій людині вже не можна надати сатисфакцію. Та обставина, що право вимоги грошової компенсації також служить меті запобігання, не змінює принципової неможливості передавання у спадок всієї претензії та не вимагає (продовження) існування такої претензії після смерті навіть в аспекті людської гідності; зокрема, це також не призводить до того, що таке право вимоги може передаватися у спадок принаймні у розмірі тої частини, що припадає на превентивну функцію¹².

6. Юридичні особи

а) Пропозиція Комісії

Організаційні форми юридичних осіб мають бути остаточно визначені за допомогою вичерпного переліку. Юридичним особам, які існують в організаційних формах, не передбачених законом, має бути наданий строк для адаптування організаційної форми (Концепція § 1.8.).

б) Коментар

Цей намір слід привітати. У німецькому законодавстві також існує *numerus clausus* (вичерпний перелік) для юридичних осіб. До нього належать, наприклад, просте товариство (§§ 705 і наступні Цивільного кодексу), відкрите торговельне товариство (§§ 128 і наступні Торговельного кодексу) та товариство з обмеженою відповідальністю (§§ 161 і наступні Торговельного кодексу), а також, наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю (GmbH), акціонерне товариство (AG) та кооператив. Можна очікувати, що у рамках правовідносин буде вибрана одна з передбачених законом форм.

7. Загальні положення про юридичних осіб

а) Пропозиція Комісії

Загальні положення про товариства з обмеженою відповідальністю мають бути включені до Цивільного кодексу з особливим посиланням на наявність спеціального положення у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Цивільний кодекс має містити фундаментальні положення (наприклад, про права товариства, угоду про заснування товариства, відповідальність керівництва підприємства перед акціонерами) для всіх передбачених ним форм юридичних осіб (Концепція 1.9.).

б) Коментар

Неодмінно слід розглянути пропозицію щодо включення до Цивільного кодексу основних положень щодо всіх юридичних осіб приватного права. Така регламентація сприятиме правовій ясності. Можна було б у Цивільному кодексі передбачити для всіх юридичних осіб єдині правила щодо законного представництва. Відповідні положення можуть стосуватися як угоди про заснування товариства, так і залучення капіталу. Таким чином, можна було би скоротити обсяг спеціальних законів щодо окремих компаній (у Німеччині, наприклад, Закон про товариства з обмеженою відповідальністю, Закон про акціонерні товариства). Вже і тепер у статтях 80–166 Цивільного кодексу трапляються далекосяжні норми корпоративно-правової природи.

¹¹ Федеральний Верховний суд, рішення від 21 травня 2019 року – VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 примітка на полях 7.

¹² Федеральний Верховний суд, рішення від 29 листопада 2021 року – VI ZR 258/18, примітка на полях 10.

8. Причетність держави до цивільно-правових відносин

а) Пропозиція Комісії

Слід з'ясувати питання причетності держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільно-правових відносинах. При цьому слід виходити з того, що відповідно до ст. 2 Цивільного кодексу ці учасники є юридичними особами публічного права. У цьому розділі Кодексу мають бути розглянуті загальні положення, що стосуються юридичних осіб публічного права. Оскільки останні є рівноправними (горизонтальними) учасниками цивільних правовідносин, не вважається необхідним зберегти більшість положень чинних розділів Цивільного кодексу України стосовно правових форм їхньої участі у цивільних відносинах, а також особливостей їхньої відповідальності за своїми зобов'язаннями (Концепція § 1.10.).

б) Коментар

Ці міркування в принципі слід привітати. Однак і тут виникає питання (див. вище у пункті 2), чи не краще було би регламентувати організацію юридичних осіб публічного права в окремому публічно-правовому законі. Незалежно від того, де саме здійснюється регламентація, можна було б аналогічно до випадку юридичних осіб приватного права (див. вище пункт 6) скласти вичерпний перелік можливих правових форм. Видається логічним, що на юридичних осіб публічного права за участі у приватно-правових стосунках поширюються загальні, чинні для всіх норми і що для них не може мати чинності спеціальний цивільно-правовий закон.

9. Об'єкти цивільного права

а) Пропозиція Комісії

Пропонується розширити положення Цивільного кодексу щодо об'єктів цивільного права з метою недопущення розвитку цивільного обороту та появи об'єктів, невідомих на момент створення Цивільного кодексу. Насамперед Комісію цікавлять такі об'єкти, як: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи; об'єкти прав, які створюються та перебувають у Інтернеті; криптовалюта; особисті дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент. Також має бути розширений перелік об'єктів цивільних прав, включа-

ючи корпоративні права. Те саме стосується об'єктів особистих немайнових прав, які в об'єктивованій формі набули ознак оборотоздатності цивільного обороту та використовуються в комерційній діяльності, а також об'єктів, зовнішні ознаки яких є результатом розвитку медицини, як, наприклад, біологічний матеріал (Концепція § 1.12. і подальші).

б) Коментар

У принципі слід привітати міркування щодо врахування нових форм прояву прав у законодавстві. У німецькому законодавстві лише матеріальні об'єкти визнаються речами відповідно до § 90 BGB. Від них слід відокремити такі (нематеріальні) права інтелектуальної власності, як, наприклад, правові норми щодо видавничої діяльності, використання промислових зразків, захисту товарних знаків, патентних прав і прав на запатентовані промислові зразки, регламентація яких здійснюється окремо. У Німеччині, однак, не існує вичерпного регулювання, що стосується інформаційних систем, автономних установок і форм штучного інтелекту. Розрізняють дані та їх втілення на носії даних, причому тільки він і розглядається як річ¹³. У світлі викладеного вище у Німеччині висловлюють сумніви щодо того, чи є вузьке поняття юридичної речі у § 90 BGB все ще досить спроможним¹⁴. Зрештою, відповідно до § 453 BGB нематеріальні об'єкти права можуть розглядатися як об'єкти продажу¹⁵.

Таким чином, розширення предмета цивільного права видається цілком доречним. Однак спроба всеохоплюючої кодифікації може містити загрозу того, що закон знов і знов буде відставати у міру розвитку нових прав. Тому слід було би віддати перевагу такому варіанту, коли подібні майбутні права могли бути включені через абстрактне формулювання чи всебічне розуміння «прав інтелектуальної власності» (див. ст. 199 Цивільного кодексу). § 823 (1) Цивільного кодексу Німеччини (BGB) поширює захист від скоєння зло-

¹³ *Fritzsche у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 25.

¹⁴ *Volzmann-Stickelbrock у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 90 примітка на полях 3.

¹⁵ *Fritzsche у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 18.

чину на «інші права», можливо корисне, відкрите визначення поняття. У Німеччині воно є належним, оскільки стосується втручання в «право на засноване та діюче комерційне підприємство»¹⁶.

У Німеччині § 90а положення 1 BGB чітко визначає, що тварини – це не речі. Ця норма піддається критиці в літературі¹⁷. Видається за краще розробити всебічний приписаний законом захист тварин, який у Німеччині має публічно-правовий характер. Дотепер законодавець утримувався від впровадження спеціальних норм щодо рослин, оскільки вони є складовими частинами земельних ділянок (§94 BGB)¹⁸.

10. Договірні норми

а) Пропозиція Комісії

Є міркування з перенесення норм щодо поняття та видів договору до Книги першої. Положення про поняття договору та його види, а також форму договору мають бути перенесені до Глави 16 Цивільного кодексу, де мають бути передбачені положення про недійсність договорів (Концепція, § 1.15.).

б) Коментар

З точки зору німецького законодавства можна в принципі погодитися з цими міркуваннями. Йдеться про доповнення до статті 202 і наступних Цивільного кодексу. У німецькому законодавстві положення про договір містяться у Книзі першій, так званій Загальній частині, Цивільного кодексу (BGB). Укладання договору через подання та прийняття пропозиції нормоване у §§ 145 і наступних BGB. Принципи тлумачення волевиявлень і договорів можна знайти у §§ 133, 157 BGB. Формальні вимоги містяться у §§ 125 і наступних BGB. Вони стосуються вимог до письмової форми (§ 126 BGB) або нотаріального засвідчення (§ 128 BGB). Однак спеціальні норми визначають, чи потребує певний договір письмової форми чи нотаріального засвідчення. Запоруку слід надавати у письмовій формі відповідно до § 766 Цивільного кодексу Німеччини (BGB), пра-

вочини із земельними ділянками потребують нотаріального засвідчення відповідно до § 311b Цивільного кодексу Німеччини (BGB). У випадках, якщо не діють вимоги щодо дотримання певної форми, договір, наприклад, на купівлю рухомої речі, має чинність у вільній формі.

На відміну від пропозиції Комісії, види договорів у загальній частині BGB остаточно не названі. Швидше, види договорів впливають зі Спеціального зобов'язального права. Найважливішими є купівля: §§ 433 і наступні BGB, кредит: §§ 488 і наступні BGB, дарування §§ 516 і наступні BGB, наймання та оренда: §§ 535 до 597 і наступні BGB, позика: §§ 598 і наступні BGB, договір надання послуг: §§ 611 і наступні BGB, договір підряду: §§ 631 і наступні BGB, договір доручення: §§ 675 і наступні BGB; платіжні послуги: §§ 675c і наступні BGB. Ця технологія регламентації запобігає необхідності наведення нововведених видів договорів у Книзі Першій на додаток до Спеціального зобов'язального права.

11. Форми електронної комерції

а) Пропозиція Комісії

Метою є забезпечення функціональної спроможності відносин у сфері електронної комерції, смарт-контрактів та Інтернет-банкінгу з урахуванням сучасних тенденцій цифрової економіки. Пропонується переглянути загальні підходи щодо форми правочину, зокрема визначити діапазон операцій, які мають здійснюватися у письмовій, електронній (з урахуванням їхньої специфіки та ролі електронного цифрового підпису) та усній формі (з урахуванням технічного прогресу у передачі даних) (Концепція, § 1.16.).

б) Коментар

Ці пропозиції також видаються доречними. Електронна комерція та банківські операції часто носять міжнародний характер. Тому можна було би порекомендувати провести порівняльно-правовий аналіз, наприклад, на предмет того, як ці питання регулюються на території Європейського Союзу.

12. Недійсність договорів

а) Пропозиція Комісії

На основі оцінки досвіду низки зарубіжних цивільно-правових кодифікацій вважається доцільним розмежувати підстави

¹⁶ *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 23.

¹⁷ Див. документальні докази у *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90а примітка на полях 1.

¹⁸ *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90а примітка на полях 1.

недійсності правочину на дві групи (Концепція, п. 1.19.):

1) недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку (імперативні норми);

2) недодержання вимог, що стосуються суб'єктного складу та вільного волевиявлення (принцип автономної волі).

б) Коментар

Принципових заперечень проти цієї пропозиції немає, хоча вона ще потребує більш детального оформлення. Згідно з німецьким розумінням, з міркувань верховенства права недотримання формальних вимог призводить до недійсності договору (§ 125 BGB). Те саме стосується випадків, коли договір порушує закон (§ 134 BGB) або є аморальним (§ 138 BGB). Якщо договір ґрунтується на помилці (§ 119 BGB), омані (§ 123 BGB) або зловмисній погрозі (§ 123 BGB), потерпілий договірний партнер може оскаржити своє волевиявлення і таким чином скасувати договір. Оспорюваний правочин зберігає свою чинність, якщо правласник не скористається своїм правом на оскарження. Нікчемний правочин, який відповідає вимогам іншого правочину, відповідно до § 140 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) може отримати нове юридичне тлумачення як такий правочин (замінний правочин).

13. Цивільно-правова конфіскація

а) Пропозиція Комісії

Систематична переробка має передбачати виключення з Цивільного кодексу інституту цивільно-правової конфіскації. Нині стаття 228 Цивільного кодексу конфіскацію передбачає (Концепція, § 1.20.).

б) Коментар

Наскільки вбачається, згідно з абзацом 3 ст. 228 Цивільного кодексу, те, що було набуто відповідно до договору, може бути вилучено за рішенням суду на користь держави, якщо навмисно було здійснено правочин, що суперечить інтересам держави. Ця санкційна норма пасує не до цивільного законодавства, але носить з німецької точки зору кримінально-правовий характер. Натомість, згідно з пропозицією Комісії, для таких випадків видається більш переважним створення можливості для цивільно-правової вимоги про компенсацію.

14. Повернення коштів або безпідставне збагачення

а) Пропозиція Комісії

Питання про визначення наслідків недійсності правочину має бути повторно розглянуте. При цьому йдеться про те, чи варто залишити попередню модель реституції чи застосувати положення про безпідставне збагачення (Концепція § 1.21.).

б) Коментар

Не слід випереджати перевірку, яка ще має бути проведена. У Німеччині у разі скасування недійсних правочинів законодавство щодо незаконного збагачення (§§ 812 і наступні BGB) в основному добре зарекомендувало себе, незважаючи на різноманітні наукові дискусії¹⁹, які тривають донині.

Відповідно до змісту § 812 абзацу 1 положення 1 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) виплата, отримана «без законної підстави», має бути повернена правласнику. Питання про те, чи виправдовує законна підстава виплату, врегульоване не у законодавстві щодо незаконного збагачення, а вирішується відповідно до загальних оцінок цивільного законодавства. Основна ідея законодавства щодо незаконного збагачення знаходить свій вираз у тому, що вартість, яка у відповідності до принципів визначеного правочинном або законом віднесення благ неправомірно міститься у майні особи, що є боржником через збагачення, має бути передана тій особі, якій вона належить згідно з правопорядком²⁰. Метою повернення того, що було отримане внаслідок безпідставного збагачення, є вилучення невинуватеної майнової вигоди особи, що протиправно збагатилася за рахунок іншої особи, шляхом відновлення стану, який існував до процесу збагачення²¹. На відміну від цивільної відповідальності, на підставі реституційного позову обов'язок особи, що протиправно збагатилася за рахунок іншої особи, відшкодувати збитки

¹⁹ Див. *Erman/Buck-Heeb*, BGB, 16 видання, Vor § 812 примітка на полях 1, *Wendehorst у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 812 примітка на полях

²⁰ *Prutting у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 1.

²¹ *Prutting у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 3.

не залежить від ознак провини²². Вони відіграють роль лише у виняткових випадках щодо обсягу відшкодування. В принципі добросовісна особа, що є боржником через збагачення, може посилатися на те, що виплата, отримана без законних підстав, більше не міститься в її майні (§ 818 абзац 3 BGB). І навпаки, боржник зі збагачення, якому було повідомлено про відсутню законну підставу (§ 819 абзац 1 BGB) або проти якого вже поданий позов про повернення боргу (§ 818 абзац 4 BGB), несе підвищену цивільну відповідальність, що позбавляє його можливості для заперечення з посиланням на відсутність збагачення.

Законодавство щодо незаконного збагачення обґрунтовує самостійні вимоги щодо компенсації. Вони є рівноправними з вимогами щодо повернення на підставі договору, деліктними вимогами чи вимогами щодо відшкодування витрат²³.

15. Позовна давність

а) Пропозиція Комісії

Деякі положення Цивільного кодексу щодо строків позовної давності підлягають адаптації, оскільки строк позовної давності помилково визначений, наприклад, статтею 257 Цивільного кодексу як термін, протягом якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист цивільного права або інтересу (Концепція § 1.23.). Перелік вимог, на які відповідно до ст. 267 Цивільного кодексу не поширюється позовна давність, підлягає перегляду (Концепція § 1.24.). Для особливо цінних об'єктів навколишнього природного середовища – цінних земельних ділянок, пам'яток природи, природних парків, земельних ділянок водного та лісового фонду (Концепція § 1.25.) рекомендується встановлювати більш тривалі строки позовної давності.

б) Коментар

аа) Поняття позовної давності

Замість ст. 257 Цивільного кодексу слід мати на увазі положення ст. 256 ЦК, де строком позовної давності визначено термін дії права на судово-правовий захист. Слід погодитися з рекомендованою зміною.

Відповідно до німецького законодавства дія позовної давності визначається § 214 абзацу 1 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) таким чином, що після настання терміну позовної давності боржник має право відмовитися від виконання вимоги. Обґрунтоване подання заперечення щодо позовної давності не позбавляє вимогу чинності, а лише перешкоджає її виконанню. Позов залишається здійсненим. Виконання вимоги можна прийняти. Воно відбувається на законних підставах і не підлягає поверненню²⁴. Аналогічним чином через термін позовної давності для можливих вимог, що настав тим часом, не усувається потреба у судово-правовому захисті судового позову. Настання терміну позовної давності саме по собі не впливає ні на наявність, ні на здійсненність вимоги. Боржник має право лише остаточно відмовитися від виконання вимоги з моменту настання терміну позовної давності. Чи скористається він правом на подання заперечення щодо позовної давності, на яке має право, він може вирішувати на власний розсуд²⁵. Ці принципи мають міститися у ст. 267 Цивільного кодексу.

бб) Вимоги, на які не поширюється строк позовної давності

Вимоги, на які не поширюється строк позовної давності, повинні ґрунтуватися на ст. 268 Цивільного кодексу, а не на ст. 267 ЦК. Тут також слід почекати подальших обговорень. З точки зору німецького законодавства слід звернути увагу на такі аспекти.

Звичайний строк позовної давності у Німеччині становить відповідно до § 195 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) три роки. Відповідно до § 199 BGB період починається з кінця року, в якому виникла вимога, і кредитор знає про обставини, що обґрунтовують вимогу, і про особу боржника або повинен це знати без грубої недбалості. Це положення, впроваджене в 2001 році, добре себе зарекомендувало.

Німецьке законодавство знає лише деякі вимоги, на які не поширюється позо-

²² *Prutting* у *Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 3.

²³ *Wendehorst* у *Bamberger/Roth/Han/Poseck*, BGB, 4 видання, § 812 примітка на полях 3.

²⁴ Федеральний Верховний суд, рішення від 28 5 2020 – VII ZR 108/19, NJW 2020, 2270 примітка на полях 21.

²⁵ Федеральний Верховний суд, рішення від 24 травня 2016 року – X ZR 28/14, BeckRS 2016, 12226 примітка на полях 14.

вна давність. Відповідно до § 194 абзац 2 BGB це насамперед стосується певних вимог відповідно до сімейного законодавства, наприклад, стосовно згоди на генетичну експертизу для з'ясування біологічного походження. Крім того, незастосовність позовної давності регламентується в окремих випадках, наприклад, стосовно вимог щодо скасування спільної власності (§ 758 BGB), вимог щодо внесення змін до земельної книги (§ 898 BGB) або певних вимог у рамках сусідських відносин (§ 924 BGB).

Вимоги, до яких не застосовується позовна давність, викладені у ст. 268 Цивільного кодексу у значно ширшому обсязі, наприклад, якщо це стосується вимог до банків чи страхових компаній. Необов'язково переконливим є намір передбачити тут незастосовність позовної давності, якщо правовласник, знаючи про своє право вимоги, роками не реалізує виконання своєї вимоги. Можливо, було би доцільно скоротити число таких винятків.

вв) Продовження строку позовної давності

Продовження строку позовної давності розглядається стосовно цінних об'єктів природного навколишнього середовища (Концепція § 1.25.). З німецької точки зору виникає питання, чи мають у увазі у цьому зв'язку цивільно-правові чи публічно-правові норми. Якщо термін позовної давності починається зі знання передумов вимог (§§ 195, 199 BGB), видається сумнівним, чи існує у певних сферах потреба у триваліших термінах позовної давності. При цьому завжди слід усвідомлювати те, що позовна давність слугує збереженню громадського порядку на засадах дотримання права. Саме вимоги щодо цінних об'єктів природного навколишнього середовища мають задовольнятися якомога швидше.

Німецьке законодавство є дуже стриманим щодо продовження строків позовної давності. Тридцятирічний термін позовної давності передбачений у § 197 абзац 1 BGB для

1) вимог про відшкодування збитків, які ґрунтуються на умисному заподіянні шкоди життю, тілу, здоров'ю, свободі або статевому самовизначенню;

2) вимоги про витребування власності, інших речових прав, §§ 2018, 2130 та 2362, а також вимоги, що слугують пред'явленню вимог про витребування;

3) вимоги, що набули юридичної значущості;

4) вимоги за мировими угодами, що підлягають виконанню, або виконавчими документами;

5) вимоги, що підлягають виконанню внаслідок їхнього визнання у рамках провадження про банкрутство;

6) вимоги про відшкодування витрат на примусове виконання рішення.

§ 197 (1) абзац 1 положення 1 BGB бере до уваги особливо велике значення життя та здоров'я, а також статевого самовизначення. Інші спеціальні обставини щодо тридцятирічного строку позовної давності стосуються, зокрема, випадків (§ 197, абзац 1 положення 3–6 BGB), у яких передумови вимоги вже з'ясовані на підставі юридичного титулу таким чином, щоби набути чинності.

V. Заключне зауваження

Проект реформи можна вітати з огляду на першу книгу Цивільного кодексу. Доречними видаються міркування договірного права та права шкоди. Те ж саме стосується концепції щодо юридичних осіб. У разі впровадження пропозицій слід уникати надто детальних регулювань. Певні труднощі порівняно з німецьким правом виникають, зокрема, через те, що різниця між цивільним і публічним правом принаймні не дотримується суворо.

ОБНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ЗМІНИ ДО ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЮРИДИЧНУ ОСОБУ



Борисова Валентина Іванівна,

професорка, завідувачка кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
член-кореспондент НАПрН України

Соціально-політичні та економічні перетворення, що відбуваються в Україні, потребують оновлення основного акта цивільного законодавства – ЦК України, зокрема положень, що стосуються юридичних осіб.

У статті автором аналізується поняття юридичної особи, поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права. Визначаються критерії розмежування зазначених видів юридичних осіб, а саме інструментального та критерію інтересу.

Автором розкривається сутність категорії «організаційно-правова форма» та підтримується позиція, що юридичні особи приватного права можуть створюватися виключно у формі товариств та установ, чим пропонується відмінити припис щодо невичерпного переліку. Аналізуються ознаки товариств та установ. Констатується, що незалежно від того, про які види і типи юридичних осіб ідеться, усі юридичні особи створюються у такій юридичній формі, як організація.

Уособлення юридичної особи кожної з організаційно-правових форм знаходить своє відбиття в притаманному тільки цій формі установчому документі, згідно з яким досягається зовнішнє відокремлення юридичної особи від інших суб'єктів права за допомогою визначення найменування, місця знаходження, органів управління, мети діяльності тощо.

Порушується питання особистих немайнових прав юридичних осіб. З моменту набуття статусу юридичної особи в організації виникають особисті немайнові права, і не тільки право на найменування, а для підприємницьких товариств – право на комерційне (фірмове) найменування, а й право на індивідуалізацію продуктів, робіт і послуг, які виробляються, здійснюються або надаються такою юридичною особою. За результатами дослідження автором робляться ґрунтовні висновки.

Ключові слова: юридична особа, організаційно-правова форма, товариство, установа, установчі документи.

Borisova Valentina. Updating the Civil Code of Ukraine: amendments to the general provisions on legal entities

The ongoing socio-political and economic transformations in Ukraine require updating the main instrument of civil legislation such as the Civil Code of Ukraine, in particular the provisions relating to legal entities.

The author of this article discusses the concept of a legal entity, the division of legal entities into legal entities under private and public law. The author outlines the criteria for distinguishing between these types of legal entities, namely, the instrumental and interest criteria.

The author also reveals the essence of organizational and legal form and advocates the position that legal entities under private law may be incorporated solely as companies and institutions, and thus suggests that the requirement for a non-exhaustive list should be abolished. The author examines the features of companies and institutions. It is argued that regardless of the types of legal entities in question, all legal entities are incorporated as an organization.

The way a legal entity is defined in each of the organizational and legal forms is reflected in the constituent document, which is unique to that form and separates the legal entity from other legal entities by specifying its name, location, management bodies, objectives, etc.

This article raises the issue of the personal non-property rights of legal entities. Once a legal entity acquires its status, it gains personal non-property rights, including the right to a name and for business entities, the right to a commercial (brand) name, and the right to customize products, works, and services produced, performed or provided by such a legal entity.

The author draws significant conclusions based on the results of the study.

Key words: legal entity, organizational and legal form, company, institution, founding documents.

Перетворення, що відбуваються у соціально-політичній та економічній царинах суспільного буття в Україні, потребують оновлення основного акта цивільного законодавства – Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), який містить загальні положення про учасників цивільних відносин – фізичних і юридичних осіб. У Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі – Концепція) [1] звернено увагу на ті напрями, які потребують оновлення, серед яких і інститут юридичної особи – Розділ II Книги першої «Особи».

Загальновідомо, що інститут юридичної особи закріплює організаційно-структурову, майнову і функціональну єдність відмінного від фізичної особи¹ учасника цивільних відносин, встановлює межі цивільної правоздатності та дієздатності юридичної особи, порядок її створення і припинення, види і типи, а також врегульовує інші питання, що дають можливість визначити правовий статус тієї чи іншої юридичної особи.

Для легального визначення юридичної особи законодавець застосував засіб, сутність якого полягає у тому, що реально існуючі організації підводяться під умовну правову форму – юридична особа. Такий підхід базується на теорії похідної особи І.А. Покровського, який виснував, що юридична особа – це похідна особа, в якій індивідуальна особистість (людина – В.Б.) знаходить своє природне продовження та доповнення [2, с. 3]. Вважаємо, що теорія «похідної особи» [3; 4] здатна враховувати реалії сучасного етапу розвитку економіки і вписується в ту доктрину, що запропонована стосовно розвитку соціальних відносин.

Відповідно до ст. 80 ЦКУ юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді. У Проекті ЦКУ, який запропонований у рамках Концепції, збережений підхід до визнання юридичної особи організацією, що наділена цивільною правоздатністю та дієздатністю на підставах, встановлених ЦКУ (ст. 80). Таким чином, визнання на рівні закону юридичної особи організацією залишається незмінним і є ключовим для розкриття її сутності².

Згідно зі ст. 81 «Класифікація юридичних осіб» Проекту ЦКУ, всі юридичні особи, залежно від порядку їх створення або інших підстав, визначених ЦКУ або законом, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. У зв'язку з цим виникає питання щодо критеріїв розмежування зазначених видів юридичних осіб, оскільки за ЦКУ єдиною нормою, яка визначає цей критерій, є ст. 81 «Види юридичних осіб» (у редакції Проекту ЦКУ – «Класифікація юридичних осіб»). Відповідно до приписів цієї статті розмежування відбувається на основі так званого «інструментального критерія», згідно з яким значення мають підстава і порядок утворення юридичної особи. Так, юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів, модельного статуту в порядку, визначеному законом³, а юридична особа

¹ Стосовно людей як учасників цивільних відносин ЦКУ вживає термін «фізична особа», підтримуючи загальновизнану тенденцію характеристики людини – носія цивільних прав та обов'язків, підкреслюючи реальне, фізичне її існування як частини живої природи. Див.: Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини : навчальний посібник / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. Київ : Істина, 2008. С. 60.

² Намагання дати єдине поняття, охопивши ним не тільки юридичних осіб приватного права, а і юридичних осіб публічного права, себе не виправдало, і не могло цього зробити, оскільки, по-перше, регулювання порядку утворення та правового статусу юридичних осіб публічного права здійснюється не за положеннями ЦКУ, а за іншими законами, а по-друге, «удосконалені» визначення юридичної особи не врахували того, що юридична особа виникає як суб'єкт права тільки після завершення стадії створення, що закінчується її державною реєстрацією.

³ У ст. 87 Проекту ЦКУ «Створення юридичної

публічного права – розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Інших формальних критеріїв поділу юридичних осіб у чинному законодавстві не закріплено.

Слід відзначити, що зазначений підхід до поділу юридичних осіб на види небезпідставно піддавався критиці з боку науковців [5, с. 328; 6, с. 447], які наголошували на застосуванні також і додаткових критеріїв, зокрема, критерію інтересу, для задоволення якого створюється відповідна юридична особа [7, с. 137–152]. До того ж і в окремих судових рішеннях можна знайти посилання на те, що однією з ознак юридичної особи публічного права є реалізація нею публічних інтересів держави чи територіальної громади [8]. У Проєкті ЦКУ простежується спроба, з огляду на пропозиції науковців, а також позицію судових органів, відійти від традиційного підходу до єдиного критерію поділу юридичних осіб на приватні і публічні, про що свідчить як зміна назви ст. 81 ЦКУ, так і наповнення її змістом щодо тих критеріїв, за якими такий поділ може відбуватися. Пропонується враховувати не тільки порядок створення юридичної особи, а й *інші підстави, визначені самим Кодексом або законом*.

Відповідно до Проєкту ЦКУ цивільним законодавством встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми (далі – ОПФ) та правовий статус юридичних осіб приватного права. Щодо юридичних осіб публічного права, порядок їх утворення, управління та інші правові питання встановлюються Конституцією України та законом. До юридичних осіб публічного права можуть застосовуватися положення цивільного законодавства за умови, якщо такі положення сумісні з правовою природою цих юридичних осіб.

Таким чином, якщо охарактеризувати ознаки юридичних осіб публічного права, то можна дійти таких висновків. Основна ознака – створення їх розпорядчим актом

Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування; особливість мети функціонування, а саме забезпечення публічних інтересів; регулювання порядку утворення та правового статусу не за положеннями ЦКУ, а за іншими законами; спеціальна правоздатність; спеціальний правовий режим майна; неможливість самостійно нести майнову відповідальність за своїми зобов'язаннями [9, с. 5–12]. Передбачається, що природа юридичних осіб публічного права та критерії розмежування їх з юридичними особами приватного права будуть розкриті в оновленій главі 9 Книги першої ЦКУ.

Щодо юридичних осіб приватного права, то до конститутивних ознак, які характеризують юридичну особу як таку, належить насамперед публічність її виникнення і припинення. Юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації, у порядку, встановленому законом (ст. 87 ЦКУ; ст. 87 Проєкту ЦКУ). Саме держава на користь усіх учасників цивільного обороту в особі спеціально уповноважених органів здійснює нагляд за дотриманням законодавства під час створення юридичної особи. Звідси характерною ознакою для юридичних осіб приватного права і стає публічність їх виникнення та припинення, що дозволяє відокремити організацію-юридичну особу від організації, яка не має такого статусу.

Окрім цього, для юридичної особи характерні такі ознаки, як: організаційна єдність, майнова відокремленість, можливість виступу в цивільному обороті від власного імені, процесуальна правоздатність, самостійна відповідальність. І хоча в легальному визначенні юридичної особи у Проєкті ЦКУ не вказується на відокремленість майна, однак у статті 87 Проєкту ЦКУ характеризується шлях виникнення юридичної особи – об'єднання осіб та майна, або об'єднання (виділення) лише майна. Таким чином, ідеться про обов'язковість виділення майна для створення нового суб'єкта права, що може відбуватися одночасно і з об'єднанням осіб (фізичних, юридичних тощо). Практичне значення майнової відокремленості полягає у тому, що юридична особа стає суб'єктом права, а це тягне за собою розподіл відповідальності

особи» Модельний статут як установний документ, що затверджується Кабінетом Міністрів України, виключно для товариств з обмеженою відповідальністю не вказується як підстава для створення юридичної особи приватного права.

засновників і юридичної особи за своїми зобов'язаннями.

Юридична особа приватного права відповідає за своїми зобов'язаннями належним їй на праві власності (закріпленим за нею) майном, якщо інше не встановлено законодавством. Учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями останньої, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями його учасника (засновника). Тим часом особи, які створюють юридичну особу, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до її державної реєстрації. Разом із тим і юридична особа відповідатиме за цими зобов'язаннями у разі подальшого схвалення дій осіб, які створюють цю юридичну особу.

Відповідно до Проекту ЦКУ (ст. 83) юридичні особи приватного права можуть створюватися виключно у формі товариств та установ, тобто пропонується відмінити припис щодо невичерпності переліку ОПФ юридичних осіб приватного права (ст. 83 ЦКУ). Погоджуючись з цим [10, с. 14–20], додамо, що науковий доробок досліджень ОПФ юридичної особи досить вагомий, хоча серед науковців і відсутній єдиний підхід до визначення ОПФ юридичної особи. Вважаємо, і ми неодноразово це підкреслювали, що слід підтримати позицію проф. О.А. Пушкіна, що ОПФ – певний тип організації, в якій повинна створюватися і діяти юридична особа того чи іншого виду [11, с. 137]. Вважаємо, що вид ОПФ юридичної особи – це тип організації, яка має сукупність конкретних ознак, що об'єктивно відрізняють її від інших юридичних осіб однієї ОПФ⁴. Кожна з ОПФ юридичних осіб приватного права може мати свої види, особливості правового статусу яких теж встановлюються за правилом, законом (ч. 3 ст. 83 ЦКУ і Проекту ЦКУ, ч. 2 ст. 85 ЦКУ і Проекту ЦКУ). Саме тому, окрім конститутивних ознак, які характеризують юридичну особу приватного права як таку, товариства і установи можуть мати і свої види, зокрема, товариства поділяються на підприємницькі і непідприємницькі, особливість правового статусу яких встановлюється за правилом,

законом (статті 83 та 85 ЦКУ; ст. 83 Проекту ЦКУ), а товариства поділяються ще й на типи: корпоративні (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) та товариства, засновані на членстві. Типи не є ОПФ товариств (ст. 83-1 Проекту ЦКУ). Вищезазначене, безумовно, породжує і для товариств, і для установ можливість мати спеціальні ознаки.

Поділяючи загалом підхід до ОПФ юридичних осіб приватного права на товариства й установи, слід звернути увагу на таке. По-перше, вважаємо, що під товариством слід розуміти організацію, створену не тільки шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в ньому (ч. 2 ст. 83 ЦКУ, ч. 2 ст. 83 Проекту ЦКУ), а й враховувати те, що товариства створюються й об'єднанням майна або, якщо йдеться про товариства однієї особи, – виключно об'єднанням майна [12, с. 252].

По-друге, системоутворюючим (кваліфікуючим) критерієм для поділу товариств на підприємницькі і непідприємницькі вибраний функціональний критерій – здійснення підприємницької діяльності. Однак беззаперечно з цим погодитись не можна, оскільки всі юридичні особи приватного права мають право займатися підприємницькою діяльністю в межах, встановлених законом. Тому системоутворюючим критерієм їх розрізнення, на наш погляд, слід вважати не функціональний критерій, а характер правоздатності, що впливає на право здійснення підприємницької діяльності, яка для непідприємницьких юридичних осіб вважається додатковою до основного виду їхньої діяльності, а також заборона для них розподілу прибутку на користь учасників юридичної особи або інших заздалегідь визначених осіб.

По-третє, поділ юридичних осіб на підприємницькі і непідприємницькі проведено на рівні Проекту ЦКУ тільки стосовно товариств, однак тлумачення положень ч. 1 ст. 86 ЦКУ і ч. 1 ст. 86 Проекту ЦКУ, в якій закріплено право установи на здійснення підприємницької діяльності, дає можливість віднести цю структуру до непідприємницьких юридичних осіб.

Звідси до ознак, які характеризують установу як самостійну ОПФ непідпри-

⁴ Такий підхід поділяється і розробниками в Проекті ЦКУ. Див, наприклад, частини 2 і 3 ст. 85 Проекту ЦКУ.

ємницької юридичної особи приватного права, належать не тільки конститутивні ознаки юридичної особи приватного права, а саме: публічність виникнення і припинення; організаційна єдність, майнова відокремленість, можливість виступу в цивільному обороті від власного імені, процесуальна правоздатність, самостійна відповідальність, а і спеціальні ознаки: мета створення, яка окреслюється засновниками, і залежно від сфери діяльності спрямовується на досягнення суспільних благ: освітніх, наукових, культурних тощо; цільова правоздатність, створення без наміру отримання прибутку; особливий установчий документ – установчий акт; відсутність членства, оскільки відносини, які виникають між установою та її засновниками (засновником), мають суто організаційний характер; особливий порядок формування майна, перелік якого наводиться в установчому акті, а передача якого засновником (а у разі його смерті зобов'язаною особою) здійснюється вже після державної реєстрації установи; цільове призначення майна; заборона для засновників на управління; заборона на розподіл прибутку; особливий порядок зміни цілей діяльності установи, а також структура її органів управління. Разом із тим наявні і ознаки, які притаманні установам залежно від сфери їх функціонування і їх слід враховувати.

Проте незалежно від того, про які види і типи юридичних осіб ідеться – приватного чи публічного права, підприємницькі чи непідприємницькі товариства, установи тощо, всі юридичні особи створюються у такій юридичній формі, як організація [13, с. 458].

Як і фізична особа, будь-яка юридична особа «проживає» своє «життя», тобто виникає, існує, змінює мету діяльності, може навіть припинити своє існування. А звідси існування або, за влучним висловом Д.І. Мейєра, «буття» юридичної особи [14, с. 139] умовно можна поділити на певні періоди (етапи) від створення до припинення її існування.

Життєвий цикл юридичної особи розпочинається з етапу її виникнення. На цьому етапі обрив майбутньої юридичної особи, який спочатку лише існує в уяві засновників, поступово набуває рельєфних конту-

рів завдяки тому, що засновники визначили мету цієї організації, сформувавши її суттєві ознаки, створили необхідні умови для її функціонування, наділивши останню певним майном.

У сучасних умовах під час створення будь-якої юридичної особи реалізація права відбувається у формі застосування, а правове «буття» юридичних осіб починається з моменту реєстрації установчих документів у відповідних органах, тобто з моменту прийняття акта застосування норми права. Таким чином, виникнення юридичної особи належить до складного процесу, який припускає використання не тільки норми права, що дозволяє створювати юридичні особи з індивідуалізацією їхніх прав та обов'язків самими суб'єктами права, до яких ця норма державно-владного акта звернена, а й з додатковими фактичними і юридичними діями органів державної влади, що закінчуються прийняттям індивідуального акта.

Слід зазначити, що отримання статусу фізичної особи-підприємця також пов'язане з процедурою державної реєстрації, яка відбувається відповідно до приписів Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [15]. Одним з основних принципів здійснення цієї процедури виступає єдність її методології і для юридичних осіб, і для фізичних осіб-підприємців, що є логічним, оскільки до підприємницької діяльності саме цієї категорії учасників цивільних відносин за аналогією закону застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не буде встановлено законом або не впливає із суті відносин (ст. 51 ЦКУ).

Разом із тим з моменту набуття фізичною особою статусу підприємця не відбувається звуження обсягу її прав як учасника цивільних відносин, а лише встановлюються певні правила, яких вона повинна дотримуватися у разі здійснення підприємницької діяльності.

Уособлення юридичної особи кожної з ОПФ знаходить своє відбиття в притаманному тільки цій формі установчому документі (статуті, засновницькому договорі; установчому акті; одноособовій заяві

(меморандумі), згідно з яким досягається зовнішнє відокремлення юридичної особи від інших суб'єктів права за допомогою визначення найменування, місця знаходження, органів управління, мети діяльності тощо. Саме у зв'язку з цим ЦКУ імперативно встановлює ті вимоги, яким повинні відповідати установчі документи юридичної особи кожної з ОПФ, виходячи з того, що вони мають різну правову природу.

Так, відповідно до частин 2 і 3 ст. 87 (частини 3 і 4 ст. 87 Проекту ЦКУ) установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Товариство, створене однією особою, діє на підставі статуту, затвердженого цією особою. Установа створюється на підставі індивідуального або спільного установчого акта, складеного засновником (засновниками). Установчий акт може міститися також і в заповіті. До створення установи установчий акт, складений однією або кількома особами, може бути скасований засновником (засновниками).

До однієї з тих проблем, що потребує вирішення у сучасних умовах, віднесена проблема особистих немайнових прав юридичних осіб. Це пов'язано з тим, що кожна юридична особа індивідуальна, а звідси вона повинна мати своє місцезнаходження та найменування, що дає можливість відокремити її від усіх інших учасників цивільного обороту. Саме тому з моменту набуття статусу юридичної особи в організації виникають особисті немайнові права, і не тільки право на найменування, а для підприємницьких товариств – право на комерційне (фірмове) найменування, а й право на індивідуалізацію продуктів, робіт і послуг, які виробляються, здійснюються або надаються такою юридичною особою.

Однак, хоча ЦКУ і розрізняє такі поняття, як «найменування» і «комерційне (фірмове) найменування юридичної особи» (ст. 90 ЦКУ, ст. 90 Проекту ЦКУ), чомусь саме найменування законодавець не відніс до особистих немайнових прав юридичної особи, що не можна визнати правильним. Тому вважаємо за доцільне змінити редакцію не тільки статті 90 ЦКУ, а і ст. 94 ЦКУ, доповнивши в ній приблизний перелік особистих немайнових прав

і поставивши на перше місце право юридичної особи на найменування (комерційне (фірмове) найменування – для підприємницьких товариств), незалежно від того, що найменуванню юридичної особи приділено окрему статтю (ст. 90). Це пояснюється тим, що саме у момент закріплення за створеною організацією прав юридичної особи в останньої виникають особисті немайнові права, і перше з них – право на найменування (комерційне (фірмове) найменування), що буде забезпечувати її право- і дієздатність.

Слід відзначити, що проблемі цивільно-правового регулювання фірмового найменування вітчизняними науковцями приділяється достатня увага. І хоча є різні точки зору стосовно його сутності, однак науковці сходяться в тому, що фірмове найменування індивідуалізує юридичну особу в процесі товарообміну. Саме це і дає можливість віднести найменування юридичної особи до особистих немайнових прав, що є усталеним у доктрині права, а фірмове найменування – до спеціального найменування підприємницьких товариств, що містить відомості про їх засновників (засновника), організаційно-правову форму, предмет діяльності, а також інші відомості, які виділяють кожне з товариств серед тих товариств, що займаються випуском (наданням, виконанням) однорідної продукції (послуг, робіт), тобто індивідуалізує такого суб'єкта цивільного обороту, рекламує й захищає підприємницьке товариство як виробника продукції (робіт, послуг).

У ч. 2 статті 90 ЦКУ (ст. 90 Проекту ЦКУ) йдеться винятково про комерційне (фірмове) найменування підприємницьких товариств. У доктрині усталеним є підхід, що поняття «фірмове» і «комерційне» – ідентичні. Проте вже у ст. 489 ЦКУ йдеться тільки про комерційне найменування будь-якого суб'єкта цивільного обороту, що має право інтелектуальної власності на нього. Вважаємо, що у такому випадку законодавець виходить з того, що «комерційне (фірмове) найменування» – це комплексне поняття, покликане охарактеризувати підприємницьке товариство як суб'єкта цивільного обороту – юридичну особу, що і знайшло своє відбиття в терміні «фірмове», і як суб'єкта, що займається винятково підприємницькою діяльністю,

що знаходить своє відбиття саме в терміні «комерційне». Тільки із цієї позиції стає зрозумілим, чому у статті 489 ЦКУ йдеться про комерційне найменування, а не про комерційне (фірмове) найменування. При цьому право на комерційне найменування віднесене до виключних прав.

Вважаємо, що такі поняття, як «комерційне найменування» і «комерційне (фірмове) найменування», співвідносяться між собою як родові і видові: перше характеризує всіх суб'єктів цивільного права, які покликані здійснювати підприємницьку діяльність, а друге – винятково підприємницькі товариства.

Підсумовуючи вищенаведене, слід зазначити, що, безумовно, категорія юридичної особи трансформується залежно від тієї соціально-економічної формації,

в якій вона функціонує. Однак ознаками юридичної особи приватного права, тобто імперативними вимогами, дотримання яких дозволяє організації стати суб'єктом цивільних відносин, залишаються: організаційна єдність, оскільки юридична особа виступає у цивільному обороті як єдине ціле – суб'єкт права; публічність виникнення і припинення; трансформація волі засновників у волю органів управління юридичної особи; відокремленість майна юридичної особи від майна засновників; загальна (універсальна) правоздатність юридичних осіб приватного права; виступ у цивільному обороті від свого імені; самостійна відповідальність за своїми зобов'язаннями належним юридичній особі на праві власності (закріпленим за нею) майном.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Концепції оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк». 2020.
2. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Москва : «Статут». 1988.
3. Борисова В.І. Теорії юридичної особи: історія та сучасність. *Вісник академії правових наук України*. 2001. № 4. С. 117–130.
4. Борисова В.І. Теории сущности юридического лица. *Очерки права компаний* : сборник статей. Харьков : ЧП «ЭКУС», Сообщество «Цивилистическая платформа». 2019, с. 30–48.
5. Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2004.
6. Ромащенко І.О. Регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021.
7. Майданик Р.А. Юридические лица публичного права в украинском и европейском праве. *Ежегодник украинского права* : сборник научных трудов / отв. за вып. А.В. Петришин. Харьков : Право, 2011. № 3. С. 137–152.
8. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30.09.2020 у справі № 420/3453/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91998643>.
9. Борисова В.І., Філатова-Білоус Н.Ю. Щодо питання про правовий статус дочірніх підприємств у системі юридичних осіб приватного та публічного права. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 15 грудня 2021 р.). Харків. 2021.
10. Борисова В.І. Розвиток вчення про юридичну особу в доктрині цивільного права. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : матеріали ХХ наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР, ректора Харків. юрид. ін-ту (1962–1987 рр.) В.П. Маслової (Харків, 4 лют. 2022 р.). Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Каф. цивіл. права № 1, Каф. цивіл. права № 2; Нац. акад. прав. наук України, Від-ня цивіл.-прав. дисциплін; Харків. обл. осередок Всеукр. гром. орг. «Асоц. цивілістів України». Харків : Право, 2022.
11. Гражданское право Украины : учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях. Часть 1 / А.А. Пушкин, В.М. Самойленко, Р.Б. Шишка и др. ; под ред. проф. А.А. Пушкина, доц. В.М. Самойленко. Харьков : Ун-т внутр. дел; «Основа». 1996.
12. Борисова В.І. Учення про суб'єкти цивільних відносин. *Правова доктрина України: у 5 томах. Том 3. Доктрина приватного права* / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Харків : Право. 2013.

13. Борисова В.І. Інститут юридичної особи. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика». 2021.
14. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Москва : Статут. 2000.
15. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2003, № 31–32, ст. 263. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ: ЧИ ПОТРІБНІ ЗМІНИ?



Романюк Ярослав Михайлович,
доктор юридичних наук, заслужений юрист України,
суддя Верховного Суду України у відставці

У статті автор дає оцінку теперішнього стану правового регулювання цивільно-правових наслідків визнання правочину недійсним, критикує існування в Цивільному кодексі України таких правових наслідків недійсності правочину, як відшкодування збитків та моральної шкоди.

Автор здійснює аналіз історичного розвитку правового регулювання наслідків недійсності правочинів у правовій системі Української РСР та України, а також огляд правових наслідків недійсності правочинів згідно із цивільними кодексами іноземних держав (Німеччини, Австрії, Італії, Нідерландів тощо). У статті здійснено порівняння правил реституції і кондикції залежно від їх правової природи, призначення та в контексті визначення правових наслідків недійсного правочину.

Автор, спираючись на сучасне правове регулювання, обстоює думку про те, що кондикція, як і відшкодування винною стороною правочину іншій стороні збитків та моральної шкоди, може застосовуватися як цивільно-правовий наслідок визнання правочину недійсним лише як додаткова до реституції вимога, така, що має субсидіарний характер. Це може бути застосоване в тих випадках, коли реституція не забезпечує повне відновлення порушеного права сторони правочину. Також зроблено висновок про те, що в судовій практиці випадки поєднання реституції та відшкодування збитків і моральної шкоди, так само як поєднання реституції і кондикції, трапляються нечасто, причиною чого є громіздкість запропонованої законодавцем конструкції та її непереконлива логіка.

Автор акцентує на тому, що варто замислитися над справжньою метою реституції, якою є повернення сторін правочину до первісного правового стану у зв'язку з визнанням правочину недійсним, в основу якої покладено ідею про недопустимість отримання благ без правової підстави, та робить висновок, що повернення майна у зв'язку з тим, що права підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала, є класичним завданням кондикції. Унаслідок проведеного дослідження автор обґрунтовує доцільність запровадження в Україні кондикції як правового наслідку визнання правочину недійсним.

Ключові слова: наслідки недійсності правочину, реституція, кондикція.

Romanyuk Yaroslav. Civil Legal Consequences of Recognition of a Invalid Juristic Act: Are Changes Needed?

The author assesses the current state of legal regulation of civil legal consequences of invalidating a juristics act, criticizes the existence in the Civil Code of Ukraine of such legal consequences of the invalidity of a juristics act as compensation for damages and moral damage.

The author provides an analysis of the historical development of the legal regulation of the legal consequences of invalidating a juristics act in the legal system of the Ukrainian SSR and Ukraine, and also provides an overview of the legal consequences of invalidating a juristics act according to the civil codes of foreign countries (Germany, Austria, Italy, the Netherlands, etc.). The article compares the rules of restitution and condiction depending on their legal nature, purpose and in the context of determining the legal consequences of invalidating a juristics act.

The author, relying on modern legal regulation, advocates the opinion that the compensation by the guilty part of the act to the other part for damages and moral damage, can be applied as a civil-law consequence of declaring the deed invalid only as an additional requirement to

restitution, such which is subsidiary in nature. This is possible in those cases when restitution does not ensure full restoration of the violated right of the part to the act. It was also concluded that in judicial practice, cases of combining restitution and compensation for damages and moral damage, as well as the combination of restitution and condition, occur infrequently, the reason for which is the cumbersomeness of the construction proposed by the legislator and its unconvincing logic.

The author draws attention to the fact that it is worth thinking about the real purpose of restitution, which is the return of the parties to the act to their original legal status in connection with the recognition of the act as invalid, which is based on the idea of the inadmissibility of receiving benefits without a legal basis, and concludes that the return of property due to the fact that the legal basis on which it was acquired later disappeared, it is a classic goal of condiction. As a result of the conducted research, the author substantiates the expediency of introducing the condition in Ukraine as a legal consequence of recognizing the deed as invalid.

Key words: *consequences of invalidity of a juristics act, restitution, condiction.*

За загальним правилом недійсний правочин не призводить до тих правових наслідків, на досягнення яких була спрямована воля його учасників під час вчинення правочину. Це закріплено в абзаці першому частини 1 статті 216 Цивільного кодексу України [1].

Однак недійсний правочин призводить до інших юридичних наслідків. Відповідно до абзацу другого частини 1 статті 216 Цивільного кодексу України в разі недійсності правочину кожні сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. В українській юридичній літературі за обов'язком повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання недійсного правочину, закріпився термін «реституція» [2, с. 323].

Реституція – це повернення сторін до первісного юридичного стану. Інститут реституції (*restitutio in integrum*) був напрацьований у римському праві. Його використовували римські претори в тих випадках, коли наявні правові норми не забезпечували справедливе вирішення спору [3, с. 187].

В Україні інститут реституції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним був запроваджений Цивільним кодексом Української РСР 1963 р. [4]. Цивільний кодекс Української РСР 1922 р. такий наслідок недійсності правочину не передбачав [5]. На відміну від Стародавнього Риму, в Україні інститут реституції

став застосовуватися не за волею адміністративного органу, а на підставі рішення суду як цивільно-правовий наслідок недійсності правочину.

Законодавця реституція приваблювала своєю простотою: той, хто одержав благо на виконання правочину, визнаного надалі недійсним, повинен був повернути одержане тому учаснику правочину, від якого його одержав. Однак цей простий механізм водночас не був досить ефективним. Адже за час користування майном, одержаним за правочином, його стан в одних випадках погіршувався, а в інших, навпаки, покращувався. Реституція не брала це до уваги, а відтак не забезпечувала повноту й усебічність урахування прав сторін недійсного правочину в разі повернення їх до первісного правового стану. Ситуація ще більше погіршилася, коли в Україні розпочався період економічної нестабільності, зокрема зростання й коливання курсу національної грошової одиниці, зростання цін на ринку на товари та послуги.

Однак інститут реституції перейшов і в Цивільний кодекс України 2003 р. Проте, крім реституції, законодавець у частині 2 статті 216 Цивільного кодексу України передбачив також відшкодування збитків і моральної шкоди.

Обов'язковою умовою відшкодування збитків та моральної шкоди, як відомо, є вина. Це вказав і законодавець: «Якщо у зв'язку з вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною». Так, наприклад, відповідно до абзацу першого частини 1 статті 229 Цивільного кодексу України, якщо особа, яка вчинила

правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. На підставі абзацу другої частини 2 статті 229 Цивільного кодексу України сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Згідно із частиною 1 статті 225 Цивільного кодексу України правочин, який дієздатна фізична особа вчинила в момент, коли вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, може бути визнаний судом недійсним. Сторона, яка знала про стан фізичної особи в момент вчинення правочину, зобов'язана відшкодувати їй моральну шкоду, завдану у зв'язку з вчиненням такого правочину.

Відшкодування збитків стороні недійсного правочину винною стороною передбачили стаття 221 «Правові наслідки вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності», стаття 222 «Правові наслідки вчинення правочину неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності», стаття 229 «Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки» Цивільного кодексу України. Стаття 225 «Правові наслідки вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними», стаття 226 «Правові наслідки вчинення правочину недієздатною фізичною особою», стаття 227 «Правові наслідки укладення юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти» Цивільного кодексу України передбачили відшкодування моральної шкоди стороні правочину винною стороною. А стаття 230 «Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману», стаття 231 «Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства», стаття 232 «Правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною», стаття 233 «Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини» Цивільного кодексу України передбачили відшкодування і збитків, і моральної шкоди.

Однак далеко не завжди сторона недійсного правочину є винною в заподіянні

збитків іншій стороні правочину, відтак відсутня й підстава для відшкодування збитків чи моральної шкоди. Для цих випадків у пункті 1 частини 3 статті 1212 Цивільного кодексу України законодавець також передбачив, що до вимог про повернення виконаного за недійсним правочинном також застосовуються положення глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» Цивільного кодексу України. У юридичній літературі за зобов'язанням у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави закріпився термін «кондикційне зобов'язання».

Як і реституція, кондикція (*condictio*) зародилася в римському праві. Серед інших випадків, у яких збагачення визнавалося безпідставним, у Стародавньому Римі виокремлювали випадки, за яких правова підстава збагачення надалі відпала [6, с. 97]. Це ж передбачає частина 1 статті 1212 Цивільного кодексу України: «Особа зобов'язана повернути майно, коли підстава, на якій воно набуто, згодом відпала». Отже, якщо майно було передане на виконання вчиненого сторонами правочину, а його надалі визнано недійсним, то майно необхідно повертати за правилами кондикції.

Водночас, як зазначалося вище, відповідно до абзацу другої частини 1 статті 216 Цивільного кодексу України в разі недійсності правочину застосовується реституція. Тобто, відповідно до положень Цивільного кодексу України, належним способом захисту за наявності відносин, які виникли у зв'язку з вчиненням особами правочину та внаслідок подальшого визнання його недійсним, є реституція.

За таких обставин кондикція, як і відшкодування винною стороною правочину іншій стороні збитків та моральної шкоди, може застосовуватися як цивільно-правовий наслідок визнання правочину недійсним лише як додаткова до реституції вимога, така, що має субсидіарний характер. Це можливо в тих випадках, коли реституція не забезпечує повне відновлення порушеного права стороною правочину. Прикладами застосування цієї норми може бути нестача або погіршення майна, яке повертається в натурі за недійсним правочинном, зміна його ринкової вартості, стяг-

нення неотриманих доходів. Наприклад, на виконання вчиненого правочину сторона набула у власність квартиру, у якій надалі провела ремонт. У разі визнання правочину недійсним за правилами реституції вона повинна повернути квартиру контрагенту за договором. Вартість проведених покращень у квартирі в такому разі необхідно стягувати залежно від обставин справи шляхом стягнення збитків або застосування кондикції, адже саме на вартість покращень контрагент безпідставно збагатився.

У судовій практиці випадків застосування судами реституції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним незліченна кількість. Натомість випадки поєднання реституції та відшкодування збитків і моральної шкоди, так само як поєднання реституції і кондикції, трапляються нечасто. Причиною цього, на нашу думку, є громіздкість запропонованої законодавцем конструкції та її непереконлива логіка. Адже, як зазначалося вище, реституція, відповідно до абзацу другого частини 1 статті 216 Цивільного кодексу України, підлягає застосуванню до відносин, які виникли у зв'язку з вчиненням особами правочину та внаслідок подальшого визнання його недійсним. Натомість відшкодування збитків, моральної шкоди, як і кондикція, є позадоговірними способами захисту. Це й викликає несприйняття правників: як можна до договірних відносин одночасно застосовувати і договірний, і позадоговірний способи захисту? Адже відомо, що застосуванню підлягають ті способи захисту, які відповідають характеру спірних правовідносин.

Тож варто замислитися над справжньою метою реституції – поверненням сторін правочину до первісного правового стану у зв'язку з визнанням правочину недійсним. Очевидно, що в основу повернення виконаного за недійсним правочинком покладено ідею про недопустимість отримання благ без правової підстави. Тобто метою реституції є недопущення подальшого утримання майна чи коштів, правова підстава набуття яких – правочин – відпала. Інакше кажучи, метою реституції є повернення майна у зв'язку з тим, що правова підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала. Однак повернення майна

у зв'язку з тим, що правова підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала, є класичним (ще із часів римського права й донині) завданням кондикції! Та й сам термін «реституція» в зарубіжному праві застосовується для позначення того, що одержано несправедливо (Англія) або безпідставно (Німеччина) [7, с. 280–281].

У правових системах країн континентальної Європи повернення виконаного за недійсним правочинком здійснюється за правилами кондикції як таке, що набуто без правової підстави (параграф 812 Німецького цивільного уложення [8], параграф 1431 Загального цивільного кодексу Австрії [9], стаття 62 Швейцарського зобов'язального закону [10], стаття 904 Цивільного кодексу Греції [11]). Схожим чином регулюються відносини сторін недійсного правочину у Франції [12], Італії та Нідерландах. У цих країнах обов'язок із повернення майна, одержаного на виконання недійсного правочину, зводиться до витребування безпідставного платежу. При цьому під поняття платежу підпадають як сам платіж, так і передача у власність будь-яких речей (стаття 1379 Цивільного кодексу Франції, статті 2037, 2038 Цивільного кодексу Італії, стаття 6:203 Цивільного кодексу Нідерландів). Застосування кондикції як правового наслідку недійсності правочину передбачають і Модельні правила європейського приватного права (стаття II.-7:303) [13]. Передача майна за недійсним правочинком є підставою для застосування кондикції також в Англії та США.

Натомість реституція передбачена цивільно-правовим наслідком недійсності правочину в деяких державах південної Африки, а також у країнах, які раніше входили до складу Радянського Союзу: Росії (частина 2 статті 167 Цивільного кодексу Російської Федерації) [14], Білорусі (частина 2 статті 168 Цивільного кодексу Республіки Білорусь) [15], Казахстані (частина 3 статті 157-1 Цивільного кодексу Республіки Казахстан) [16], Азербайджані (частина 5 статті 337 Цивільного кодексу Азербайджанської Республіки) [17].

Проте й у країнах колишнього Радянського Союзу законодавець під час оновлення цивільних кодексів відмовляється від реституції як цивільно-правового наслідку

недійсності правочину на користь кондикції. Так, частина 5 статті 331 Цивільного кодексу Республіки Молдова, прийнятого у 2002 р., встановлює: «Виконання, здійснене на підставі недійсного правочину, а також інші збагачення, отримані від цього виконання, підлягають поверненню відповідно до правових положень про безпідставне збагачення» [18]. Аналогічне правило в тому ж 2002 р. запровадив естонський законодавець (частина 1 статті 84 та частина 2 статті 90 Закону про загальну частину Цивільного кодексу).

Така тенденція не є даниною моді, адже застосування кондикції як цивільно-правового наслідку недійсності правочину є переконливим із теоретичної позиції та більш простим – з прикладної.

У разі запровадження в Україні кондикції як правового наслідку визнання правочину недійсним відпаде потреба в такому правовому наслідку, як відшкодування збитків винною стороною недійсного правочину, оскільки збитки охоплюватимуться кондикційною вимогою. Що ж до відшкодування моральної шкоди як правового наслідку визнання правочину недійсним, то для її застосування досить загальної норми – статті 23 Цивільного кодексу України. Також варто зауважити, що у правових системах зарубіжних країн відшкодування збитків і моральної шкоди як правові наслідки визнання правочину недійсним не передбачені.

У юридичній літературі противники запровадження кондикції як цивільно-правового наслідку недійсності правочину звертають увагу на певні проблемні питання [19]. Варто зупинитися на деяких із них.

Насамперед стверджується, що в разі взаємного виконання недійсного правочину сторони передають одна одній рівноцінне майно, відтак відсутнє безпідставне збагачення. Проте в разі визнання правочину недійсним відпадає правова підстава одержання майна, тобто набуте воно безпідставно, що якраз і призводить до виникнення кондикційного зобов'язання.

Увага звертається також на те, що кондикція, на відміну від реституції, має односторонній характер. Проте ніщо не

заважає сторонам недійсного правочину заявити зустрічні кондикційні вимоги, адже у зв'язку з визнанням правочину недійсним відпала правова підстава набуття майна чи коштів у кожної з них.

У разі застосування реституції майно повертається стороні правочину незалежно від того, чи має вона право на це майно, тобто відсутня потерпіла особа як обов'язковий елемент кондикції. Таким є ще одне зауваження критиків ідеї запровадження кондикції як правового наслідку недійсності правочину. Проте хіба справедливо на підставі реституції повертати майно особі, яка розпорядилася ним, не маючи на це права? Кондикція, на відміну від реституції, цього не допускає. А справжня потерпіла особа, чийм майном неправомірно розпорядилася сторона правочину, може в такому випадку витребувати своє майно від сторони недійсного правочину за правилами віндикації.

Таким чином, і правове обґрунтування, і переваги запровадження в Україні замість реституції кондикції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним є очевидними.

Також необхідно остаточно відмовитися від передбаченого частиною 3 статті 228 Цивільного кодексу України стягнення в дохід держави одержаного або належного на відшкодування стороні недійсного правочину, який порушує публічний порядок, вчиненого з метою, що суперечить інтересам держави й суспільства. Цією нормою фактично реанімовано цивільно-правову конфіскацію, яка існувала у статті 49 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. та від якої розробники Цивільного кодексу України принципово відмовилися.

Тож, відповідаючи на винесене в заголовок статті запитання щодо необхідності змін у регулюванні цивільно-правових наслідків визнання правочину недійсним, варто відповісти ствердно. І такі зміни на часі, особливо з огляду на європейські устремління України та активну роботу групи провідних українських науковців щодо рекодифікації Цивільного кодексу України [20, с. 783, 821–822], а також його узгодження з вимогами часу та країн європейських взірців.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. 6-те вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. 1. 752 с.
3. Давидова І.В. Особливості двосторонньої реституції як наслідку визнання правочину недійсним за цивільним законодавством України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2013. Вип. 23. Ч. I. Т. 1. С. 186–189.
4. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI / Верховна Рада Української Радянської Соціалістичної Республіки. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text>.
5. Цивільний кодекс Української РСР від 16 грудня 1922 р. / Верховна Рада Української Радянської Соціалістичної Республіки URL: https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf.
6. Ваштарева Є.А. Кондикція і реституція у римському праві. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 95–104.
7. Чингаева Б.К. Институт реституции в современных европейских правовых системах. *Недействительные сделки в гражданском праве* : материалы международной научно-практической конференции в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера, г. Алматы, 19–20 мая 2016 г. / отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы : НИИ частного права, 2017. С. 279–285.
8. Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению / пер. с нем. В. Бергманн ; сост., науч. ред. В. Бергманн и др. 3-е изд., перераб. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 896 с.
9. Всеобщий гражданский кодекс Австрии / пер. с нем. С.С. Маслова. Москва : Инфотропик Медиа, 2011. 272 с.
10. Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон) от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.) / пер. с нем., франц. Н.И. Гайдаенко Шер, М. Шер. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 576 с.
11. Гражданский кодекс Греции 1940 г. *Международное частное право: иностранное законодательство*. Москва : Статут, 2001. Кн. 1 : Общие принципы. Гл. 2 : Международное частное право. С. 289–292.
12. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В.Н. Захватаева. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 624 с.
13. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ. ; науч. ред. Н.Ю. Расказова. Москва : Статут, 2013. 989 с.
14. Гражданский кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ / Государственная Дума. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/.
15. Гражданский кодекс Республики Беларусь : закон от 7 декабря 1998 г. № 218-3 / Национальное собрание Республики Беларусь. URL: https://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb.htm.
16. Гражданский кодекс Республики Казахстан : Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. № 268-XIII / Верховный Совет Республики Казахстан. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_.
17. Гражданский кодекс Азербайджанской Республики : Закон Азербайджанской Республики от 28 декабря 1999 г. № 779-IQ / Национальное собрание Азербайджана. URL: https://continent-online.com/Document/?doc_id=30420111.
18. Гражданский кодекс Республики Молдова : закон от 6 июня 2002 г. № 1107-XV / Парламент Республики Молдова. URL: https://continent-online.com/Document/?doc_id=30397878#pos=6;-140.
19. Москалюк Н.Б. Теоретичні та практичні проблеми права державної власності та його реалізації. Тернопіль : ВПЦ «Економічна думка ТНЕУ», 2020. 352 с.
20. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н.С. Кузнецової. 2-ге вид., доп. та перероб. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. 908 с.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕДІЙНОСТІ ПРАВОЧИНІВ: РЕСТИТУЦІЯ ЧИ КОНДИКЦІЯ?



Великанова Марина Миколаївна,

доктор юридичних наук, доцент,
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії правових наук України,
професор кафедри цивільного та господарського права
Національного університету біоресурсів і природокористування України

У статті досліджуються правові наслідки недійсності правочинів, зокрема реституція та кондикція.

Зазначається, що за сформованою судовою практикою реституція та кондикція розмежовуються як самостійні способи захисту. У випадках, коли майно перебуває у сторони недійсного правочину (договору), застосовується реституція. Кондикційна вимога заявляється, якщо її предметом є річ, визначена родовими ознаками, а адресатом такої вимоги є особа (набувач), з якою потерпілий не перебував у договірних відносинах. Одночасно використовується і такий спосіб захисту, як віндикація. Віндикаційний позов заявляється у разі витребування речі, визначеної індивідуальними ознаками, у особи, яка не є стороною недійсного правочину. Втім такий підхід не дає змоги ефективно захистити порушені права сторін недійсного правочину та потребує узгодження положень ст. 216 та ст. 1212 ЦК України з метою забезпечення однозначності визначення правових наслідків недійсності правочину.

Робиться висновок, що широке застосування реституції як наслідку визнання правочину недійсним є скоріше традицією у сфері захисту цивільних прав, оскільки за формальними ознаками повернення у попередній стан входить до складу інших способів захисту цивільних прав, зокрема віндикації та кондикції. Віндикація має застосовуватися у разі повернення речі, визначеної індивідуальними ознаками, в натурі, а за неможливості повернення речі чи повернення інших майнових благ і прав, отриманих у результаті недійсного правочину, мають застосовуватися правила щодо безпідставно набутого майна. Тому у процесі рекодифікації Цивільного кодексу України доцільним видається відмовитися від моделі реституції на користь кондикції як універсального способу захисту цивільних прав.

Ключові слова: правочин, цивільне право, спосіб захисту цивільних прав, відповідальність, зобов'язання.

Velykanova Maryna. Legal consequences of invalidity of deeds: restitution or condition?

The article analyzed the legal consequences of invalidity of deeds, in particular restitution and conditioning.

It is noted that according to established judicial practice, restitution and condition are distinguished as independent methods of defense. Restitution is applied in cases where the property is owned by the party to the invalid deed (contract). A conditional demand is declared if its subject is a thing defined by generic features, and the addressee of such a demand is a person (acquirer) with whom the victim was not in contractual relations. At the same time, vindication is used as a method of defense. A vindication lawsuit is filed in the case of a claim for a thing, determined by individual characteristics, from a person who is not a party to an invalid deed. However, this approach does not make it possible to effectively defend the violated rights of the parties to an invalid deed and requires coordination of the provisions of Art. 216 and Art. 1212 of the Civil Code of Ukraine in order to ensure the unequivocal determination of the legal consequences of invalidity of the deed.

It is concluded that the wide application of restitution as a consequence of the recognition of the deed as invalid is rather a tradition in the field of civil rights defense, since, according to formal signs, the return to the previous state is part of other ways of defending civil rights,

in particular, vindication and condition. Vindication should be applied in the case of the return of a thing, determined by individual characteristics, in kind. The rules regarding unjustly acquired property should be applied in the case of the impossibility of returning the thing or the return of other property goods and rights obtained as a result of an invalid deed. Therefore, in the process of recodification of the Civil Code of Ukraine, it seems appropriate to abandon the model of restitution in favor of the condition as a universal way of protecting civil rights.

Key words: deed, civil law, methods of defense of civil rights, liability, obligations.

У Концепції оновлення Цивільного кодексу України у параграфі 1.21. порушується питання наукового обґрунтування визначення наслідків недійсності правочину – чи варто залишити модель реституції, як це встановлено чинним ЦК України, чи доречніше передбачити застосування положень п. 1 ч. 3 ст. 1212 ЦК України про безпідставне збагачення. На думку розробників Концепції, доцільним є врахування досвіду DCFR. Зокрема, ст. II.-7:303 «Наслідки нікчемності або оспорення договору» передбачає, що питання про те, чи має будь-яка зі сторін право вимагати грошової компенсації або повернення переданого або наданого на підставі договору або частини договору, який є нікчемним або оспорюваним, вирішується відповідно до правил про безпідставне збагачення. Водночас наслідки нікчемності або оспорюваності, що стосуються права власності на майно, передане на підставі нікчемного або оспорюваного договору або його частини, регулюються правилами про передачу майна. При цьому положення наведеної статті DCFR застосовуються з урахуванням права суду змінити договір або його наслідки.

Загалом проблематика правових наслідків недійсності правочину досить активно обговорюється у науковій літературі, зокрема, цим питанням присвячені публікації Н.С. Кузнецової, Я.М. Романюка, М.К. Сулейменова, В.І. Крата, Р.І. Таш'яна та інших науковців. Втім, незважаючи на такий науковий інтерес до врегулювання відносин, пов'язаних із застосуванням правових наслідків недійсності правочину, відсутня єдина наукова позиція щодо їх правової природи та ефективної моделі захисту порушених прав.

З огляду на зазначене метою цієї публікації є обґрунтування доцільності застосування окремих правових наслідків недійсності правочину як універсальних способів захисту цивільних прав.

Чинною редакцією ст. 216 ЦК України встановлено, що недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Тобто змістовно йдеться про двосторонню реституцію, коли кожна зі сторін недійсного правочину повертається у первісний стан.

Усі дискусії, що ведуться з приводу природи правових наслідків недійсності правочину, умовно можна звести до трьох напрямів:

- недійсний правочин є за своєю суттю безпідставним збагаченням. Тому за своєю природою реституційні відносини незалежно від юридичної характеристики майна (речі, визначені індивідуальними ознаками, чи речі, визначені родовими ознаками) є різновидом кондикції, а набуття майна за недійсним правочином є однією з можливих підстав незаконного заволодіння чи збагачення;

- реституція може бути або різновидом виндикації, або різновидом кондикції залежно від юридичної характеристики майна. Якщо поверненню підлягає річ, визначена індивідуальними ознаками, то йдеться про виндикаційні вимоги. Кондикційні вимоги заявляються, якщо має бути повернена річ, визначена родовими ознаками;

- реституція розглядається як самостійна конструкція, яка відрізняється від кондикції та виндикації своєрідними рисами: взаємним та посессорним характером (річ повертається особі по факту володіння нею до вчинення недійсного правочину незалежно від добросовісності чи недобросовісності такого володіння).

Маємо й досить суперечливу практику застосування судами положень чинного ЦК України щодо реституції та кондикції.

Так, у висновку, викладеному в постанові Великої Палати Верховного Суду від 21 листопада 2018 року у справі №674/31/15-ц [1], зазначається, що на практиці слід розмежовувати випадки застосування двосторонньої реституції як наслідку недійсності правочину та витребування майна від добросовісного набувача, як способу захисту прав власника, порушених незаконним відчуженням цього майна. Так, реституція як спосіб захисту цивільного права (частина перша статті 216 ЦК України) застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який є нікчемним чи який визнано недійсним. У зв'язку із цим вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину. Норма частини першої статті 216 ЦК України не може застосовуватися як підстава позову про повернення майна, яке було передане на виконання недійсного правочину та відчужене третій особі. Не підлягають задоволенню позови власників майна про визнання недійсними наступних правочинів щодо відчуження цього майна, які були вчинені після недійсного правочину. У цьому разі майно може бути витребувано від особи, яка не є стороною недійсного правочину, шляхом подання віндикаційного позову, зокрема, від добросовісного набувача з підстав, передбачених частиною першою статті 388 ЦК України.

Аналогічний підхід простежується і в постанові від 01 липня 2020 р. у справі № 289/832/16-ц [2], де Верховний Суд зробив такий висновок.

Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (частина перша статті 202 ЦК України).

Відповідно до статті 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності. Волевиявлення учасника правочину має бути

вільним і відповідати його внутрішній волі. Правочин має вчинятися у формі, встановленій законом. Правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що зумовлені ним. Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Частинами першою, третьою статті 215 ЦК України передбачено, що підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою–третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу. Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин).

Відповідно до статті 216 ЦК України у разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а у випадку неможливості такого повернення (зокрема, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі) необхідно відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Зобов'язання з реституції виникають внаслідок недійсності правочину (його нікчемності чи визнання судом недійсним). Реституція є заходом, спрямованим на приведення майнового стану сторін недійсного правочину до стану, який вони мали до вчинення і виконання такого правочину. Вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути адресована тільки стороні цього правочину. Крім того, реституцію можна застосувати лише у випадку, коли предмет недійсного правочину станом на час вирішення відповідного питання перебуває в тієї сторони недійсного правочину, якій він був переданий.

Водночас згідно із частинами першою та другою статті 1212 ЦК України особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без

достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала.

Положення глави 83 ЦК України застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події. З урахуванням змісту зазначеної норми права можна виокремити особливості змісту та елементів кондикційного зобов'язання.

Характерною особливістю кондикційних зобов'язань є те, що підстави їх виникнення мають широку сферу застосування: зобов'язання можуть виникати як із дій, так і з подій, причому з дій як сторін зобов'язання, так і третіх осіб, із дій як запланованих, так і випадкових, як правомірних, так і неправомірних. Крім того, у кондикційному зобов'язанні не має правового значення, чи вибуло майно з володіння власника за його волю або всупереч його волі, чи є набувач добросовісним або недобросовісним.

Кондикційне зобов'язання виникає за наявності таких умов: а) набуття чи збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої (потерпілого); б) набуття чи збереження майна відбулося за відсутності достатньої правової підстави або підстава, на якій майно набувалося, згодом відпала.

Конструкція статті 1212 ЦК України, як і загалом норм глави 83 цього Кодексу, свідчить про необхідність установлення так званої абсолютної безпідставності набуття (збереження) майна не лише в момент його набуття (збереження), а і станом на час розгляду спору.

На думку суду, ознаки, характерні для кондикції, свідчать про те, що пред'явлення кондикційної вимоги можна визнати належним самостійним способом захисту порушеного права власності, якщо: 1) річ є такою, що визначена родовими ознаками, в тому числі грошовими коштами; 2) потерпілий домагається повернення йому речі, визначеної родовими ознаками (грошових коштів) від тієї особи (набувача), з якою він не пов'язаний договірними правовідносинами щодо речі.

Узагальнюючи викладе, суд доходить висновку, що *кондикція – це позадоговірний зобов'язальний спосіб захисту права власності або іншого речового права, який може бути застосований самостійно.*

Це по суті підтверджує позицію Верховного Суду України, висловлену у справі № 6-88цс13 від 02.10.2013 р. [3], а саме: *у разі виникнення спору стосовно набуття майна або його збереження без достатніх правових підстав договірний характер правовідносин виключає можливість застосування до них судом положень частини першої статті 1212 ЦК України, у тому числі й щодо зобов'язання повернути майно потерпілому.*

Таким чином, можна констатувати, що судова практика йде шляхом розмежування реституції та кондикції як самостійних способів захисту. Реституція застосовується у випадках, коли майно перебуває у сторони недійсного правочину (договору), а тому реституційна вимога може бути адресована тільки стороні такого правочину. Кондикція має місце, якщо предметом вимоги є річ, визначена родовими ознаками, а адресатом кондикційної вимоги є особа (набувач), з якою потерпілий не перебував у договірних відносинах. Витребування речі, визначеної індивідуальними ознаками, у особи, яка не є стороною недійсного правочину, має здійснюватися шляхом подання виндикаційного позову з підстав, передбачених ч. 1 ст. 388 ЦК України.

Такий підхід ускладнює захист порушених прав сторін недійсного правочину, що актуалізує питання необхідності узгодження положень ст. 216 та ст. 1212 ЦК України з метою забезпечення однозначності визначення правових наслідків недійсності правочину. Необхідність такого узгодження зумовлена таким.

Цивільний кодекс України не оперує поняттям «реституція». Обов'язок кожної зі сторін повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а у випадку неможливості такого повернення (зокрема, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі) відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування отримало назву «двостороння рес-

титуція» у науковій літературі. До речі, цей термін відсутній і в законодавстві інших пострадянських країн і був введений в обіг радянською доктриною цивільного права, зокрема Д.М. Генкіним, у 1944 р. [4, с. 43]. При цьому поряд із реституцією використовувалися і такі способи захисту прав, як віндикація і кондикція, що призвело до дискусії щодо місця реституції серед способів захисту цивільних прав, про яку я вже зазначала вище.

Проте, як зазначає Н.С. Кузнєцова, і я безумовно підтримую її позицію, не викликає сумнівів, що правочин (а точніше, дія, яка містить ознаки правочину), що не відповідає вимогам, встановленим ст. 203 ЦК України, не може розцінюватися як належний (дійсний, діючий) юридичний факт і, відповідно, створювати, змінювати чи припиняти цивільні права та обов'язки [5, с. 58]. Тому відсутня правова підстава для набуття або збереження майна. Тим паче, що і у науковій літературі наголошується на тому, що терміном «реституція» найчастіше позначається повернення платежу неналежного або безпідставного, у тому числі пов'язаного із виконанням недійсного правочину. При цьому не здійснюється розмежування між виконанням недійсного правочину і виконанням неналежного загалом. Не має значення також і той факт чи була відсутньою правова підстава із самого початку, як у разі нікчемності, чи вона відпала пізніше, наприклад через оспорення. Майно, що перебуває в особи без правової підстави, в тому числі отримане за недійсним правочинном, має бути повернуте як безпідставно набуте. Тому загалом сучасним правопорядком невідомий спеціальний засіб для зворотного витребування того, що було надано за недійсним правочинном [6, с. 289–320].

Те, яким чином певна цінність вибуває із майнової сфери однієї особи і надхо-

дить до сфери іншої, має значення лише для питання про відповідальність набувача, але не для визначення долі самого безпідставного набуття. Повернення конкретного майна, яке безпідставно набуто, здійснюється за допомогою традиційних засобів захисту – віндикаційних чи кондикційних позовів, що не виключає можливості пред'явлення у відповідних випадках і позову про відшкодування збитків, якщо, наприклад, річ загинула чи іншим чином втрачена з вини незаконного володільця. І недійсність правочину є всього лише окремим випадком відсутності правової підстави, а надання за таким правочинном – одна із можливих причин безпідставного володіння чи збагачення [7, с. 90; 8, с. 365, 367].

Таким чином, широке застосування реституції як наслідку визнання правочину недійсним є скоріше традицією у сфері захисту цивільних прав, оскільки за формальними ознаками повернення у попередній стан входить до складу інших способів захисту цивільних прав, зокрема віндикації та кондикції. Віндикація має застосовуватися у разі повернення речі, визначеної індивідуальними ознаками, в натурі, а за неможливості повернення речі чи повернення інших майнових благ і прав, отриманих у результаті недійсного правочину, мають застосовуватися правила щодо безпідставно набутого майна.

Такий підхід дасть змогу ефективно захистити майнові права набувачів, спростить застосування на практиці наслідків недійсності правочину, що, своєю чергою, дасть стійкості цивільному обороту.

З урахуванням того, що у разі недійсності правочину відсутня правова підстава для набуття або збереження майна, то доречно відмовитися від моделі реституції на користь кондикції, яка є універсальним способом захисту цивільних прав.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 21 листопада 2018 року у справі № 674/31/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78129908> (дата звернення: 20.11.2022).
2. Постанова Верховного Суду від 01 липня 2020 р. у справі № 289/832/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90563958> (дата звернення: 20.11.2022).
3. Постанова Верховного Суду від 02 жовтня 2013 р. у справі № 6-88цс13. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/34634289> (дата звернення: 20.11.2022).

4. Сулейменов М.К. Недействительные сделки в гражданском праве: проблемы теории и практики. *Недействительные сделки в гражданском праве* : материалы междунар. науч-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (Алматы, 19–20 мая 2016 г.). Алматы : НИИ частного права. 2017. С. 9–51.

5. Кузнецова Н.С. Недействительность сделок в гражданском праве Украины. *Недействительные сделки в гражданском праве* : материалы междунар. науч-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (Алматы, 19–20 мая 2016 г.). Алматы : НИИ частного права. 2017. С. 57–69.

6. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 2. Москва. 1998. С. 289–320.

7. Шапп Я. Основы гражданского права Германии : учебник. Москва. 1996. 283 с.

8. Саватье Р. Теория обязательств: юридический и экономический очерк. Москва : Прогресс. 1972. 440 с.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИПИСІВ РОЗДІЛУ III КНИГИ I ЦК УКРАЇНИ З ІНШИМИ ЧАСТИНАМИ ЦК УКРАЇНИ, КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ ТА СПЕЦІАЛЬНИМИ ЗАКОНАМИ



Ходико Юрій Євгенович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Прийняття у 2003 році Цивільного кодексу України ознаменувалося для цивільного законодавства появою нового Розділу III «Об'єкти цивільних прав» Книги першої ЦК України, якого до того часу цивільне законодавство не знало. Через майже два десятиліття в процесі рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства постало питання ефективності положень цього розділу в усій системі нормативного регулювання цивільних відносин.

Дослідження місця та призначення положень Розділу III Книги першої ЦК України у системі координат правової регламентації цивільних відносин, якому присвячена ця стаття, здійснюється у двох напрямках: вертикальному та горизонтальному. Вертикальний покликаний дослідити співвідношення положень Розділу III Книги першої ЦК України з урахуванням ієрархії актів цивільного законодавства, а саме з Конституцією України як актом, що становить основу цивільного законодавства, та спеціальними законами. Горизонтальний напрям дослідження передбачає співвідношення положень Розділу III Книги першої ЦК України з іншими положеннями ЦК України (зокрема, Книгами II–VI), які забезпечують правову регламентацію окремих сфер цивільних відносин.

Така векторність дослідження поставленого питання зумовлена тим, що питання правової регламентації відносин з приводу об'єкта не може обмежуватися виключно Розділом III Книги першої ЦК України, оскільки без об'єктних правовідносин не буває. Тому Розділ III Книги першої ЦК України, який визначає лише загальні положення про об'єкт цивільних правовідносин у питанні об'єкта, є лише початком та фундаментом правової регламентації відносин з приводу об'єкта, а закінчується така регламентація там, де закінчується регулювання цивільних відносин.

У статті обґрунтовується ключова позиція, що побудова нормативного регулювання цивільних відносин щодо об'єкта цивільних прав повинна здійснюватися без дублювань нормативних положень, з чітким розумінням того, які норми за своїм змістом повинні бути розміщені в певному нормативно-правовому акті відповідно до його ієрархії. Це забезпечить ефективне та комплексне правове регулювання цивільних відносин, а не формування значної нормативної бази, яка більшою мірою не несе жодного регламентаційного навантаження.

Ключові слова: об'єкт цивільних правовідносин, правова регламентація цивільних відносин, Розділ III Книги першої ЦК України, співвідношення положень ЦК України та Конституції України, співвідношення положень ЦК України та спеціальних законів.

Khodyko Yurii. Correlation of provisions of Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine with the other parts of the Civil Code of Ukraine, Constitution of Ukraine and special acts

The adoption of the Civil Code of Ukraine in 2003 was marked for civil legislation as the emergence of the new Section III "Objects of the Civil Law" of Book I of the Civil Code of Ukraine, which was unknown by the civil legislation before. In approximately two decades there appeared the question as to the effectiveness of provisions of such section in the whole system of normative regulation of civil relations in the course of recodification (update) of the civil legislation.

The analysis of the place and setting of provisions of Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine in the coordinate system of legal regulation of civil relations, to which this article is

dedicated, is carried out in two directions: vertical and horizontal. The vertical direction is called to analyse the correlation of provisions of Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine with regard for the hierarchy of acts of civil legislation namely with the Constitution of Ukraine as the act, which is a basis of the civil legislation and special acts. The horizontal direction of analysis anticipates the correlation of provisions of Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine with the other provisions of the Civil Code of Ukraine (in particular, Book II–VI), which ensure the legal regulation of specific spheres of civil relations.

Such vector of analysis of the raised question is caused by the fact that the question of legal regulation of relations regarding the object cannot be limited exclusively by Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine because there are no object legal relations. Therefore, Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine, which determines only general provisions about the object of civil legal relations on object matters, is only the beginning and basis for the legal regulation of relations regarding object. Such regulation is determined where the regulation of civil relations is determined.

This article proves the key position that normative regulation of civil relations regarding the object of civil rights is to be structured without double-counting of normative provisions as well as with a clear understanding of which norms intrinsically are to be placed in the definite normative legal act according to its hierarchy. This will ensure the effective and complex legal regulation of civil relations, but not the formation of a significant regulatory framework, which, mainly, doesn't bear any regulatory loading.

Key words: *object of civil legal relations, legal regulation, civil relations, Section III of Book I of the Civil Code of Ukraine, correlation of provisions of the Civil Code of Ukraine and Constitution of Ukraine, correlation of provisions of the Civil Code of Ukraine and special acts.*

З часу прийняття ЦК України у 2003 році і набрання ним чинності 01 січня 2004 року пройшло досить багато часу, що дає повне право проаналізувати регламентаційну ефективність положень як самого ЦК України, так і ЦК України в єдності з іншими нормативно-правовими актами, які становлять систему актів цивільного законодавства. Це дасть можливість відповісти на питання: чи виконуються ті завдання, які ставилися законотворцем, коли вводилися відповідні нормативні положення.

Утворення 17 липня 2019 року постановою Кабінету Міністрів України [1] робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України та в подальшому підготовка Концепції оновлення ЦК України [2] заклали підґрунтя для оновлення ЦК України з урахуванням як трансформаційних процесів у суспільстві, так і наукових цивілістичних доробків.

Одним із ключових питань у правовому регулюванні Книги I «Загальні положення» ЦК України є питання об'єкта цивільних правовідносин. Питанню правової регламентації відносин з приводу об'єкта ЦК України присвятив Розділ III Книги першої «Об'єкти цивільних прав» (ст. 177–201), який є новим для нашого цивільного законодавства, оскільки Цивільний кодекс Української РСР (1963 р.), який регулював цивільні відносини до набрання чинності

чинним Цивільним кодексом, не містив загальних положень про об'єкти цивільних прав.

Фундаментальною тезою в правовій регламентації відносин з приводу об'єкта є те, що, на відміну від більшості питань, які регулюються цивільним законодавством, питання об'єкта не може обмежуватися виключно межами Розділу III Книги першої ЦК України. Оскільки цивільні правовідносини, які складаються між учасниками, не можуть бути без об'єкта, позаяк без об'єктних правовідносин не буває. Об'єкт є центральним складником будь-яких правовідносин, які обертаються навколо нього. Специфіка об'єкта в поєднанні зі спрямованістю правового регулювання (той результат, що необхідно досягнути в процесі правової регламентації) – це два ключові складники правовідношення, які визначають комплекс правових засобів, що формують будь-яке цивільне правовідношення.

Тому Розділ III Книги першої ЦК України у питанні об'єкта є лише початком та фундаментом правової регламентації відносин з приводу об'єкта, а закінчується така регламентація там, де закінчується регулювання цивільних відносин.

Місце та призначення положень Розділу III Книги першої ЦК України у системі координат правової регламентації цивільних

відносин має два напрями: 1) вертикальний у співвідношенні ієрархії нормативно-правових актів, що становлять систему актів цивільного законодавства, та 2) горизонтальний – співвідношення положень Розділу III Книги першої ЦК України з іншими книгами Цивільного кодексу, зокрема, такими як речове право, зобов'язальне право, право інтелектуальної власності, спадкове право тощо.

Вертикальний напрям правової регламентації цивільних відносин у нас визначений у ст. 4 ЦК України, який включає Конституцію України, ЦК України, спеціальні закони, підзаконні нормативні акти. Такий ієрархічний порядок актів цивільного законодавства вказує на те, що є положення, яким ЦК України повинен підпорядковуватися, і є положення, які повинні базуватися на ЦК України. Головне завдання законодавця – побудувати нормативне регулювання таким чином, щоб ієрархічність норм відповідала рівню нормативно-правового акта, не допускаючи повторів, протиріч у правовій регламентації, створюючи єдиний взаємоузгоджений дієвий нормативно-правовий механізм регулювання цивільних відносин.

Відсутність повторюваності та суперечностей положень повинна дотримуватися і в межах горизонтального напрямку, оскільки недотримання цього підходу має негативне значення. Призначення будь-яких нормативних положень є не їх обсяг, а регламентаційне навантаження, яке вони створюють в усьому комплексі забезпечення правового регулювання цивільних відносин.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 ЦК України Конституція України становить основу цивільного законодавства України. Положення Конституції наділені найвищою юридичною силою, а всі закони та інші нормативно-правові акти повинні прийматися на їх основі та відповідати ним.

Частина перша ст. 192 та ч. 2 ст. 201 ЦК України, які розміщені в Розділі III Книги першої ЦК України, є дублюючими нормами ст. 99 та ст. 3 Конституції України відповідно. Таке дублювання не створює на рівні норм ЦК України жодного регламентаційного навантаження, оскільки вказані норми Конституції України за своїм характером мають всезагальне нормативно-правове значення, а не виключно приватноправове.

Крім того, вони не відображають особливості цивільно-правового регулювання. Навіть якщо уявити таку ситуацію, що ст. 4 ЦК України не визначала Конституцію України як основу цивільного законодавства, то від цього сутність і значення положень Основного Закону, їх регламентаційний вплив на регулювання цивільних відносин не змінився.

ЦК України не повинен просто дублювати Основний Закон, а здійснювати реалізацію та деталізацію конституційних норм в їх приватноправовому складнику. Що безпосередньо і зроблено ЦК України, але вже у спеціальних положеннях, що стосуються відповідної сфери регулювання. Це є правильним і відповідає ієрархії норм Конституції України як Основного Закону держави та ЦК України як основного акта цивільного законодавства. Реалізації ст. 3 Конституції України (дублююча норма ч. 2 ст. 201 ЦК України) в її цивільно-правовому складнику присвячена вся Книга II «Особисті немайнові права фізичної особи» ЦК України. Водночас реалізація положень ст. 99 Конституції України (дублююча норма ч. 1 ст. 192 ЦК України) на рівні ЦК України проявляється в тому, що гроші є об'єктом права власності, гроші можуть виступати предметом договору, бути засобом платежу у разі виконання зобов'язань або є еквівалентом у відшкодуванні заподіяної матеріальної або моральної шкоди тощо.

Розміщення положень про об'єкти в Книзі першій ЦК України визначає характер таких положень як загальних, чим зумовлює їх зміст. Зокрема, виключається можливість детальної правової регламентації відносин з приводу того чи іншого об'єкта з використанням всього комплексу правових засобів, що формують правовий режим відповідного об'єкта. Водночас загальні положення про об'єкти повинні містити загальні питання об'єкта цивільних правовідносин та за необхідності концептуальні положення про окремі об'єкти, які будуть визначати спрямованість правової регламентації цивільних відносин з приводу такого об'єкта для всієї системи актів цивільного законодавства. Як це, наприклад, у ЦК України зроблено щодо тварин (ст. 180). Стаття закріпила концептуальні положення цивільно-правової регламентації відносин щодо тварин, вказавши, що, по-перше, тварини є самостій-

ними об'єктами у системі об'єктів цивільних правовідносин, по-друге, на тварин поширюється правовий режим речей, якщо інше не буде встановлено законом.

Регламентация відносин з приводу певного об'єкта на рівні спеціального закону повинна відбуватися тоді, коли обсяг правової регламентації і класична структура Цивільного кодексу не дозволяють її здійснювати на рівні ЦК України, а відносини потребують детального та комплексного регулювання, здебільшого навіть у поєднанні приватних і публічних норм. Важко уявити розміщення в ЦК України всього комплексу цивільно-правових норм, наприклад, щодо інформації, цінних паперів або віртуальних активів тощо. У такому разі Розділ III Книги першої ЦК України набуває значення для правової регламентації відносин щодо певного об'єкта лише в межах загальних питань об'єкта цивільних правовідносин.

Водночас доповнювати Розділ III Книги першої ЦК України нормами загального характеру (а не концептуального) щодо правового регулювання відносин певного об'єкта немає сенсу, оскільки буде відбуватися просте дублювання загальних норм спеціального закону. Як це нині є, наприклад, з цінними паперами, комплексна правова регламентація відносин щодо яких здійснюється спеціальним Законом України «Про ринок капіталу та організовані товарні ринки» [3]. Глава 14 Цінні папери (ст. 194–198), яка розміщена в Розділі III Книги першої ЦК України, містить вибіркові та неповні норми, такі, що не відображають загальну концепцію правової регламентації відносин з приводу цінних паперів як об'єктів цивільних правовідносин, а лише дублюють окремі норми вище зазначеного спеціального закону. В зазначені норми ЦК України про цінні папери на виконання вимоги абз. 3 ч. 2 ст. 4 Цивільного кодексу час від часу вносяться зміни у разі зміни ідентичних норм спеціального закону, проте від цього регламентаційне навантаження вказаних норм не змінюється. Позаяк положення Глави 14 Цінні папери ЦК України та норми спеціального закону розглядаються як загальна та спеціальна норма, а тому норми Глави 14 ЦК України на практиці як такі не застосовуються.

Останнім часом є певна правильна тенденція українського законодавця (але слід

визнати, вона не завжди дотримується, наприклад, щодо цінних паперів, інформації (ст. 200 ЦК України) тощо) з недопущення (усунення) такого дублювання. Зокрема, Прикінцеві та перехідні положення проекту Закону України «Про віртуальні активи» [4] містили положення про доповнення Розділу III Книги першої ЦК України статтями про «Віртуальні активи», зміст яких був ідентичний окремим загальним статтям самого спеціального закону. В кінцевій редакції прийнятого Закону України «Про віртуальні активи» [5] вказані доповнення до ЦК України були виключені, чим було не допущено дублювання норм ЦК України та спеціального закону. До прикладу, аналогічна ситуація була із суб'єктами – юридичними особами, коли законодавець усунув дублювання норм ЦК України та спеціального закону з прийняттям Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [6], яким назву підрозділу 4 § 1 глави 8 «4. Товариство з обмеженою відповідальністю» та статті 140–151 ЦК України були виключені.

Такого роду «очищення» ЦК України від дублюючих норм спеціального закону не призведе до наявності прогалин у правовій регламентації цивільних відносин, оскільки вказані норми не створюють регламентаційного навантаження, а лише збільшують обсяг нормативної бази. Загальний характер Книги першої ЦК України, яка водночас наповнена загальними питаннями про об'єкти цивільних правовідносин, відповідає рівню ЦК України як нормативно-правового акта, що забезпечує найбільшу сферу правової регламентації відносин у державі, а саме приватну. Крім того, ЦК України – основний акт цивільного законодавства, але не єдиний у системі нормативного забезпечення регулювання цивільних відносин. Забезпечення ефективного і комплексного регулювання найбільшої сфери суспільних відносин не є і не може бути сконцентроване в одному акті. Водночас кваліфікація положень спеціального закону як цивільно-правових забезпечується за рахунок ст. 1 ЦК України, яка визначає предмет та метод регулювання і поширює свою дію як на положення Цивільного кодексу, так і положення спеціальних законів.

У контексті співвідношення Розділу III Книги першої ЦК України і положень

спеціального закону слід відзначити, що положення вказаного розділу містять значну частину статей (ст. 180, 192, 193, 199, 200 ЦК України), зміст яких зводиться до того, що правовий режим відносин з приводу того чи іншого об'єкта визначається спеціальним законом. З огляду на те, що Розділ III Книги першої ЦК України є загальними положеннями про об'єкти, а актом цивільного законодавства є не лише ЦК України, тому видається правильним на рівні ЦК України у Розділі III Книги першої такі положення сформулювати як загальну норму для всіх об'єктів і закріпити її у ст. 177 ЦК України [7]. Це, своєю чергою, усуне наявність у ЦК України великої кількості норм щодо різних об'єктів одного змісту.

Співвідношення Розділу III Книги першої ЦК України з іншими положеннями ЦК України стосується окремих сфер правової регламентації цивільних відносин, що врегульовані в ЦК України в окремих Книгах II–VI. Як і у випадку зі спеціальними законами Розділ III Книги першої ЦК України стосовно інших частин повинен застосовуватися в частині загальних питань про об'єкти цивільних правовідносин.

Інші частини ЦК України в межах свого предмета регулювання (речове, зобов'язальне тощо) можуть регулювати

питання відносин з приводу того чи іншого об'єкта як певні аспекти, так і комплексно. Зокрема, такі об'єкти, як результати робіт та послуги, регулюються комплексно Книгою V Зобов'язальне право ЦК України, оскільки ці об'єкти є об'єктами виключно зобов'язальних правовідносин. Водночас відносини з приводу тварин як об'єктів на рівні окремих положень ЦК України регулюють лише певні аспекти (речове право – набуття та припинення права власності на тварин, зобов'язальне – перехід (купівля-продаж, дарування тощо), спадкове право – перехід тварин у власність від спадкодавця до спадкоємців).

Правове регулювання відносин щодо об'єктів на рівні окремих положень ЦК України слід розглядати як спеціальні положення стосовно Розділу III Книги першої ЦК України та загальні стосовно норм спеціального закону.

Таким чином, побудова нормативного регулювання цивільних відносин без дублювань з чітким розумінням того, які норми за своїм змістом повинні бути розміщені в певному нормативно-правовому акті відповідно до його ієрархії, що входить у систему актів цивільного законодавства, забезпечить формування дієвої правової регламентації найбільшої сфери суспільних відносин.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 року № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#n9> (дата звернення: 08.08.2022).
2. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
3. Про ринок капіталу та організовані товарні ринки : Закон України від 23 лютого 2022 року № 3480-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text> (дата звернення: 08.08.2022).
4. Про віртуальні активи : Закон України (проект). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3637&skl=10 (дата звернення: 08.08.2022).
5. Про віртуальні активи : Закон України від 17 лютого 2022 року № 2074-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text> (дата звернення: 08.08.2022).
6. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06 лютого 2018 року № 2275-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 08.08.2022).
7. Ходико Ю.Є. Концепція ст. 177 ЦК України та її значення для правової регламентації цивільних відносин. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : матеріали ХХ наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР, ректора Харків. юрид. ін-ту (1962–1987 рр.) В.П. Маслової (Харків, 4 лют. 2022 р.). Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Каф. цивіл. права № 1, Каф. цивіл. права № 2, Нац. акад. прав. наук України, Від-ня цивіл.-прав. дисциплін, Харків. обл. осередок Всеукр. гром. орг. «Асоц. цивілістів України». Харків : Право, 2022. 309 с.

УДК 343.7

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.8>

ДОНОРСЬКИЙ ОРГАН ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Коссак Володимир Михайлович,

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України,
завідувач кафедри цивільного права та процесу
юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка



Право на трансплантацію належить до особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи. Серед об'єктів цивільних прав, перелічених у Цивільному кодексі України, відсутнє поняття донорського органу. Донорський орган можна розглядати через розуміння його як особистого немайнового блага та як матеріалізованого об'єкта в разі відокремлення певного органу чи анатомічного матеріалу від тіла людини.

Анатомічні матеріали, органи, клітини мають специфічну функцію – покликані задовольняти потребу людини в охороні здоров'я та здійсненні права на життя, тобто захисті особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини. Вони є об'єктами цивільних правовідносин специфічного особистого призначення та не можуть бути предметом вільного цивільного обороту. Із цієї причини не можна цілком погодитися з ототожненням правового режиму речі з донорським органом у вигляді органу (чи його частини), іншого анатомічного матеріалу, клітин тощо.

Матеріалізований вигляд мають відокремлені від тіла людини анатомічні органи, призначені для трансплантації. Цим пояснюється обґрунтування їх речової природи. Однак при цьому невирішеним залишається питання призначення цих об'єктів, які використовуються загалом не для задоволення матеріальних потреб, а для реалізації особистих немайнових прав, пов'язаних із природним існуванням людини як учасника цивільно-правових відносин.

Унаслідок медичного втручання на основі згоди донора та реципієнта відбувається трансформація особистого немайнового права фізичної особи в самостійний об'єкт цивільних правовідносин. Главу 15 Цивільного кодексу України варто доповнити статтею «Донорські органи (анатомічні та біологічні матеріали і клітини)» такого змісту: «Донорським органом є анатомічні матеріали (їх частини), тканини, анатомічні утворення, клітини людини, фетальні матеріали людини, інші біологічні продукти, придатні для трансплантації на основі згоди донора та реципієнта відповідно до порядку, встановленого законодавством».

Ключові слова: трансплантація, донорський орган, донор, реципієнт, об'єкт цивільних прав.

Kossak Volodymyr. Donor Organ as an Object of Civil Legal Relationships

The right to transplantation belongs to personal non-property rights that ensure natural existence of a natural person. There is no concept of a donor organ among the objects of civil rights listed in the Civil Code of Ukraine. A donor organ can be considered as a personal non-property object and as a materialized object in case of separation of a certain organ or anatomical material from the human body.

Anatomical materials, organs, cells have the specific function to satisfy a human need for health care and the exercise of the right to life, that is, the protection of personal non-property rights that ensure natural existence of a person. They are the objects of civil legal relationships with a specific personal appointment and cannot be the subject of free civil circulation. For this reason, we cannot totally agree with the identification of the legal regime of a thing with a donor organ in the form of an organ (or its part), other anatomical material, cells, etc.

Anatomical organs separated from the human body and intended for transplantation have a materialized form. Their proprietary nature is substantiated by this fact. However, at the same time, the appointment of these objects, that are used not in general to satisfy material needs,

but for the realization of personal non-property rights related to the natural existence of a person as a participant in civil legal relationships, remains unresolved.

As a result of medical intervention based on the consent of the donor and the recipient, the personal non-property right of a natural person transforms into an independent object of a civil right. Chapter 15 of the Civil Code of Ukraine should be supplemented with an article "Donor Organs (Anatomical and Biological Materials and Cells)" of the following content: "Donor organ is considered as anatomical materials (parts of them), tissues, anatomical formations, human cells, human fetal materials, other biological products suitable for transplantation based on the consent of the donor and the recipient in accordance with the procedure established by law".

Key words: *transplantation, donor organ, donor, recipient, object of civil rights.*

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) особистим немайновим правам присвячена книга друга, якою охоплюються, зокрема, немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи [1]. Серед них – право на життя, охорону здоров'я, медичну допомогу, на інформацію про стан свого здоров'я, на донорство. Процес трансплантології охоплює елементи всіх перелічених особистих немайнових прав, адже право на життя включає можливість здійснення трансплантологічних заходів із метою реалізації цього суб'єктивного цивільного права.

Своєю чергою право на життя забезпечується належною охороною здоров'я, що дає можливість фізичній особі вимагати усунення небезпеки для її здоров'я та життя за допомогою трансплантологічної допомоги. Складовою частиною права на медичну допомогу є вибір методів лікування за допомогою трансплантології.

Останнє безпосередньо пов'язане з правом на інформацію про стан здоров'я. Достовірна й повна інформація про стан здоров'я дасть змогу обґрунтувати потребу та необхідність здійснення трансплантації.

Трансплантаційні заходи неможливо здійснити без реалізації права на донорство. Надання трансплантологічної допомоги пов'язане з донорством крові, її компонентів, органів та інших анатомічних матеріалів, репродуктивних клітин. Відповідно, вагоме значення має правовий статус донора та реципієнта.

Вищенаведене дає підстави стверджувати, що проблема особистих немайнових прав у трансплантаційних процесах посідає особливе місце та має комплексний характер. Водночас право на трансплантацію можна виокремити з-поміж інших особистих немайнових прав. З одного боку, воно тісно пов'язане з особою. З іншого боку, об'єктом правового регу-

лювання є компоненти крові, органи, анатомічні матеріали, репродуктивні клітини, які мають уречевлений характер. Однак у цьому випадку право на трансплантацію жодною мірою не можна пов'язувати з майновими відносинами.

Особливість немайнових відносин полягає в їх зв'язку із суб'єктом, неможливістю відокремлення від останніх, відсутністю грошової оцінки. Однак норми цивільного законодавства регулюють відносини, позбавлені економічного змісту, з огляду на засади, властиві цивільному праву як приватній галузі.

Право на трансплантацію належить до особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування особи. ЦК України не виділяє назване право як самостійне немайнове благо, акцентуючи на охороні здоров'я та праві на медичну допомогу. Однак без реалізації права на трансплантацію органів людині не завжди можна забезпечити право на охорону здоров'я, медичну допомогу та, зрештою, часом навіть право на життя.

Із цим пов'язане прийняття спеціального Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» [2]. Зазначений закон є комплексним нормативним актом, спрямованим на реалізацію особистого немайнового права, пов'язаного з охороною здоров'я. Зміст останнього охоплює декілька складників, які безпосередньо пов'язані з правом на життя та здоров'я.

Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, відповідають їх призначенню. Водночас у сьогодишніх умовах їх коло значно розширюється за рахунок нових об'єктів та медико-репродуктивних процесів, новітніх досягнень відновлювальної медицини.

Визначальною ознакою є факт відокремлення органу або анатомічного

матеріалу чи репродуктивних клітин від тіла людини з метою трансплантації іншій особі. Таким чином, анатомічний орган (матеріал) або репродуктивні клітини перестають бути одним цілим із людиною та стають самостійним об'єктом правовідносин. При цьому не змінюється правова природа зв'язку між особою (донором) і донорським органом, який має особистісний немайновий характер. Зокрема, Р.О. Стефанчук виокремлює такі ознаки цього правовідношення: тісний (нерозривний) зв'язок з особою-носієм, відсутність економічної природи походження та економічного змісту, спрямованість на задоволення фізичних (біологічних), духовних, моральних та інших нематеріальних потреб (інтересів) суб'єкта, а також немайнове благо як об'єкт таких правовідносин [3].

Правовий режим донорських органів можна розглядати крізь призму належності особі немайнового права на донорство щодо уречевленого об'єкта в разі відокремлення певного органу чи анатомічного матеріалу від тіла людини. При цьому правовий режим відокремленого від тіла людини органу або анатомічного матеріалу не змінюється залежно від життєвого чи посмертного донорства.

Серед об'єктів цивільних прав, перелічених у ст. 177 ЦК України, відсутнє поняття анатомічного органу чи матеріалу. Об'єктами цивільних прав, відповідно до зазначеної норми, є речі, зокрема гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Для того щоб визначитися, до яких із перелічених об'єктів належить анатомічний матеріал або орган, необхідно з'ясувати правову природу відносин із трансплантації.

Донорський орган не підпадає під ознаки жодного з перелічених об'єктів. Хоча в літературі обґрунтовується погляд щодо речової природи донорського органу, відокремленого від тіла людини [4, с. 86]. Відповідно, обґрунтовується думка, що органи, вилучені в живого донора або з тіла людини, яка померла, мають ознаки речей.

Згідно зі ст. 179 ЦК України річчю є предмет матеріального світу, щодо

якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. Правовий режим речі поширюється на тварин, які є особливим об'єктом цивільних прав. На них поширюється правовий режим речі, крім випадків, встановлених законом.

Донорський орган можна розглядати як об'єкт із певними ознаками, властивими речам. Однак, незважаючи на наявність матеріальної субстанції, анатомічний матеріал, інший орган людини, репродуктивні клітини не мають економічного змісту. Їх не можна оцінювати у грошовому вимірі як річ у цивільному обороті, а тим паче відносити до складу майна. Згідно зі ст. 190 ЦК України майно є особливим об'єктом, яким вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Суть концепції речей полягає в тому, що об'єктом є матеріальні предмети, які визнаються речами. Поняття «майно», як правова конструкція, охоплює категорію речі як окремого об'єкта та як сукупності речей. Правовий режим речі для об'єкта застосовується з моменту створення фізичної (матеріальної) субстанції, яка дає змогу об'єктивно відчутти її властивості та задовольнити матеріальні потреби. При цьому варто враховувати, що до речей законодавець відносить гроші, які є засобом грошового обігу. До речей відносять також окремі види енергії, оскільки вони є матеріальними благами. Як зазначає О.В. Дзера, під річчю необхідно розуміти все те, що об'єктивно існує та за допомогою чого можна задовольнити ту чи іншу потребу й щодо чого виникають цивільні правовідносини [5, с. 76].

Анатомічні матеріали, органи, клітини мають специфічну функцію – покликані задовольняти потребу людини в охороні здоров'я та здійсненні права на життя, тобто захисті особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини. Вони є об'єктами цивільних правовідносин специфічного особистого призначення та не можуть бути предметом вільного цивільного обороту. Із цієї причини не можна цілком погодитися з отожденням правового режиму речі з донорським органом у вигляді органу (чи його частини), іншого анатомічного матеріалу, клітин тощо.

Матеріалізований вигляд мають відокремлені від тіла людини анатомічні

органи, призначені для трансплантації. Цим пояснюється обґрунтування їх речової природи. Однак при цьому невирішеним залишається питання призначення цих об'єктів, які використовуються загалом не для задоволення матеріальних потреб, а для реалізації особистих немайнових прав, пов'язаних із природним існуванням людини як учасника цивільно-правових відносин.

Не змінює правової природи відносин і та обставина, що вилучений орган, біологічний матеріал у вигляді тканин і клітин людини тощо стає продуктом, тобто об'єктом цивільного правовідношення з трансплантації [6, с. 55]. Навіть ембріон, який є структурною частиною організму матері, на переконання Р.А. Майданика, можна розглядати як своєрідний об'єкт договору [7, с. 20].

Право на трансплантацію варто розглядати з позиції фізичної особи, яка потребує її з метою відновлення здоров'я або збереження життя. Право на донорство є особистим немайновим правом дієздатної фізичної особи бути донором, тобто надавати за життя або після смерті свої органи (їх частини), анатомічні матеріали, клітини для збереження здоров'я та життя реципієнтів.

Донорський орган має уречевлену природу, проте не є річчю у прямому розумінні ст. 179 ЦК України. Зазначений об'єкт не виокремлюється у главі 15 ЦК України «Нематеріальні блага», де у ст. 201 ЦК України визначається перелік особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством, а саме: здоров'я, життя; честь, гідність і ділова репутація; ім'я (найменування); авторство; свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а також інші блага, які охороняються цивільним законодавством.

Таку ознаку речі, як матеріальність субстанції, визначають усі науковці. Так, Л.В. Красицька виокремлює такі ознаки речі як об'єкта цивільних правовідносин: а) це матеріальна субстанція; б) річ створена людиною або має природне походження; в) має товарну форму або цінність для суб'єкта цивільного права; г) має споживчу вартість; ґ) вимоги речі визначені на загальному та спеціальному рівнях у чинному законодавстві; д) щодо речей вини-

кають цивільні відносини; е) речі мають просторові й часові координати, формалізовані в чинному законодавстві або визначені на рівні етимологічного значення та детермінують поведінку суб'єктів [8].

Перелічені ознаки не можна застосовувати до поняття донорського органу навіть з урахуванням ознаки його матеріальної субстанції. Уречевлення донорського органу відбувається внаслідок його відокремлення від тілесної субстанції донора на основі реалізації особистого немайнового права на донорство. Трансплантація донорського органу людині здійснюється в межах особистого немайнового права на життя, охорону здоров'я та права на медичну допомогу. Тому донорський орган не можна трактувати як річ з огляду на його матеріальну консистентність. Відповідно, його не можна розглядати як предмет цивільного обороту в контексті володіння ним.

Класифікація об'єктів у ЦК України не охоплює повний каталог, хоча має вагоме значення для визначення правового режиму кожного з перелічених видів. Тому актуальним є встановлення місця донорських органів серед об'єктів цивільних прав.

Операції з трансплантації посідають вагоме місце серед медичних послуг. У п. п. 18 і 19 Директиви Європейського Парламенту та Ради 2004/23/ЄС про вдосконалення стандартів якості та безпеки для донорства, заготівлі, перевірки, обробки, консервації, зберігання та розподілу людських клітин від 31 березня 2004 р., сфера застосування якої поширюється на тканини та клітини з пуповинної крові й кісткового мозку, репродуктивні клітини, ембріональні тканини й клітини, а також стовбурові клітини дорослих та ембріонів, зазначено, що принциповим є положення, щоб програми із застосування клітин і тканин ґрунтувалися на добровільності та безоплатності донорства [9].

Перелічені види донорських матеріалів свідчать про різноманітність їх класифікації в межах поняття об'єкта цивільних правовідносин. У понятті «донорський орган» можна виділити окремі види, які мають те саме функціональне призначення, проте водночас є відмінності з позиції медичної класифікації та можливості їх оборотоздатності в розумінні передання для трансплан-

тації іншим особам. Правове значення має розмежування прижиттєвого та посмертного донорства. Адже, наприклад, серце, як донорський орган, неможливо відділити від тіла живого донора. Водночас клітини, тканини, які є об'єктами донорства, можна вільно використовувати за наявної згоди донора у трансплантології.

Наведене підтверджує важливість законодавчого визначення донорського органу та його видів як об'єкта цивільних прав. Анатомічні матеріали та органи не повинні бути об'єктом цивільного обороту як речі. Останнє має значення для оплатності чи безоплатності трансплантації.

У ст. 1 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» під анатомічними матеріалами розуміються органи (їх частини), тканини, анатомічні утворення, клітини людини або тварини, фетальні матеріали людини [2]. Коментованим визначенням охоплюються різні біологічно-анатомічні матеріали, які є елементами будови людського організму та можуть бути використані для трансплантації.

Об'єктом трансплантації можуть бути органи й тканини трупа людини або органи, використані від живого донора. Передання органу від донора до реципієнта здійснюється на основі врегульованих правом процедур. Так, відповідно до ч. 5 ст. 21 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» Кабінет Міністрів України 25 березня 2020 р. затвердив Порядок отримання та надання гемопоетичних стовбурових клітин та обміну інформацією щодо наявних анатомічних матеріалів людини, призначених для трансплантації [10].

Порядок надання для трансплантації донорських органів свідчить про те, що їх правовий режим істотно відрізняється від обороту речей. Останні, перебуваючи в цивільному обороті, можуть вільно відчужуватися та переходити від однієї особи до іншої на підставі різноманітних цивільно-правових правочинів, а також у порядку правонаступництва.

Речі, обмежені в обороті, також можуть бути предметом передачі іншим особам у порядку, визначеному законодавством. Вилучені з обороту речі не можуть бути предметом цивільно-правових договорів.

З погляду на цивільно-правову природу обороту речей для задоволення матеріальних потреб особи донорські органи не можуть розглядатися як об'єкти, яким властиві ознаки речового характеру.

Тому варто погодитися з думкою вчених, що донорські органи людини не наділені речово-правовими ознаками. Водночас має місце концепція речової природи донорських органів з акцентом на відсутності їх майнової цінності. Зокрема, І.Р. Пташник підкреслює, що донорські органи, які вилучаються з тіла особи, є специфічними речами, обмеженими в цивільному обороті. Однак вони, як зазначає автор, не можуть мати майнової цінності, бути товаром [11, с. 69]. Ми згодні з останньою думкою та вважаємо за доцільне зазначити певну невідповідність твердження про речову природу донорського органу та відсутність майнової цінності, адже кожна річ є матеріальною за своєю суттю та, відповідно, має економічну цінність (вартість). Отже, донорський орган, незважаючи на об'єктивно матеріалізований вигляд, не можна отожднювати з правовим режимом речі.

Крім цього, не можна ігнорувати немайнову природу зв'язку між самим донором і його анатомічним матеріалом чи органом. Навіть у разі посмертного донорства труп людини не можна розглядати як об'єкт правовідносин. На це вказують О.Г. Пелагеша та С.Г. Стеценко, які вважають, що особа може бути лише суб'єктом, а не об'єктом права. Тому труп людини не може бути визнаний об'єктом цивільних прав. У процесі з'ясування приписів нормативно-правових документів зазначені автори доходять таких висновків: 1) анатомічні матеріали людини, які вилучаються належним чином і на законних підставах, якщо вони не вилучені та не обмежені в цивільному обороті, можуть вільно відчужуватися й переходити від однієї особи до іншої; 2) у законодавстві не вказується в жодному з нормативних актів, що трансплантати є об'єктами, вилученими з обороту; 3) кожна фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів [12, с. 16].

У цьому випадку вчені підтверджують немайновий характер відносин із трансплантації органів, проте допускають

підміну понять, властиву обороту речі в цивільному праві. Класифікацію речей за критерієм їх оборотоздатності не можна застосовувати до донорських органів. Останні є матеріалізованою консистентністю реалізації особистих немайнових права на донорство, з одного боку, і права на медичну допомогу та права на життя – з іншого.

Аналіз ознак особистих немайнових благ дає можливість установити, що кожне з них, для того щоб розглядатися як об'єкт цивільного права, повинне мати таку ознаку, як відособленість (визначеність). Вона означає здатність одного блага бути відособленим від іншого, найближчого суміжного або навіть аналогічного. Інакше кажучи, ідеться про такі відмінності, що дають можливість індивідуалізувати кожний об'єкт чи навіть групу об'єктів [13, с. 417].

Відповідно, виникає питання: з якого моменту анатомічні матеріали можна вважати нематеріальним об'єктом і чи можна їх характеризувати як матеріальний об'єкт? Наприклад, М.С. Брюховецька вважає, що органи та інші анатомічні матеріали, вилучені з тіла померлого, необхідно визначити як самостійні об'єкти цивільних прав, на які поширюється правовий режим речі у випадках, прямо визначених законом, проте на органи й тканини, вилучені в людини після її смерті, недопустиме встановлення права власності [14, с. 134]. При цьому авторка не враховує, що вилучені та відокремлені від тіла органи не втрачають особистісного зв'язку з особою.

Донорські органи є предметами матеріального світу. Водночас вони спрямовані на використання з метою задоволення особистих потреб людини, пов'язаних з особистими немайновими правами, що забезпечують природне існування фізичної особи. Тому не можна характеризувати донорські органи у вигляді анатомічних матеріалів або частин тіла людини виключно крізь призму ознак їх оборотоздатності.

Не можна ототожнювати речі як предмети матеріального світу з іншими об'єктами, зокрема відокремленими анатомічними матеріалами на основі критерію матеріальності їх стану. При цьому необхідно враховувати різноманітність об'єктів,

які охоплюються поняттям «донорський орган». У ст. 290 ЦК України «Право на донорство» перелічені такі об'єкти донорства: кров, її компоненти, а також органи та інші анатомічні матеріали й репродуктивні клітини, гемопоетичні стовбурові клітини [1]. Більш конкретизований перелік донорських об'єктів наведений у ст. 1 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» [2]. Водночас необхідно враховувати, що з розвитком досліджень у медичній сфері неодмінно буде розширюватися коло донорських органів, придатних для трансплантації. Спільною ознакою для їх виокремлення та включення до каталогу донорських органів буде їх зв'язок із реалізацією особистого немайнового права на медичну допомогу та життя.

Залежно від самостійності донорських органів як об'єктів цивільних прав В.Л. Скрипник поділяє їх на дві групи. До першої він відносить анатомічні матеріали, відділення яких не спричиняє будь-яких змін в організмі фізичної особи або ж зміни характеризуються тимчасовістю та не спричиняють серйозних наслідків для її здоров'я (вилучення нігтів, волосся, продуктів виділення тощо). До другої групи вчений відносить такі частини тіла людини, видалення яких в окремих випадках хоча й можливе за життя, проте супроводжується відчуттям сильних болів і може спричинити різні наслідки для здоров'я донора (наприклад, нирки, рогівка), а також ті, вилучення яких за життя взагалі неможливе, оскільки неминуче призведе до смерті людини (зокрема, серце). Ці дві групи, на думку автора, об'єднані ознакою походження з людського організму, а тому цивільно-правовий статус зазначених анатомічних матеріалів має бути однаковим. Анатомічні матеріали першої групи за своїми ознаками найбільше наближені до речей у тій площині, у якій вони регламентовані законом. Ці матеріали наділені певною цінністю в цивільному обороті, законодавство не забороняє укладення правочинів (як оплатних, так і безоплатних) щодо цих об'єктів (за такими ознаками їх умовно можна назвати товарами). Проте це не дає змогу вважати їх речами. Натомість другій групі анатомічних матеріалів ще складніше надати статус речей

через наведені вище причини [15, с. 66].

Варто зазначити певну суперечність висновків, наведених В.Л. Скрипником. Об'єкти, віднесені до першої групи, не належать до донорських органів у розумінні Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині». Важко віднести до донорських органів, наприклад, волосся. Безумовно, такі об'єкти є речами та відповідають матеріальним ознакам останніх. Правовий режим об'єктів, що віднесені автором до другої групи донорських органів, підкреслює їх зв'язок з особистими немайновими правами на донорство, медичну допомогу та життя. Визначальним критерієм є згода донора на здійснення права на донорство, яке має наслідком задоволення немайнового блага на медичну допомогу та життя.

До виділення анатомічних матеріалів, органів і клітин із тіла людини вони не мають правового режиму самостійних об'єктів. Волевиявлення на їх виокремлення приймає фізична особа, здійснюючи особисте немайнове право на донорство з метою використання для трансплантації.

Незважаючи на особистісний зв'язок із немайновими правами фізичної особи,

донорські органи є самостійним об'єктом цивільних правовідносин. Анатомічні матеріали та органи є предметом цивільного обороту. За своєю правовою природою вони є немайновими благами, які є об'єктами матеріального світу в разі відділення їх від тіла людини. Таким чином, унаслідок медичного втручання на основі згоди донора та реципієнта відбувається трансформація особистого немайнового права фізичної особи в самостійний об'єкт цивільних прав.

Тому главу 15 ЦК України варто доповнити окремою статтею «Донорські органи (анатомічні та біологічні матеріали і клітини)», у якій визначити поняття донорського органу і його види з огляду на досягнення медичної науки та нормативні положення актів медичного права. Зазначена стаття може бути представлена в такій редакції: «Донорським органом є анатомічні матеріали (їх частини), тканини, анатомічні утворення, клітини людини, фетальні матеріали людини, інші біологічні продукти, придатні для трансплантації на основі згоди донора та реципієнта відповідно до порядку, встановленого законодавством».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
2. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17 травня 2018 р. № 2427-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19#Text>.
3. Стефанчук Р.О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України : монографія. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2006. 170 с.
4. Ходико Ю.Є. Спірні об'єкти речового правовідношення та їх правовий режим. *Право і суспільство*. 2017. № 6. Ч. 1. С. 85–90.
5. Дзера О.В. Вибране. Збірник наукових праць. Київська школа цивілістики. Київ : Юрінком Інтер, 2017. 872 с.
6. Квіт Н.М. Біологічний матеріал як об'єкт цивільних правовідносин щодо створення та використання біобанків в Україні. *Форум права*. 2019. № 3(56). С. 48–57. URL: https://forumprava.pp.ua/files/048-057-2019-3-FP-Kvit_7.pdf.
7. Майданик Р.А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство. Київ : Алерта, 2013. 48 с.
8. Цивільне право : підручник : у 6 т. / за ред. Р.Б. Шишки, В.А. Кройтора. Харків : Еспада, 2008. Т. 1. 672 с.
9. Директива Європейського Парламенту та Ради 2004/23/ЄС про вдосконалення стандартів якості та безпеки для донорства, заготівлі, перевірки, обробки, консервації, зберігання та розподілу людських клітин : міжнародний документ від 31 березня 2004 р. № 2004/23/ЄС / Європейський Союз. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_001-04#Text.
10. Про затвердження Порядку отримання та надання гемопоетичних стовбурових клітин та обміну інформацією щодо наявних анатомічних матеріалів людини, призначених

для трансплантації : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 березня 2020 р. № 257 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257-2020-п#Text>.

11. Пташник І.Р. Цивільно-правове регулювання трансплантації в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 211 с.

12. Стеценко С.Г., Пелагеша О.Г. Медичне право України (правові засади трансплантації органів та тканин людини) : монографія. Київ : Атіка, 2013. 144 с.

13. Сліпченко С.О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія. Харків : Діса плюс, 2013. 552 с.

14. Брюховецька М.С. Цивільно-правове регулювання посмертного донорства в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 230 с.

15. Скрипник В.Л. Донорські органи як об'єкти цивільних правовідносин. *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 5. С. 62–67.

УДК 347.12 (477)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.9>

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЛЮДСЬКИХ АНАТОМІЧНИХ/БІОЛОГІЧНИХ МАТЕРІАЛІВ, ЕМБРІОНІВ ЯК ОБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Квіт Наталія Михайлівна,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка



Кінаш Дмитро Вадимович,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка



У статті надано характеристику правовому режиму людських анатомічних/біологічних матеріалів, ембріонів як об'єктів цивільних правовідносин. Під час дослідження встановлено законодавчі підходи до визначення змісту цих понять, а саме визначено зміст понять анатомічного матеріалу та біологічного матеріалу, які закріплені у Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» та Ліцензійних умовах провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини, згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я, затверджених Наказом МОЗ України № 286 від 02.03.2016 року, їхні спільні та відмінні елементи. Проаналізовано питання щодо необхідності визначення анатомічних та біологічних матеріалів єдиним терміном. Визначено правову природу таких об'єктів у контексті об'єктів цивільного права, а саме матеріальних та нематеріальних благ. Досліджено проблему щодо поширення на анатомічні/біологічні матеріали положень речового права, віднесення таких до об'єктів матеріального світу. Встановлено матеріальну цінність анатомічного/біологічного матеріалу. Дослідженню піддано також питання оборотоздатності згаданих матеріалів. Вивчено український та зарубіжний досвід щодо регулювання соматичних прав людини. Визначено правові наслідки у випадку трансплантації анатомічного/біологічного матеріалу реципієнтові, персонального зберігання такого у біобанку, а також іншого розпорядження таким у площині речового та особистого немайнового права. Встановлено ознаки окреслених матеріалів як об'єктів особистих немайнових прав. Проаналізовано правовий зв'язок особи з анатомічним/біологічним матеріалом та проблематику припинення такого зв'язку. Запропоновано доповнити Цивільний кодекс України статтею 179-1 «Людські анатомічні/біологічні матеріали та неімплантований ембріон», яка покликана врегулювати питання правового режиму анатомічних/біологічних матеріалів, неімплантованих ембріонів, визначивши такі особливими об'єктами цивільних прав, встановивши порядок та правові наслідки розпорядження такими матеріалами, їх використання і зберігання, а також створивши правові гарантії для донорів від несанкціонованого використання таких та генетичних даних, що містяться в них. Крім того, вказаною нормою встановлюється порядок переходу прав на анатомічний/біологічний матеріал, ембріони після смерті особи та заборона комерціалізації такого матеріалу.

Ключові слова: анатомічні матеріали, біологічні матеріали, ембріони, гемопоетичні стовбурові клітини, ембріофетальні матеріали, плацента, трансплантація, біобанк.

Kvit Nataliya, Kinash Dmyitro. Legal regime of human anatomical/biological materials, embryos as objects of civil legal relations

The article provides a legal description of the legal regime of human anatomical/biological materials, embryos as objects of civil legal relations. During the research, legislative approaches to defining the content of these concepts were established, namely the content of the concepts of anatomical material and biological material, which are enshrined in the Law of Ukraine "On the Application of Transplantation of Anatomical Materials to Humans" and the Licensing Conditions for Conducting Business Activities of Banks of Umbilical Cord Blood, Other Tissues and Cells person, according to the list approved by the Ministry of Health, approved by the Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 286 dated 02.03.2016, their common and distinctive elements. The issue of the need to define anatomical and biological materials with a single term was analyzed. The legal nature of these objects in the context of objects of civil law, namely tangible and intangible goods, is determined. The problem of extending the provisions of real property law to anatomical/biological materials, their attribution to the objects of the material world has been investigated. The material value of anatomical/biological material has been established. The issue of recyclability of the mentioned materials was also investigated. Studied the Ukrainian and foreign experience regarding the regulation of somatic human rights. Defined the legal consequences in the case of transplantation of anatomical/biological material to the recipient, personal storage of such material in a biobank, as well as other disposal of such material in the area of real and personal non-property law. The signs of the outlined materials as objects of personal non-property rights have been established. Analyzed the legal relationship between a person and anatomical/biological material and the issues of terminating such a relationship. It is proposed to supplement the Civil Code of Ukraine with Article 179-1 "Human anatomical/biological materials and non-implanted embryos", which is intended to regulate the issue of the legal regime of anatomical/biological materials, non-implanted embryos, defining them as special objects of civil rights, establishing the order and legal consequences of the disposal of such materials, their use and storage, as well as creating legal guarantees for donors against unauthorized use of such and genetic data contained in them. In addition, the specified norm establishes the procedure for the transfer of rights to anatomical/biological material, embryos after the death of a person and the prohibition of commercialization of such material.

Key words: *anatomical materials, biological materials, embryos, hematopoietic stem cells, embryofetal materials, placenta, transplantation, biobank.*

Насамперед необхідно з'ясувати підхід законодавця до розуміння поняття тілесних субстанцій, що мають людське походження. У вітчизняному законодавстві застосовуються різні терміни для позначення цього об'єкта правовідносин, натомість його правовий режим цивільним законодавством не визначається, що є значною прогалиною та потребує уваги законотворця в рамках ректифікаційних процесів.

Основна частина. У Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині»¹, який набрав чинності з 1 січня 2019 року анатомічні матеріали у ст. 1 ч. 1 п. 1 визначено як органи (їх частини), тканини, анатомічні

утворення, клітини людини або тварини, фетальні матеріали людини. Отже, законодавець, по-перше, наголосив на тому, що, крім органів, до анатомічних матеріалів також належать їх частини; по-друге, включив також до визначення анатомічних матеріалів фетальні матеріали людини, які в попередній редакції закону були окремо визначені у ст. 1 як анатомічні матеріали мертвого ембріона (плода) людини, а також змінив сам підхід до визначення цього поняття.

У законодавстві немає уніфікованої термінології та єдиного підходу до її визначення. Зокрема, крім терміна «анатомічні матеріали» законодавець також використовує термін «біологічні матеріали». Згідно з п. 3 ч. 4 Ліцензійних умов провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини, згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я, затверджених Наказом

¹ Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17 травня 2018 року № 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 28. Ст. 232. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19> (дата звернення: 26.12.2022).

МОЗ України № 286 від 02.03.2016 року², «біологічний матеріал – це тканини, клітини, біологічні рідини, секрети і продукти життєдіяльності, фізіологічні виділення, мазки, зіскоби, змиви, біопсійний матеріал, що отримані від людини, а також матеріал ембріофетального походження». Тут варто звернути увагу, що до набрання чинності цим нормативно-правовим актом поняття біологічних матеріалів не мало нормативного закріплення, отже, є одним із позитивів цього спеціального акта.

Поняття анатомічних та біологічних матеріалів за змістом мають і спільні, і відмінні елементи. Можна зобразити їх співвідношення схематично таким чином:

Хоча деякі об'єкти, щодо яких здійснюється діяльність у сфері трансплантації та біобанкінгу, є спільними і може здатися, що це спричинить проблеми із визначенням їхньої сфери правового регулювання, проте головною ознакою, що розмежовує їх, є саме мета такої діяльності. Метою діяльності з трансплантації є сама трансплантація, яка визначається у ст. 1 Закону як спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці анатомічного матеріалу людини від донора реципієнтові, і спрямований на відновлення здоров'я людини. Мета ж діяльності, об'єктом якої виступає біобанк, полягає в переробці (процесінгу), маркуванні (кодуванні), консервуванні, тестуванні (перевірці), зберіганні, наданні (реалізації) та/або клінічному застосуванні продуктів та/або препаратів пуповинної крові, інших тканин і клітин людини.

Отже, необхідності вводити єдиний термін не вбачається, з огляду на дві різні сфери, в яких два вищезазначені терміни застосовуються. Навпаки, існування цих двох понять буде інструментом для розмежування сфери застосування трансплантаційного законодавства та законодавства про біобанки.

Цивільні правовідносини виникають з приводу конкретних (матеріальних та нематеріальних) об'єктів, оскільки лише

з їхньою допомогою суб'єкти правовідносин можуть задовольнити ті чи інші свої потреби. Об'єктами цивільних прав є матеріальні та нематеріальні блага (ст. 177 ЦК України)³. Використання законодавцем класифікації благ на матеріальні та нематеріальні – дві взаємовиключні групи, вказує на характерні особливості об'єктів того чи іншого виду та утворює дихотомію об'єктів цивільних прав. В основу такої класифікації покладено природу того чи іншого блага, а саме віднесення їх до предметів матеріального світу. До числа охоронюваних законом нематеріальних благ, а не суб'єктивних прав А.М. Савицька відносить життя та здоров'я особи⁴.

Нематеріальні блага тісно пов'язані з особою суб'єкта і не підлягають відчуженню у будь-якій формі. Проте ця теоретична концепція виявляється дещо дискусійною, якщо розглядати її в контексті здійснення особою права на донорство та права на трансплантацію. Благо здоров'я невід'ємно пов'язане з людиною. Організм людини виступає матеріальною (фізичною) основою блага здоров'я. Благо пов'язане з організмом загалом, а не з окремими його фізичними елементами. На основі блага на здоров'я право формує категорію немайнового права на здоров'я, що має суб'єктивний характер⁵. Звідси висновок, що розпорядження частиною власного організму в межах правовідносин з приводу донорства чи з метою передачі своїх анатомічних матеріалів на зберігання чи для їх дослідження або ж для використання з лікувальною метою не може прирівнюватись до розпорядження благом. Використанню підлягає не здоров'я як благо, а лише матеріальний об'єкт, а саме відокремлений у законний спосіб від організму людини біологічний/анатомічний матеріал, що через свою при-

³ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 26.12.2022).

⁴ Савицькая А.Н. Гражданская ответственность государственных органов за вред, причиненный их должностными лицами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1953. 18 с. С. 4.

⁵ Стеценко С.Г., Стеценко В.Ю., Сенюта І.Я. Медичне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / за заг ред. С.Г. Стеценка. Київ : Правова єдність, 2008. 507 с.

² Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я : Постанова Кабінету Міністрів України від 02 березня 2016 року № 286. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/286-2016-%D0%BF#Text> (дата звернення: 26.12.2022).

роду може покращити, відновити власне здоров'я, врятувати життя реципієнтові чи послужити об'єктом дослідження для розробки нових ліків чи вивчення певних захворювань.

На відміну від блага, яке може існувати лише за наявності зв'язку із конкретним суб'єктом, анатомічні/біологічні матеріали людини, відокремлені від людини, мають самостійний матеріальний зміст, а отже, є цінністю. Їхня матеріальна цінність проявляється у можливості зберігати корисні властивості та можливості їхньої передачі однією особою іншій (в порядку та межах, встановлених законом). Отже, анатомічні/біологічні матеріали людини, виступаючи матеріальними елементами немайнового блага здоров'я, а, як наслідок, блага життя, самі набувають уречевленого характеру, а тому ними на законних підставах можна розпорядитися в межах, встановлених законодавством та моральними засадами суспільства.

Визначення відносин донорства як матеріальних приводить до висновку про поширення на анатомічні матеріали, вилучені в процесі донорства, правового режиму речі. Річ – це частина матеріального світу, що наділена відносною самостійністю існування⁶. Такої ж позиції дотримується З.В. Ромовська, яка, аналізуючи зміст ст. 290 ЦК України, згідно з якою фізична особа може дати письмову згоду на донорство її органів та інших анатомічних матеріалів, зокрема на випадок своєї смерті, робить висновок, що «попри певну психологічну незручність, можна констатувати, що нирка, суглоб чи інший анатомічний матеріал, відділені від людини, володіють юридичними ознаками речі: є предметом матеріального світу, здатні викликати цивільні правовідносини. Незаперечним видається і право власності породілля на плаценту (дитяче місце)»⁷.

Аналогічної думки щодо питання про віднесення анатомічних матеріалів людини до об'єктів цивільних прав (правовідносин) дотримується І.В. Спасибо-

Фатеева, яка наголошує на тому, що якщо донедавна тканини, клітини вважалися виключно складовою частиною людського організму, без якого вони гинули, то з розвитком медичної науки поступово ситуація змінюється. Крім забору, зберігання і використання крові та її компонентів (плазми, еритроцитів, тромбоцитів тощо), стали також використовуватися ембріональні, репродуктивні і соматичні клітини. Сьогодні вже з клітини вирощують тканину, наприклад, шкірну, яку використовують для пересадки шкіри людині. Звідси, говорячи цивілістичною мовою, наявне «виготовлення з однієї речі іншої речі». Тоді виникає алогічна ситуація: якщо майнові права законодавець прирівняв до речей за відсутності у них речової форми, то чому ж не використати те ж правило щодо клітини і тканини, оскільки речовий компонент у них, безумовно, має місце, й вони є благом у розумінні ст. 177 ЦК України⁸.

Іншу думку висловлює О.О. Пунда, який вважає, що анатомічні матеріали (окремі органи, їх групи, їх частини, тканини всіх різновидів, клітини органів), безперечно, є предметами – частиною людського організму. Разом із тим зазначене не повинно приводити до висновку, що коли окремі елементи організму людини є предметами, то й такий організм загалом можна розглядати як предмет (живий «матеріал»). Такий висновок є хибним і заперечує соціально-біологічну природу людини. Людина не є простим, механічним набором функціонуючих у певний спосіб внутрішніх біологічних систем, саме тому неправильно і недопустимо розглядати її як набір «взаємозамінних запасних частин» для інших людей⁹.

Цілком обґрунтованою є позиція харківської цивілістичної школи щодо визначення оборотоздатності особистих немайнових благ, які об'єктивовані, віддільні від особи і можуть бути оцінені у грошовій формі, а їх оборот здійснюється шляхом

⁶ Медичне право України : збірник нормативно-правових актів / упоряд. і наук. ред. Н.Б. Болотіна. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. 412 с. С. 121.

⁷ Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: академічний курс : підручник. 3-є вид., допов. Київ : Дакор, 2013. 672 с.

⁸ Спасибо-Фатеева І. Об'єкти права власності: напрями модернізації права України. *Право власності: європейський досвід та українські реалії* : збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). Київ, 2015. 324 с.

⁹ Пунда О.О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини : монографія. Київ, 2005. 436 с. С. 215.

допуску до них інших осіб¹⁰. Проте така концепція не може бути використана для визначення правового режиму та правової природи анатомічних/біологічних матеріалів. Це пов'язано із тим, що оцінка їх у грошовій формі суперечитиме принципу заборони комерціалізації людського тіла та його частин. Тому, на нашу думку, не можна говорити про їх оборотоздатність.

Абсолютно виправданим є підхід С.О. Сліпченка, який відносить органи та інші анатомічні матеріали з людського тіла до матеріальних, але немайнових об'єктів, для яких характерною є наявність фізичної субстанції, але вони не здатні оцінюватися у грошах та бути об'єктом майнового права¹¹.

Зарубіжні юристи останнім часом активно обговорюють проблеми, пов'язані з правовим регулюванням соматичних прав людини. При цьому і науковці, і практики розробляють наукові концепції, сприяють розробці відповідних нормативно-правових актів, що, безперечно, має позитивний вплив також на судову практику. Наприклад, у Франції в цьому напрямі багато зроблено Національним конституційним комітетом із питань етики, рекомендації якого, хоча й не є загальнообов'язковими актами, але мають значний вплив на судову практику та правотворчість. Вони враховані в законах від 29 липня 1994 року «Про повагу до тіла людини» і «Про вилучення і використання частин і продуктів людського організму», відтворених потім у приписах до Кодексу про суспільне здоров'я, а також у Кримінальному та Цивільному кодексах¹².

У статті, яка присвячена дослідженню соматичних прав у контексті українського цивільного законодавства, О.Р. Шишка розглядає як один зі складників цього комплексу прав «право людини щодо її

органів і тканин»¹³. Таке право здебільшого виявляється через презумпцію особи на розпорядження своїми органами і тканинами і за життя, і після смерті – стосовно долі свого тіла, через заповідальний відказ чи покладення на спадкоємця інших обов'язків у заповіті. Щодо останнього, то зміст такого права належить до фантомних прав, тобто прав, за якими неіснуючий суб'єкт права є носієм певних правомочностей у випадках, встановлених законом. Так, відповідно до ч. 4 ст. 289 ЦК України в особи є право розпоряджатися своїми органами та іншими анатомічними матеріалами тіла на випадок смерті. Тобто суб'єкт має право в майбутньому на підставі зафіксованого у встановленому порядку заповідального розпорядження (ст. 1233 ЦК України) розпоряджатися собою. А медичні та інші установи на підставі цих повноважень мають право на законних підставах відділити від тіла органи та інші анатомічні матеріали для цілей, що зумовлені метою їхньої діяльності.

Висновки. Отже, виходячи із концепції, яка нині підтримується більшістю українських цивілістів, «уречевлення» окремих елементів організму людини, їх перетворення на анатомічні/біологічні матеріали відбувається з моменту від'єднання їх від організму (вилучення з організму) живої чи мертвої людини з донорською чи іншою незабороненою законодавством чи нормами моралі метою.

Після того, як анатомічний/біологічний матеріал трансплантовано (введено) реципієнтові, свій «уречевлений» зміст він автоматично втрачає, перетворюючись на невід'ємну частину організму реципієнта, що, своєю чергою, спричиняє втрату правового зв'язку особи-донора із цим об'єктом (крім випадків аутотрансплантації). Проте, якщо такий анатомічний матеріал вилучається з іншою метою, можуть виникати інші конструкції правового зв'язку особи, від якої цей матеріал походить із таким об'єктом. Зокрема, якщо біологічний матеріал береться з метою так званого персонального зберігання та можливого подальшого

¹⁰ Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печень и др. ; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. 720 с. С. 212.

¹¹ Сліпченко С.О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія. Харків : Діса плюс, 2013. 552 с. С. 300–301.

¹² Мар'юк І.І. Захист соматичних прав людини в українському та зарубіжному законодавстві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/23981/%ce> (дата звернення: 27.12.2022).

¹³ Шишка О.Р. Соматичні права та перспективи розвитку їх в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. № 59. С. 284–292. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/23981/%ce> (дата звернення: 27.12.2022).

використання для власних потреб особи, від якої він походить чи для потреб близьких родичів, то правовий зв'язок не втрачається, а отже, особа може на власний розсуд розпоряджатися таким об'єктом, у межах не заборонених законом. Тобто такий біологічний матеріал наділений уречевленим характером і водночас тісно пов'язаний із особою, від якої він походить через його особистісний характер, бо наділений ознаками особистого немайнового права фізичної особи. До яких, зокрема Р.О. Стефанчук, відносять такі ознаки, як: тісний (нерозривний) зв'язок із особою-носієм, відсутність економічної природи походження та економічного змісту, спрямованість на задоволення фізичних (біологічних), духовних, моральних чи інших нематеріальних потреб (інтересів) суб'єкта, а також немайнове благо як об'єкт таких правовідносин¹⁴.

Тісний зв'язок біологічного матеріалу з особою, від якої він походить, не викликає жодних сумнівів, оскільки він є носієм генетичної інформації особи, що дозволяє встановити зворотний зв'язок та дає доступ до особистої інформації про особу. Відсутність економічної природи та змісту зумовлена принципом заборони комерціалізації людського тіла та його частин, закріпленим на міжнародному рівні, спрямованість на задоволення фізичних (біологічних) чи інших нематеріальних потреб також має місце в нашому випадку. Оскільки, як у випадку передачі на персональне зберігання, метою є задоволення потреб замовника таких послуг зберегти біологічний матеріал, який йому може бути потрібний для покращення стану здоров'я, реалізації репродуктивних прав тощо, так само і донорство біологічного матеріалу є способом реалізації особистих немайнових прав фізичної особи (права на донорство), які мають немайновий характер.

Можливим є також варіант, коли особа передає свій біологічний матеріал для наукових досліджень і за її згодою цей матеріал та інформація, що з ним пов'язана, можуть бути анонімізованими без подальшої можливості розшифрування, що також

тягне за собою втрату правового зв'язку особи із таким об'єктом, оскільки вона вже втрачає право відкликання згоди на використання її анатомічного/біологічного матеріалу. Але водночас цей об'єкт продовжує бути «уречевленим», тобто перетворюється на річ, обмежену в цивільному обороті, бо користувач такого анатомічного/біологічного матеріалу у своєму праві користування та розпорядження таким об'єктом є обмежений нормами закону.

У разі передання біологічного матеріалу для досліджень із кодуванням даних, які у разі потреби можуть бути розкодовані, особа може висловити своє волевиявлення на отримання чи неотримання результатів таких досліджень і не втрачає право відкликання згоди на використання її біологічного матеріалу, а отже, і не втрачає правового зв'язку з об'єктом, який продовжує мати уречевлений зміст. У цьому випадку може застосовуватися концепція особистісного характеру права розпорядження таким уречевленим об'єктом.

Розпорядження відокремленим від організму людини біологічним матеріалом можливе шляхом дачі згоди на його знищення, зокрема це можливо, наприклад, внаслідок проведення різноманітних оперативних втручань, які тягнуть за собою видалення певних тканин, органів чи їх частин. Це може стосуватися також зразків тканин чи рідин, які беруться на аналіз у процесі діагностики чи лікування особи, під час пологів (пуповина, плацента) чи переривання вагітності (ембріон (плід)). Припинення правового зв'язку особи із її біологічним матеріалом у такий спосіб можливе лише за наявності її добровільної згоди на це. При цьому, якщо йдеться про кріоконсервовані ембріони, створені на замовлення пацієнтів-споживачів допоміжних репродуктивних послуг, право розпорядження такими ембріонами може бути реалізоване лише за взаємною згодою таких осіб, незалежно від наявності чи відсутності у них із ембріоном генетичної спорідненості. У випадку смерті одного із замовників чи розлучення подружжя-замовників може мати місце вимога одного із подружжя щодо припинення зберігання кріоконсервованих ембріонів, що рівнозначне вимозі про їх знищення, натомість розпорядження ними після смерті

¹⁴ Стефанчук Р.О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України : монографія. Хмельницький : Видавництво Хмельницького ун-ту управління та права, 2006. 170 с. С. 96.

як з метою донорства, так і з репродуктивною метою одним із співрозпорядників можливе лише, якщо мало місце прижиттєве письмове розпорядження померлої особи на випадок її смерті. Проблемою тут є також відсутність норм, які б регулювали питання посмертної репродукції.

Крім того, існують також біологічні матеріали, які можуть бути відокремлені від організму людини без лікарської допомоги, як, наприклад, молочні зуби, зістрижене волосся, які можна зберігати довгий час без особливих умов, і це також буде володінням такими біологічними матеріалами. Охорона такого права володіння здійснюватиметься законодавством, оскільки такий біологічний матеріал, як і будь-який інший, є носієм генетичної інформації про особу, від якої він походить, і розпорядження ним може здійснюватися лише за її згодою.

Проаналізувавши можливі варіанти реалізації особою прав щодо відокремленого від неї анатомічного/біологічного матеріалу, що, без сумніву, виступає об'єктом цивільних прав, зроблено висновок про те, що в такому випадку не йдеться про існування в особи права власності як речового права на її біологічні матеріали, оскільки це за своєю суттю суперечитиме принципу заборони комерціалізації тіла людини. Незважаючи на «уречевлений» характер такого об'єкта, ми не можемо віднести його до майнових благ, оскільки він має тісний зв'язок із немайновими правами особи насамперед через те, що його невід'ємною складовою частиною виступає особиста інформація про особу, від якої він походить, в тому числі її генетичні дані.

Оскільки ЦК України не визначає правовий режим такого особливого об'єкта, як анатомічний/біологічний матеріал, як і не регулює межі розпорядження людськими ембріонами, вважаємо за доцільне доповнити Цивільний кодекс України статтю 179¹ «Людські анатомічні/біологічні матеріали та неімплантований ембріон» такого змісту:

«Анатомічні/біологічні матеріали та неімплантовані ембріони, отримані від особи/осіб (замовників репродуктивної програми) на підставі її/їх поінформованої згоди чи в інший, визначений законом спосіб, є особливими об'єктами цивільних прав.

Право розпорядження анатомічними/біологічними матеріалами та неімплантованими ембріонами людини, з яким особа/особи пов'язані особистими немайновими правами, належить виключно цій/цим особі/особам.

Відокремлені анатомічні/біологічні матеріали особи, яка не наділена повною цивільною дієздатністю, можуть бути передані законними представниками для зберігання та використання в її інтересах до досягнення особою, від якої вони походять, повної цивільної дієздатності. У випадку, якщо анатомічні/біологічні матеріали походять від недієздатної особи і були отримані на законних підставах з діагностичною чи лікувальною метою, законні представники можуть передати їх для дослідницьких потреб за умови дотримання вимог, встановлених спеціальним законодавством.

Втрата особистого зв'язку особи з її відокремленим анатомічним/біологічним матеріалом, внаслідок дозволеного нею повного знеособлення персональних даних, є підставою для виникнення права володіння, користування та розпорядження знеособленим біологічним матеріалом у суб'єкта, який отримав дозвіл на знеособлення, в межах встановлених законодавством та згодою особи, від якої біологічний матеріал походить. Генетичний аналіз такого анатомічного/біологічного матеріалу з метою реанонізації особи чи отримання даних про генетично споріднених з нею осіб забороняється.

Смерть особи не є підставою для автоматичного переходу прав на її відокремлений анатомічний/біологічний матеріал чи неімплантовані ембріони до суб'єкта, що здійснює його зберігання на законних підставах, крім випадку, коли особа в письмовій формі за життя розпорядилася щодо передачі прав на її відокремлений анатомічний/біологічний матеріал чи неімплантовані ембріони на випадок своєї смерті, якщо таке розпорядження не виходить за межі, встановлені законодавством та моральними засадами суспільства.

Анатомічні/біологічні матеріали та неімплантовані ембріони людини повинні використовуватися та зберігатися лише в таких умовах, щоб забезпечити їх безпеку та конфіденційність інформації, яку можна з них отримати.

Користування та розпорядження анатомічними/біологічними матеріалами та неімплантованими ембріонами людини з метою отримання прибутку забороняється.

Зазначене формулювання встановить чіткі межі використання людського анатомічного/біологічного матеріалу та ембріонів, а саме:

– вирішить проблему із переходом від законних представників прав розпорядження анатомічним/біологічним матеріалом дитини до неї самої з отриманням нею повної цивільної дієздатності;

– врегулює питання передачі біологічного матеріалу недієздатних осіб для важливих дослідницьких цілей;

– забезпечить права осіб, чиї біологічні матеріали зберігаються без знеособлення даних про них від несанкціонованого використання їх біологічного матеріалу та генетичних даних, що в них містяться;

– встановить заборону використання знеособленого анатомічного/біологічного матеріалу від незаконного отримання із нього шляхом генетичних досліджень інформації про особу носія цих генетичних даних чи генетично споріднених із нею осіб;

– врегулює специфіку переходу прав на анатомічний/біологічний матеріал, ембріони після смерті особи;

– встановить заборону комерціалізації людського анатомічного/біологічного матеріалу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17 травня 2018 року № 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 28. Ст. 232. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19> (дата звернення: 26.12.2022).

2. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я : Постанова Кабінету Міністрів України від 02 березня 2016 року № 286. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/286-2016-%D0%BF#Text> (дата звернення: 26.12.2022).

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 26.12.2022).

4. Савицкая А.Н. Гражданская ответственность государственных органов за вред, причиненный их должностными лицами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1953. 18 с. С. 4.

5. Стеценко С.Г., Стеценко В.Ю., Сенюта І.Я. Медичне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / за заг ред. С.Г. Стеценка. Київ : Правова єдність, 2008. 507 с.

6. Медичне право України : збірник нормативно-правових актів / упоряд. і наук. ред. Н.Б. Болотіна. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. 412 с. С. 121.

7. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина: академічний курс : підручник. 3-є вид., допов. Київ : Дакор, 2013. 672 с.

8. Спасибо-Фатеева І. Об'єкти права власності: напрями модернізації права України. *Право власності: європейський досвід та українські реалії* : збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). Київ, 2015. 324 с.

9. Пунда О.О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини : монографія. Київ, 2005. 436 с. С. 215.

10. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печеный и др. ; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. 720 с. С. 212.

11. Сліпченко С.О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія. Харків : Діса плюс, 2013. 552 с. С. 300–301.

12. Мар'юк І.І. Захист соматичних прав людини в українському та зарубіжному законодавстві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/23981/%ce> (дата звернення: 27.12.2022).

13. Шишка О.Р. Соматичні права та перспективи розвитку їх в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. № 59. С. 284–292. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/23981/%ce> (дата звернення: 27.12.2022).

14. Стефанчук Р.О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України : монографія. Хмельницький : Видавництво Хмельницького ун-ту управління та права, 2006. 170 с. С. 96.

УДК 347.121.2

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.10>

КАТЕГОРІАЛЬНИЙ АПАРАТ ТЕОРІЇ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЯК ПІДҐРУНТЯ ДЛЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Кохановський Велеонін Олексійович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри приватного права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана



Статтю присвячено аналізу особливостей категоріального апарату теорії немайнових прав, поняттям і визначенням, які в ній використовуються у сучасних наукових дослідженнях філософського, соціального, правового спрямування, і передусім у цивільному праві, що дозволяє з'ясувати їх справжній глибокий зміст, доповнити існуючі тлумачення. Для вірного використання таких понять, як: «немайнові права», «особисті немайнові права», «особа», «особистість», «індивідуальне», «людське», «особистісне», «індивідуум», «індивідуальність», «приватний» тощо у праві і конкретно – у цивільному праві автор вважає необхідним зробити наголос на основній ознаці юридичної самостійності особистості – визнанні її носієм суб'єктивних прав, здатним ефективно протистояти владі суспільства і держави задля набуття справжньої юридичної самоцінності. У статті переосмислюється змістовне і смислове навантаження категоріального апарату сфери немайнових прав у період докорінних змін у всіх сферах життя людства задля поглиблення теорії немайнових прав у цивільному праві. Робиться висновок про те, що людиною і індивідом народжуються; особистістю (індивідуумом) стають, усвідомлюючи свою соціально-психологічну сутність в результаті засвоєння суспільних форм свідомості і поведінки; в той час як індивідуальність людини формується протягом усього її життя і має відстоюватися нею у процесі соціальних контактів. Пропонується називати права, закріплені у Главі 21 Книги 2 ЦК України, «немайновими правами, що пов'язані із природним походженням людини (права індивіда)»; водночас права, які закріплені у Главі 22 Книги другої ЦК України, – «немайновими правами фізичної особи – людської особистості (індивідуальні права)». Аргументується висновок про те, що «немайнові» – це єдина об'єднуюча для цих прав ознака, а «особистими» можуть бути як немайнові, так і майнові права. Книгу другу ЦК України пропонується доповнити главою «Немайнові права юридичної особи» і включити в неї ті немайнові права, яких потребує організація, утворена людиною і яка є окремим суб'єктом цивільних прав. Проведено аналіз змісту ч.1 ст.1 ЦК України і аргументована необхідність сформулювати її у новій редакції, закріпивши положення про те, що цивільним законодавством регулюються немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), замість словосполучення «особисті немайнові та майнові відносини».

Ключові слова: немайнові права, теорія немайнових прав, категоріальний апарат немайнових прав, оновлення Цивільного кодексу України, особисті немайнові права, людина, особистість, індивідуум.

Kokhanovskyi Veleonin. The categorical apparatus of the theory of non-property rights as a basis for updating the Civil Code of Ukraine

The article is devoted to the analysis of the features of the categorical apparatus of the theory of non-property rights, the concepts and definitions used in it in modern scientific studies of a philosophical, social, legal direction, and above all in civil law, which allows us to find out their true deep meaning and supplement existing interpretations. For the correct use of such concepts as: 'non-property rights', 'personal non-property rights', 'person', 'personality', 'individual', 'human', 'personal', 'individual', 'individuality', 'private', etc. in law and specifically – in civil law, the author considers it necessary to emphasize the main feature of legal independence of an individual – recognition of him/her as the bearer of subjective rights, capable of effectively

resisting the power of society and the state in order to acquire true legal self-worth. The article rethinks the substantive and meaningful load of the categorical apparatus of the sphere of non-property rights in the period of radical changes in all spheres of human life in order to deepen the theory of non-property rights in civil law. It is concluded that people and individuals are born; they become a person (individual), realizing their social and psychological essence as a result of assimilation of social handicaps of consciousness and behaviour; while a person's individuality is formed throughout his life and must be defended by him in the process of social contacts. It is proposed to call the rights enshrined in Chapter 21 of Book 2 of the Central Committee of Ukraine 'non-property rights related to the natural origin of a person (individual rights)'; at the same time, the rights enshrined in Chapter 22 of the Second Central Committee of Ukraine 'non-property rights of a natural person – a human personality (individual rights)'. The conclusion is argued that 'non-property' is the only unifying feature for these rights, and 'personal' can be both non-property and property rights. It is proposed to supplement the second book of the Central Committee of Ukraine with the chapter 'Non-property rights of a legal entity' and include in it those non-property rights that are needed by an organization formed by a person and which is a separate subject of civil rights. An analysis of the content of Part 1 of Article 1 of the Civil Code of Ukraine was conducted and the need to formulate it in a new version was argued, establishing the provision that non-property and property relations (civil relations) are regulated by civil law, instead of the phrase 'personal non-property and property relations'.

Key words: non-property rights; theory of non-property rights; categorical apparatus of non-property rights; update of the Civil Code of Ukraine; personal non-property rights; person; personality, individual.

Постановка проблеми. Прогресивні мислителі XIX століття, аналізуючи права особистості, її конкретні особливості, виходили передусім із необхідності існування формальних умов, необхідних для незалежного юридичного становища особистості, визначали найважливіші права людини як особистості, аналізували ступінь їх захищеності. Одночасно вироблявся категоріальний апарат таких прав, відшукувались найбільш чіткі формулювання.

Нині для вірного використання таких понять, як: «немайнові права», «особисті немайнові права», «особа», «особистість», «індивідуальне», «людське», «особистісне», «індивідуум», «індивідуальність», «приватний» тощо у праві і конкретно – у цивільному праві – наголос необхідно робити, так само як і на початку теоретичного осмислення цих проблем в історично віддалені від сьогодення періоди, на основній ознаці юридичної самостійності особистості – визнанні її носієм суб'єктивних прав, а отже, так само як це було в історично віддалені часи, важливо нарешті звільнити особистість від поглинання її суспільством, визнати насправді самостійним суб'єктом прав, який володіє правоздатністю і дієздатністю, в тому числі деліктоздатністю, правочиноздатністю тощо і наділити її реальною самостійною силою, яка б насправді могла нарешті ефективно

протистояти суспільству, державі і їх владі, набуваючи власну юридичну самоцінність. Людина як жива істота, з усіма її біологічними і фізіологічними особливостями, таким чином стане ще й **особистістю**, а отже, зможе об'єднати нарешті усі свої природні і соціальні особливості як **особа** – суб'єкт цивільних прав, носій суб'єктивних цивільних прав і суб'єктивних цивільних обов'язків. Таким чином, переосмислення змістовного навантаження категоріального апарату сфери немайнових прав у період докорінних змін у всіх сферах життя людства у світі і нашій країні дозволить поглибити теорію немайнових прав у цивільному праві, збагативши її останніми наробками правової думки.

Метою статті, таким чином, є аналіз категорій, які склали фундамент теорії особистих немайнових прав, а також формулювання власних висновків і пропозицій щодо значення і застосування понять, які сприяють подальшому її розвитку як **теорії усіх відомих нині немайнових прав** у цивільному праві України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Для того щоб звернутися до аналізу теорії немайнових прав, яка розвивається як продовження теорії особистих немайнових прав фізичної особи у цивільному праві України і яка власне розкриває, яким є реальне становище особистості

у сучасному світі загалом і у нашій країні зокрема, особливо у тих умовах війни, в яких вимушено перебуває українське суспільство, необхідно передусім приділити увагу категоріальному апарату – ряду понять, що їй притаманні, а саме таким як «людина» і «людське», «особисте» і «особистісне», «персональне» та «індивідуальне» та ряду інших. Це дозволить з'ясувати їх значення у визнанні за людською особистістю і за створеними нею організаціями найбільш повного переліку прав, захистивши усі сторони їх існування і функціонування, тим самим надійно укріпивши незалежне юридичне становище як фізичних, так і юридичних осіб. В свою чергу, подальший розвиток теорії немайнових прав в Україні, основа якої як теорія особистих немайнових прав фізичної особи була сформована цілою плеядою видатних вітчизняних цивілістів, а саме Р.О. Стефанчуком [1], Л.В. Красицькою [2], Г.А. Мироною [3], О.О. Посикалюком [4], С.І. Чернооченко [5], С.І. Шимон [6, с. 170 – 192], О.В. Синегубовим [7], С.О. Сліпченком [8] та ін., сприяв появі сучасного інституту немайнових прав у приватному праві, про який йдеться в ряді публікацій [9, с. 93–104]. Це, на нашу думку, стало запорукою подальшого врегулювання як особистих немайнових відносин фізичних осіб, так і низки інших немайнових відносин, які виникають між фізичними і юридичними особами. Праці розробників чинного ЦК України Н.С. Кузнецової [10, с. 273–287], А.С. Довгерта [11, с. 17–22], Я.М. Шевченко [12] та ряду інших науковців надихають на розробку сучасних теорій немайнових відносин для оновлення ЦК України і поступового перетворення його в кодекс принципів у названій сфері.

Питання поняття, сутності людини, її призначення, місця у природі завжди були в центрі уваги філософів, наукових пошуків біологів, медиків тощо. Право також цілком зосереджено на людині, її правах, обов'язках, відносинах, в які вона вступає та інших важливих сторонах її життя. Людина передусім розглядається як біологічний вид живих істот, який вирізняється цілою низкою якостей, серед яких представники різних галузей науки називають: наявність інтелекту, свідомість,

здатність мислити і здійснювати вільний вибір, вміння брати відповідальність за власні дії, наявність моральних суджень, вищих емоцій, традицій, здатність мислити, стверджувати, заперечувати, рахувати, планувати, фантазувати, знати про свою смертність, і навіть наявність почуття гумору, здатність створювати щось нове, бути суб'єктом суспільно – історичної діяльності і культури [13]. Усе вищезазначене дозволяє проаналізувати термінологію, що використовується у сфері немайнових прав і зробити власні висновки щодо їх відповідності змісту приватноправових категорій.

Виклад основного матеріалу. В теоретичних дослідженнях у сфері прав людини звертається увага на те, що невід'ємні і невідчужувані права належать людині тому, що вона є людиною. Їх ще традиційно називають **моральними**, або **природними** правами, тобто такими, що випливають із самої людської природи кожного індивіда, головне призначення яких у тому, щоб підтримувати в людині почуття власної гідності. Водночас **особисте** життя розглядається зазвичай як **особлива частина приватної сфери людської життєдіяльності**, яка полягає в різноманітних відносинах, стосунках, явищах, подіях і таке інше, що не мають публічного значення, визначається і регулюється самою особою. **Особисте** життя, а також **сімейне** життя формують сферу поняття життя **приватного**.

В різні історичні періоди немайнові права називали **вченням про права особистості** (XVIII – початок XIX століття); в процесі повернення до ідей природного права – **теорією прав особистості і правом на індивідуальність**; людина визнається такою, що має **право людської особистості** (якою б дивакувалою вона не була); пізніше (у XIX–XX столітті) філософами і правознавцями вивчалась **проблема «нематеріальних інтересів»**, які є наслідком усвідомлення людиною свого я і всього спектру своїх прагнень; в подальшому у суспільстві розвивається **духовна діяльність**, яка має за мету створення нематеріальних, духовних благ, отже, йдеться про **духовні права**.

Отже, виходячи із наведеного, можна помітити поступове формування

термінологічного калейдоскопу у сфері прав людини з поняттями **«духовні права»**, а також **«моральні права»** у найчастішому використанні, які нерозривно пов'язані із розумінням поняття **«моральної шкоди»** і компенсацією (або як зазначено у чинному ЦК України), «відшкодуванням» **моральної шкоди**.

Щодо поняття **«особистість»**, то воно несе дещо специфічне смислове навантаження – під ним розуміється передусім стійка система соціально значущих рис, що характеризують особу як члена того чи іншого суспільства або спільноти, що визначає суспільну сутність людини, пов'язану із засвоєнням різноманітного виробничого і духовного досвіду суспільства і характеризується п'ятьма основними характеристиками: екстраверсією, доброзичливістю, свідомістю, невротизмом і відкритістю до досвіду [14]. Таким чином, **особистість** – це вже **конкретна людина, яка є представником певного суспільства**, певної соціальної групи, яка займається конкретним видом діяльності, усвідомлює своє ставлення до навколишнього світу і наділена певними індивідуально – психологічними відмінностями [15]. Тому коли треба визначити категорії **«особисте»**, **«особисто»**, **«особисті права і свободи»**, то логічно звернути увагу і на пояснення таких зрозумілих для побутового вжитку словосполучень, як *особиста територія, особистий час і особисті інтереси, особисті справи, особистий персональний простір*, що пов'язані власне із особою людини – нею самою, персонально, безпосередньо, не через когось. Це також погляд конкретної особи на *будь-що, ставлення до чогось відповідно до переконань, смаків, уподобань; юридичні можливості фізичного, духовного та інтелектуального існування людини*, якщо звернутися до правового розуміння статей 27–35 Конституції України. Згідно з поясненнями тлумачних словників **особистими** також бувають: рахунок, дані, власність; справа тощо. Здійснювати щось **особисто** означає – за безпосередньої участі людини; можна також брати участь у чомусь **особисто; особистою**, тобто такою, що належить самій людині, історично була *особиста власність, особисті речі*; ми говоримо про **особисте**

також у психологічному сенсі, коли воно глибоко відчувається, пов'язане із власними думками і переживаннями людини. Словник синонімів і антонімів перераховує **синоніми слова «особистий»** – це і персональний, і приватний, і власний, і інтимний; а також антоніми – заочний, суспільний, чужий, відчужений, знеособлений. Англійською мовою **«особистий»** перекладається як «personal» (*персональний*), «private» (*приватний*), що впливає на використання цих понять і їх розуміння у сфері міжнародних актів і законодавства про права людини. Вважається також, що категорія **«особистий»** походить від слова «особа», про лінгвістичне значення якого йшлося вище, додамо до цього лише те, що **особа** розглядається також як людський індивід і суб'єкт соціальних та юридичних відносин і свідомої діяльності.

Із усього вищесказаного можна зробити **проміжний висновок** про те, що слово **«особистий»** застосовується не лише до сфери **біологічно-психологічного життя особи**, а і до сфери **усіх соціальних, в тому числі і матеріальних контактів**, оскільки ми говоримо (*або в історичному контексті говорили*) також про **особисту власність, особисті речі, особистий рахунок** тощо.

Для того, щоб не упустити нюансів у часто використовуваних як синоніми понять у сфері прав людини і зрозуміти чи це доречно, звернемо увагу також на поняття **«індивід»** згадане вище, під яким розуміють *окремий організм, який існує самостійно*, зокрема людина, органічний представник роду людського, тому *будь-яка людина – це індивід, незалежно від рівня її фізичного і психічного здоров'я, отже, індивідами, так само як і людиною ми народжуємось*. Логічно перейти після цих пояснень і до поняття **«індивідуальність»**, що несе зовсім інше смислове навантаження і перекладається з латини як «неподільність», тобто *сукупність своєрідних особливостей і певних властивостей людини, які характеризують її неповторність і виявляються у рисах характеру, у специфіці інтересів, якостей*, що відрізняють одну людину від іншої [14].

З точки зору філософії, якщо йдеться про набір соціальних статусів і ролей, світогляду і мети, то логічно припустити, що **люди-**

ною і індивідом народжуються; **особистістю (індивідуумом)** стають, усвідомлюючи свою соціально-психологічну сутність в результаті засвоєння суспільних форм свідомості і поведінки; в той час як **індивідуальність** людини формується протягом усього її життя і має відстоюватися нею у процесі соціальних контактів.

З цієї точки зору, можна вважати обґрунтованою назву, яка стала звичною у використанні «особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи», для прав, закріплених у Главі 21 Книги 2 ЦК України, хоча назвати їх «немайнові права, що пов'язані із природним походженням людини (права індивіда)» було б більш точно. Водночас права, які закріплені у Главі 22 Книги другої ЦК України і названі «особистими немайновими правами, що забезпечують соціальне буття фізичної особи», на сьогодні мають бути названі «немайнові права фізичної особи – людської особистості (індивідуальні права)» – щоб розмежувати перші, які з'являються із народженням людини (поки що опустимо дискусію щодо прав зачатої дитини, яку ми розглянемо в іншій статті) і нерозривно її супроводжують протягом усього життя, з другими – які набуваються з віком за умов соціалізації і ще повинні сформуватися у свідомості людини як такі, що для неї актуальні за умов соціалізації і які необхідно обстоювати, формуючи передусім власне уявлення про їх важливість саме для тої чи іншої конкретної людини, про їх перелік, обсяг, повноту тощо. Саме друга група може доповнюватись разом із розвитком суспільства, техніки, науки і самоусвідомлення людини. При цьому немайнові – це єдина об'єднуюча для цих прав ознака. Також це допоможе зрозуміти, що «особистими» можуть бути як немайнові, так і майнові права і що немає потреби у такому уточненні. Більше того, Книгу другу можна буде доповнити главою «Немайнові права юридичної особи» і включити в неї ті немайнові права, яких потребує організація, утворена людиною і яка є окремим суб'єктом цивільних прав. Так само в цій главі уточнення щодо того, що ці права особисті не потрібно, оскільки особистісні якості юридичної особи взагалі можуть викликати дискусію через різні

теорії розуміння сутності юридичної особи як такої.

Для цивільного права, таким чином, немає потреби додавати до поділу у ст.1 ЦК України до відносин, які регулюються цивільним законодавством, слово «особисті» щодо немайнових відносин, оскільки йдеться про логіку так званих «парних прав» – у даному разі це «немайнові і майнові відносини», а самий поділ як перших, про які зазначено вище, так і других має свої особливості. Навіть для такого позначення, як «особисті та інші немайнові відносини», є пояснення і воно все більше поширюється завдяки якісному і кількісному розширенню суб'єктного і об'єктного складу немайнових відносин у Концепції оновлення ЦК України [16] і в ряді робіт вітчизняних цивілістів [17, с. 93–104]; [18, с. 410]. В подальшому ознака «особистості» немайнових відносин, скоріш за все, відпаде, так само як це відбулось із історично відомими категоріями «особиста власність» і «права особистої власності», що в кінцевому рахунку були визначені у законодавстві незалежної України чітко як «права приватної власності». Крім того, підхід, що пропонується, відкриває можливість для розуміння самої сутності немайнових прав, їх різноманітності і ознак, а також для пояснення можливостей відчуження ряду правомочностей їх володільця, зокрема, коли йдеться про ряд прав, закріплених у Главі 22 ЦК України та тим, які містяться в інших книгах кодексу, іншому законодавстві, наприклад, у сфері права інтелектуальної власності, сімейному, корпоративному, інформаційному праві тощо.

В цьому контексті ми цілком солідаризуємось із думкою М.К. Сулейменова, який слушно зауважує, що «особисте право» і «немайнове право» – це два різних терміни, оскільки терміну «немайнове право» за правилами логіки повинен протистояти термін «майнові права», а терміну «особисті права» – очевидно, «неособисті права», причому слід враховувати, що існуюча концепція особистих немайнових прав ґрунтується на передбаченні, що особисті права – це завжди немайнові права, хоча це не так: особисті права можуть бути як немайновими, так і майновими і наводять в якості прикладу ділову репутацію,

яка може носити як немайновий характер для громадян і некомерційних юридичних осіб, так і майновий характер для комерційних юридичних осіб [19, с. 38]. Те саме можна сказати і про такі особисті немайнові права фізичної особи, як право на ім'я, право на захист честі і ділової репутації, на недоторканність літературного твору тощо, втім актуальним залишається питання привласнення таких прав третіми особами, що доводить небезспірність їх зв'язку з особистістю свого носія. Доречно зауважити в контексті проблеми, яка аналізується, що О.О. Кот також розрізняє «особливості захисту особистих **та інших немайнових прав**» [18, с. 410], підтримуючи, таким чином, концепцію існування «особистих прав» та «немайнових прав» як таких, що мають різне змістове наповнення, причому логічно підсумувати, що особисті права за такою логікою – лише складова усіх немайнових прав, крім яких є і ряд інших немайнових прав. Отже, вірно і те, що «немайнові права – це завжди особисті права, але особисті права – це не завжди немайнові, оскільки можуть бути також майновими правами. Тому в принципі термін «особисті немайнові права» не є невірним. Однак не можна їх вважати синонімами. І тому, якщо говорити про особисті немайнові права, то тоді слід говорити і про особисті майнові» [19, с. 38–39].

Висновки.

Аналіз термінологічної бази сфери немайнових прав, зокрема ряду понять і категорій, які в ній використовуються у сучасних наукових дослідженнях філософського, соціального, правового спрямування, і передусім у цивільному праві, дозволив з'ясувати їх справжній глибокий зміст, доповнити наявні тлумачення і зробити такі висновки і пропозиції:

1) для вірного використання таких понять, як: «немайнові права», «особисті немайнові права», «особа», «особистість», «індивідуальне», «людське», «особистісне», «індивідуум», «індивідуальність», «приватний» тощо у праві і конкретно – у цивільному праві – наголос необхідно робити на основній ознаці юридичної самостійності особистості – визнанні її носієм суб'єктивних прав, наділити її реальною самостійною силою, яка б насправді могла нарешті ефективно протистояти владі суспільства і держави задля набуття справжньої юридичної самоцінності;

2) переосмислення змістовного навантаження категоріального апарату сфери немайнових прав у період докорінних змін у всіх сферах життя людства у світі і нашій країні поглиблює теорію немайнових прав у цивільному праві, збагачує її останніми набірками правової думки;

3) аналіз понятійного апарату немайнових прав допомагає з'ясувати їх значення у визнанні за людською особистістю і за створеними нею організаціями найбільш повного переліку прав, захистити усі сторони їх існування і функціонування, тим самим надійно укріпити незалежне юридичне становище як фізичних, так і юридичних осіб, сприяє оновленню ЦК України у цих питаннях;

4) особистість – це конкретна людина, яка є представником певного суспільства, тому коли треба визначити категорії «особисте», «особисто», «особисті права і свободи», то логічно звернути увагу і на пояснення таких зрозумілих для побутового вжитку словосполучень, як особиста територія, особистий час і особисті інтереси, особисті справи, особистий персональний простір, що пов'язані власне із особою людини; юридичні можливості фізичного, духовного та інтелектуального існування людини (статті 27–35 Конституції України);

5) слово «особистий» застосовується не лише до сфери біологічно-психологічного життя особи, а й до сфери усіх соціальних, в тому числі і матеріальних контактів, оскільки ми говоримо (або в історичному контексті говорили) також про особисту власність, особисті речі, особистий рахунок тощо;

6) з точки зору філософії, якщо йдеться про набір соціальних статусів і ролей, світогляду і мети, то логічно припустити, що людиною і індивідом народжуються; особистістю (індивідуумом) стають, усвідомлюючи свою соціально-психологічну сутність в результаті засвоєння суспільних форм свідомості і поведінки; в той час як індивідуальність людини формується протягом усього її життя і має відстоюватися нею у процесі соціальних контактів;

7) можна вважати обґрунтованою назву, яка стала звичною у використанні «особисті немайнові права, що забезпечу-

ють природне існування фізичної особи», для прав, закріплених у Главі 21 Книги 2 ЦК України, хоча назвати їх «немайнові права, що пов'язані із природним походженням людини (права індивіда)» було б більш точно; водночас права, які закріплені у Главі 22 Книги другої ЦК України і названі «особистими немайновими правами, що забезпечують соціальне буття фізичної особи», на сьогодні мають бути названі «немайнові права фізичної особи – людської особистості (індивідуальні права)» – щоб розмежувати перші, які з'являються із народженням людини і нерозривно її супроводжують протягом усього життя, з другими – які набуваються з віком за умов соціалізації і ще повинні сформуватися у свідомості людини як такі, що для неї актуальні за умов соціалізації і які необхідно обстоювати, формуючи передусім власне уявлення про їх важливість саме для тої чи іншої конкретної людини, про їх перелік, обсяг, повноту тощо, отже немайнові – це єдина об'єднуюча для цих прав ознака, а «особистими» можуть бути як немайнові, так і майнові права і що немає потреби у такому уточненні;

8) Книгу другу пропонується доповнити главою «Немайнові права юридичної особи» і включити в неї ті немайнові права, яких потребує організація, утворена людиною і яка є окремим суб'єктом цивільних прав; уточнення щодо того, що ці права особисті, не потрібно, оскільки особистісні якості юридичної особи завжди викликають дискусію через різні теорії розуміння сутності юридичної особи як такої;

9) Ч. 1 т.1 ЦК України необхідно закріпити у новій редакції: «Стаття 1. Відносини, що регулюються цивільним законодавством. 1. Цивільним законодавством регулюються *немайнові та майнові відносини* (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників». Слово «особисті» щодо немайнових відносин додавати не потрібно, оскільки йдеться про логіку так званих «парних прав» – у даному разі це «немайнові і майнові відносини», а самий поділ як перших, так і других звісно має свої особливості;

10) для такого позначення, як «особисті та інші немайнові відносини», яке набуває сьогодні все більшого поширення через їх згадку у Концепції оновлення ЦК України і в ряді робіт вітчизняних цивілістів, термін «особисті» має лише перехідний характер; так само історично відомі категорії «особиста власність» і «права особистої власності» в кінцевому рахунку були визначені у законодавстві незалежної України чітко як «права приватної власності», отже, підхід, що пропонується, відкриває можливості для розуміння самої сутності немайнових прав, їх різноманітності і ознак, а також для пояснення можливостей відчуження ряду правомочностей їх володільця, зокрема, коли йдеться про ті, що закріплені у Главі 22 ЦК України, або які містяться в інших книгах кодексу, інших нормативних актах у сфері права інтелектуальної власності, корпоративному, інформаційному праві тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення і захисту) : монографія / відп. ред. Я.М. Шевченко. Київ : КНТ, 2007. 626 с.
2. Красицька Л.В. Цивільно – правове регулювання особистих немайнових прав громадян : монографія. Донецьк; ДІВС МВС України. 2002. 164 с.
3. Миронова Г.А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги : монографія. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 309 с.
4. Посикалюк О.О. Особисті немайнові права фізичних осіб як об'єкт цивільно-правової охорони в романській, германській та англо-американській системах приватного права. *Університетські наукові записки*. 2014. № 1. С. 46–53.
5. Чернооченко С.І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичної особи в Україні : автореферат дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Харків, 2000. 18 с.
6. Шимон С.И. Нравственно-правовые идеи и принципы института личных неимущественных прав физических лиц. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики при-*

менения: *Сб. статей и иных материалов* / под ред. Р.А. Стефанчука. Київ : Юринком Интер, 2010. С. 170–192.

7. Синегубов О.В. Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб : монографія. Харків : Золота миля, 2015. 382 с.

8. Слипченко С.А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монографія. Харьков, 2011. 336 с.

9. Кохановська О. Розвиток доктрини немайнових відносин в Україні. *Право України*. 2019. № 1. С. 93–104.

10. Кузнецова Н.С. Развитие гражданского общества и современное частное право Украины. *Кузнецова Н.С. Вибрані праці*. Київ : ПрАТ «Юридична практика», 2014. 544 с. С. 273287.

11. Довгерт А.С. Система приватного права та структура проекту Цивільного кодексу України. *Українське право. Науково-практичний часопис*. Число 1. 1997. С. 17–22.

12. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. У 2-х ч. / За заг. ред. Я.М. Шевченко ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ. Ун-т права. Київ : Концерн «Видавничий дім Ін Юре», 2004. Ч. 1. 689 с.

13. Українська Релігієзнавча Енциклопедія. URL: <https://ure-online.info/encyclopedia/filter:%D0%BA%D0%BB/>.

14. Вікіпедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/w/index.php?curid=71439>.

15. Фармацевтична енциклопедія. URL: <https://pharmenciclopedia.com.ua>.

16. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕК», 2020. 128 с.

17. Кохановська О. Розвиток доктрини немайнових відносин в Україні. *Право України*. 2019. № 1. С. 93–104.

18. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. 494 с.

19. Сулейменов М.К. Неимущественные права в законодательстве Казахстана и других постсоветских стран. *Неимущественные права: материалы междун. науч.-практич. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 25-летию Гражданского кодекса Республики Казахстан (Алматы, 19-20 сентября 2019 г.)* / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2020. 336 с.

УДК 347.45/.47

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.11>

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗІ ЗДІЙСНЕННЯ СПІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ШЛЯХОМ ІНВЕСТУВАННЯ У БУДІВНИЦТВО

Гуцуляк Володимир Казимирович,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень
Науково-дослідного інституту правотворчості
та науково-правових експертиз
Національної академії правових наук України



Статтю присвячено аналізу можливостей використання конструкції договору про спільну діяльність у сфері інвестування у будівництво. Встановлено, що договір про спільну діяльність наділений особливими юридичними властивостями, зумовленими і сферою його застосування, і специфічним режимом інвестиційної діяльності, відносини щодо якої регулюються нормами спеціального законодавства. Механізм договірного регулювання відносин зі здійснення спільної діяльності шляхом інвестування охарактеризовано як результат симбіозу та взаємоадаптації правових норм у сфері цивільно-правового регулювання відносин зі спільної діяльності і регулювання відносин щодо здійснення інвестиційної діяльності. Виокремлено кваліфікуючі ознаки договору про спільну діяльність, що здійснюється шляхом інвестування в будівництво. Важливою правовою особливістю досліджуваної договірної конструкції, яка дозволяє відмежувати такий договір від інших цивільно-правових договорів у сфері інвестування, є корреальний характер відносин між сторонами. Обґрунтовано можливість використання конструкції договору про спільну діяльність, яка здійснюється шляхом інвестування у сфері будівництва, у післявоєнній відбудові України, зважаючи на: а) гнучкість механізму договірного регулювання досліджуваних відносин; б) можливість здійснення учасниками договору інвестицій не лише у формі майнових цінностей, а й у формі професійних знань, виконання робіт чи надання послуг; в) спільний розподіл ризиків, що виникають у процесі здійснення спільної діяльності. Акцентовано увагу на суттєвому розширенні договірної свободи учасників інвестиційних відносин у частині уможливлення здійснення фінансування об'єктів житлового будівництва на основі договору про спільну діяльність, зокрема шляхом виключення фондів фінансування будівництва, фондів операцій з нерухомістю, інститутів спільного інвестування як єдино можливих інструментів інвестування та фінансування будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб. Доведено, що оновлений законодавчий підхід сприятиме активізації залучення суб'єктами цивільних правовідносин широкого спектру ресурсів для здійснення ними спільного післявоєнного відновлення зруйнованих внаслідок бойових дій об'єктів житлової інфраструктури.

Ключові слова: договір про спільну діяльність, договір простого товариства, об'єкти інфраструктури, учасник договору, інвестування, інвестиційний договір, будівництво, об'єкти житлової інфраструктури.

Hutsulyak Volodymyr. Contractual regulation of relations on implementation of joint activities through investment in construction

The article is devoted to the analysis of the possibilities of using the agreement on joint activities in the field of investment in construction. It has been established that the agreement on joint activity is endowed with special legal properties due to both the scope of its application and the specific mode of investment activity, the relations of which are regulated by the norms of special legislation. The mechanism of contractual regulation of relations on the implementation of joint activities through investment is characterized as the result of symbiosis and mutual adaptation of legal norms in the field of civil legal regulation of relations on joint activities and regulation of relations on the implementation of investment activities. Qualifying features

of the agreement on joint activity carried out by investing in construction are singled out. An important legal feature of the studied contractual structure, which allows distinguishing such a contract from other civil law contracts in the field of investment, is the correlative nature of the relationship between the parties. The possibility of using the model of the agreement on joint activities, which is carried out by investing in the field of construction, in the post-war reconstruction of Ukraine, is substantiated, taking into account: a) the flexibility of the mechanism of contractual regulation of the studied relations; b) the possibility of making investments by the participants of the contract not only in the form of property values, but also in the form of professional knowledge, performance of works or provision of services; c) joint distribution of risks arising in the process of joint activities. Attention is focused on significantly expanding the contractual freedom of participants in investment relations in terms of enabling the financing of housing construction objects based on a joint activity agreement, in particular by excluding construction financing funds, real estate transaction funds, joint investment institutions as the only possible investment and construction financing instruments with the use of non-state funds raised from individuals and legal entities. It has been proven that the updated legislative approach will contribute to the activation of the involvement of civil legal relations subjects of a wide range of resources for their joint post-war restoration of residential infrastructure destroyed as a result of hostilities.

Key words: *agreement on joint activity, contract of simple partnership, infrastructure objects, contract participant, investment, investment agreement, construction, objects of residential infrastructure.*

Значення договорів про спільну діяльність на сучасному етапі розвитку приватноправових відносин важко переоцінити, адже саме вони є дієвим інструментом договірного регулювання інноваційно-інвестиційних відносин, що складають основу актуального економічного розвитку більшості держав. Крім того, в умовах воєнного сьогодення, коли тисячі інфраструктурних об'єктів на території України пошкоджено чи знищено внаслідок повномасштабної збройної агресії російської федерації, конструкція договорів про спільну діяльність набуває пріоритетного значення у контексті організації та упорядкування діяльності з післявоєнної відбудови нашої держави за участю як вітчизняних, так і іноземних партнерів.

Як видається, саме правова конструкція договорів про спільну діяльність у цьому контексті є найбільш оптимальним і максимально гнучким інструментом відновлення зруйнованих і пошкоджених об'єктів інфраструктури. А виходячи з того, що спільна діяльність у цій сфері не може здійснюватися без залучення майнових та немайнових ресурсів, зокрема, грошових коштів, будівельних матеріалів, професійних знань та навичок тощо, цілком очевидно, що єдино доцільним юридичним способом оформлення такого партнерства є укладення договору простого товариства, легальна конструкція якого дозволяє

здійснювати спільну діяльність без створення юридичної особи.

Насамперед зазначимо, що інвестування є однією з найбільш поширених форм провадження спільної діяльності у сфері будівництва, відносини щодо якої регулюються низкою законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, серед яких чільне місце займає Закон України «Про інвестиційну діяльність». Стаття 2 цього Закону інвестиційною діяльністю визначає сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій. Інвестиційна діяльність забезпечується шляхом реалізації інвестиційних проєктів і проведення операцій з корпоративними правами та іншими видами майнових та інтелектуальних цінностей. Своєю чергою, інвестиційний проєкт – це комплекс заходів (організаційно-правових, управлінських, аналітичних, фінансових та інженерно-технічних), визначених на основі національної системи цінностей і завдань інноваційного розвитку національної економіки та спрямованих на розвиток окремих галузей, секторів економіки, виробництв, регіонів, виконання яких здійснюється суб'єктами інвестиційної діяльності з використанням цінностей відповідно до положень цього Закону. Ч. 1 ст. 9 Закону визначає, що одним із основних правових документів, який регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір, який у науці

цивільного права традиційно іменується інвестиційним.

На жаль, чинне законодавство не містить легального визначення цього договору, однак чимало його дефініцій пропонується представниками юридичної науки. Так, на думку В.В. Кафарського, інвестиційний договір є правочином між двома або кількома особами, який встановлює на певний строк права і обов'язки у відносинах між сторонами щодо вкладання всіх видів майнових та інтелектуальних цінностей в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності для отримання прибутку або досягнення соціального ефекту [1, с. 34]. У юридичній літературі інвестиційний договір визначається також як договір, однією зі сторін якого є інвестор (юридична або фізична особа або держава), а іншою – сторона, яка приймає інвестиції, – реципієнт (фізична або юридична особа), який регулює відносини з приводу довгострокового вкладення майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість (у певному вигляді, формі та кількості), в обраний об'єкт інвестування (реальний, фінансовий або інтелектуальний, які передбачені законодавством України) з метою отримання прибутку, що мають ризиковий характер [2, с. 30]. Ризик в інвестиційних договорах обумовлюється такими факторами: значним розривом у часі між укладенням договору та досягненням його мети, тобто реалізацією; сам характер інвестування передбачає передачу цінностей та включення їх у підприємницький обіг, що також має певний ступінь ризику [3].

Як зазначається з цього приводу, специфікою інвестиційного договору в будівництві є те, що в рамках такої домовленості одна сторона (інвестор) зобов'язується передати інвестиції іншій стороні (реципієнту) та прийняти у власність новозбудований об'єкт будівництва. У свою чергу, реципієнт бере на себе обов'язок прийняти, забезпечити схоронність, використати або направити інвестиції на будівництво певного об'єкта нерухомості й передати інвестору документи для реєстрації останнім права власності на об'єкт будівництва чи окрему його частину [4, с. 197]. Останнє обумовлюється положеннями ст. 4 та п. 5 ст. 7 Закону

України «Про інвестиційну діяльність», за якими інвестор має право володіти, користуватися і розпоряджатися об'єктом і результатом інвестицій. Відзначимо, що такий підхід є усталеним і в площині судової практики. Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 14 вересня 2021 року у справі № 359/5719/17 (провадження № 14-8цс21) зазначається, що нормами законодавства встановлено первинний спосіб набуття права власності на річ, на яку раніше не було і не могло бути встановлене право власності інших осіб. Саме інвестор, за кошти якого і на підставі договору, з яким був споруджений об'єкт інвестування, є особою, якою набувається первісне право власності на новостворений об'єкт інвестування. Інвестор після виконання умов інвестування набуває майнові права (тотожні праву власності) на цей об'єкт і після завершення будівництва об'єкта нерухомості набуває права власності на об'єкт інвестування як первісний власник шляхом проведення державної реєстрації речових прав на зазначений об'єкт за собою [5].

Таким чином, вбачається, що інвестиційний договір є двосторонньою або багатосторонньою домовленістю, що опосередковує відносини між інвестором/інвесторами та реципієнтом щодо вкладення (інвестування) майнових ресурсів у певні об'єкти чи процеси з метою отримання прибутку або досягнення суспільно корисного результату. Якщо говорити про зобов'язальні відносини, які виникають на підставі інвестиційного договору у сфері будівництва, відзначимо, що вони, як правило, виникають між інвестором, який здійснює майновий вклад в реалізацію інвестиційного проекту зі спорудження нового об'єкта нерухомого майна, та реципієнтом, обов'язком якого є використання інвестицій з метою спорудження об'єкта нерухомого майна і оформлення за інвестором первинного права власності на нього. При цьому основними юридичними характеристиками такого договору зазвичай є: двосторонність, взаємність, відплатність, консенсуальність, алеаторність. На перший погляд, вбачається, що правова природа інвестиційного договору суттєво відрізняється від правової природи договору про спільну діяльність; при цьому остання

обумовлюється спільною для всіх учасників метою такої діяльності, що не властиво інвестиційним договорам. Водночас слід звернути увагу на позицію Великої Палати Верховного Суду України, викладену в постанові від 29.01.2019 року у справі № 916/4644/15, яка полягає в тому, що інвестиційний договір може містити елементи різних видів цивільно-правових договорів залежно від предмета й цілей інвестування (договору про спільну діяльність, капітального будівництва, кредитування, купівлі-продажу, довірчого управління майном) [6]. При цьому дослідники за критерієм економічного змісту та юридичних ознак також відстоюють можливість віднесення конструкції договору про спільну діяльність до інвестиційних договорів [7]. З цього робимо висновок, що, виходячи із принципу свободи договору, закріпленого в ст. 3 ЦК України, та диспозитивності положення ч. 1 ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність», яка прямо не встановлює вимог до виду договору, що опосередковує зобов'язання з інвестиційної діяльності, остання може здійснюватися на підставі договору про спільну діяльність, зокрема, договору простого товариства. Про це зазначає у своєму дисертаційному дослідженні й Т.Я. Рим, який допускає існування форми безпосередньої спільної діяльності, спрямованої на здійснення вкладів у певні об'єкти з конкретною інвестиційною метою. Йдеться про договори спільної діяльності. Серед них дослідник виокремлює договори, в межах яких об'єднуються вклади і спільна діяльність для досягнення певної мети – в нашому випадку будівництва об'єкта або його капітальний ремонт. Така форма інвестиційної діяльності застосовується переважно для спорудження об'єктів виробничого та соціального призначення. За договором простого товариства можуть об'єднуватися кошти та матеріальні цінності з метою їх вкладення в об'єкти будівництва. Учасниками договору можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи. В договорах про спільну діяльність повинен бути конкретизований об'єкт будівництва. На думку автора, договір про спільну діяльність є підставою об'єднання вкладів учасників, які за своєю правовою природою є інвестиціями, але

з особливим правовим режимом. У результаті об'єднання майнових вкладів виникає режим спільної власності з певними особливостями, властивими інвестиційній діяльності [8, с. 79–80].

В цілому ми погоджуємося з дослідником у частині можливості здійснення спільної діяльності у сфері будівництва в рамках режиму інвестування, водночас вбачається, що договір про спільну діяльність, здійснювану шляхом інвестування, наділений особливими юридичними властивостями, зумовленими і сферою його застосування, і специфічним режимом інвестиційної діяльності, відносини щодо якої регулюються нормами спеціального законодавства. Фактично механізм договірної регулювання відносин зі здійснення спільної діяльності шляхом інвестування можна охарактеризувати як результат симбіозу та взаємоадаптації правових норм у сфері цивільно-правового регулювання відносин зі спільної діяльності і регулювання відносин щодо здійснення інвестиційної діяльності. При цьому сама можливість формування такої специфічної договірної моделі зумовлена існуванням значної кількості диспозитивних положень, які надають учасникам договірних правовідносин свободу волевиявлення, у тому числі ч. 2 ст. 9 Закону «Про інвестиційну діяльність», яка зазначає, що укладення договорів, вибір партнерів, визначення зобов'язань, будь-яких інших умов господарських взаємовідносин, що не суперечать законодавству України, є виключною компетенцією суб'єктів інвестиційної діяльності. Водночас при розробленні досліджуваної договірної моделі слід враховувати й імперативні законодавчі вимоги, на підставі яких той чи інший договір знаходить свою правову кваліфікацію. В цьому контексті доцільно навести тезу, викладену в постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду за результатами розгляду справи № 910/7966/21, згідно з якою оспорюваний договір (інвестиційно-підрядний) не може бути визнаний договором про спільну діяльність, оскільки обов'язки щодо здійснення конкретних дій, обумовлених його предметом, фактично покладено на одну сторону – відповідача без ознак сумісної діяльності,

спільності вкладень або ж поєднаної трудової участі. Крім того, майно (та майнові права), кошти тощо, внесені для реалізації цього договору, не є об'єднанням вкладів сторін, не є їх спільною частковою власністю, а залишаються у власності сторони, що їх внесла; частини об'єкта, що розподіляються між сторонами, не є спільною частковою власністю сторін, а належать кожній зі сторін відповідно до положень договору [9].

Таким чином, для того, щоб інвестиційний договір у сфері будівництва міг бути кваліфікований як договір простого товариства, він повинен відповідати таким юридичним ознакам: 1) спільність та єдність для усіх сторін договору мети, задля досягнення якої вони вступають у договірне правовідношення, наприклад, спільна реалізація інвестиційного проєкту зі спорудження нового об'єкта нерухомості; 2) закріплення зобов'язання сторін діяти спільно та скоординовано у процесі досягнення мети договору без створення юридичної особи із чіткою деталізацією обов'язків кожної зі сторін; 3) декларування безвідплатного характеру договору шляхом спрямування обов'язків сторін не один щодо одного, а для досягнення спільної мети договору; 4) чітка конкретизація технічних та інших характеристик об'єкта договірних правовідносин – об'єкта нерухомості, для спорудження якого сторони вступають у зобов'язання; 5) закріплення зобов'язання сторін щодо об'єднання своїх вкладів (інвестицій), якими можуть бути всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється новий об'єкт нерухомості, визначення їх правового режиму як спільної часткової власності або застосування іншого правового режиму вкладів за погодженням сторін; 6) виникнення договірної зв'язку на засадах фідучіарності, яка обумовлює координацію та узгодженість дій сторін договору в процесі досягнення спільної мети; 7) розроблення інвестиційного проєкту, у тому числі проєкту будівництва, як невід'ємної частини договору; 8) закріплення в умовах договору принципу спільного розподілу ризиків, пов'язаних із виконанням договору; 8) обов'язковість дотримання письмової

форми договору та його реєстрація в органах державної податкової служби у випадках, передбачених законом.

Таким чином, наявність вищезазначених ознак дозволяє кваліфікувати цивільно-правовий договір як договір про спільну діяльність, що здійснюється шляхом інвестування в будівництво. Важливою правовою особливістю досліджуваної договірної конструкції, яка дозволяє відмежувати такий договір від інших цивільно-правових договорів у сфері інвестування, є корреляльний характер відносин між сторонами, тобто відсутність чіткого розподілу сторін договору на інвесторів та реципієнтів. Це проявляється в тому, що кожен учасник спільної діяльності одночасно поєднує в собі функції і інвестора, здійснюючи вклади з метою досягнення спільної мети договору, при чому ці вклади можуть мати різний характер (від грошових коштів та майнових прав до виконання будівельних робіт), і реципієнта, будучи зобов'язаним спрямувати ці вклади на реалізацію інвестиційного проєкту зі спільного спорудження об'єкта нерухомості. З огляду на вказане вважаємо, що використання конструкції договору про спільну діяльність, яка здійснюється шляхом інвестування, є ефективним регулятором відносин у сфері будівництва, особливо у контексті післявоєнної відбудови України, виходячи із низки переваг, серед яких: а) гнучкість механізму договірної регуляції досліджуваних відносин, зумовлена перевагуванням диспозитивних законодавчих підходів у цій сфері; б) можливість здійснення учасниками договору інвестицій не лише у формі майнових цінностей, а й у формі професійних знань, виконання робіт чи надання послуг; в) спільний розподіл ризиків, що виникають у процесі здійснення спільної діяльності.

Принагідно відзначимо, що актуальні на сьогодні підходи до правового регулювання відносин щодо інвестування у будівництво сприяють підвищенню рівня застосування конструкції договору про спільну діяльність у цій сфері. Йдеться, зокрема, про те, що донедавна діяла норма ч. 3 ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність», за якою інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недерж-

жавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управлінні, могло здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових корпоративних облігацій. Проте 15.08.2022 р. прийнято Закон України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому», яким вищенаведена ч. 3 ст. 4 Закону «Про інвестиційну діяльність» було виключено, що

зумовило суттєве розширення договірної свободи учасників інвестиційних відносин у частині уможливлення здійснення фінансування об'єктів житлового будівництва на основі договору про спільну діяльність. Цілком очевидно, що оновлений законодавчий підхід сприятиме активізації залучення суб'єктами цивільних правовідносин широкого спектру ресурсів для здійснення ними спільного післявоєнного відновлення зруйнованих внаслідок бойових дій об'єктів житлової інфраструктури.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кафарський В.В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання : дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006. С. 34.
2. Симсон О. Критерии квалификации инвестиционных договоров. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 1. С. 30.
3. Основи інвестиційного права України : навчальний посібник. За заг. ред. В.Д. Чернадчука. 2-ге вид., перероб. і доп. Суми : ВТД «Університетська книга». Київ : Видавничий дім «Княгиня Ольга», 2005. 384 с. URL: <https://buklib.net/books/37135/> (дата звернення: 01.03.2023).
4. Комар Є.Г. Стан та шляхи удосконалення правового регулювання інвестиційних договорів у будівництві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2014. № 10-2. Том 1. С. 197.
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду України від 14.09.2021 у справі № 359/5719/17. URL: (дата звернення: 01.03.2023).
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду України від 29.01.2019 року у справі № 916/4644/15. URL: (дата звернення: 01.03.2023).
7. Вінник О.М. Інвестиційне право : навчальний посібник. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ : Правова єдність, 2009. 616 с.
8. Рим Т.Я. Правове регулювання інвестиційних відносин у сфері будівництва: цивільно-правовий аспект : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2021. С. 79–80.
9. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 27.07.2022 р. у справі № 910/7966/21. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=105562703&red=1000039345a39f6d8c5db327026471fd9e7e90&d=5> (дата звернення: 01.03.2023).

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

УДК 340.134 : 342(477)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.12>

ПРАВОВИЙ МОНІТОРИНГ – ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

Колодій Анатолій Миколайович,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник відділу науково-правових експертиз
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії правових наук України



Тернавська Вікторія Миколаївна,

кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем
правотворчості та адаптації законодавства України до права ЄС
Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії правових наук України



Конституційно-правова політика держави продукує певну стратегію і тактику розвитку правового життя, яке має своє вираження переважно у правових актах. Якість та ефективність правового інструментарію опосередковуються не лише належним застосуванням правил і прийомів юридичної техніки, але й врахуванням фактичного стану політичних та соціально-економічних відносин. Відповідно, формування стратегії і тактики конституційно-правової політики потребує системного застосування спеціальних правових засобів правової політики, серед яких першорядне значення має правовий моніторинг.

Саме тому в статті аналізуються сучасні наукові підходи до розуміння сутності правового моніторингу, його змісту, методів здійснення, суб'єктів та об'єктів реалізації, нормативних, організаційних, інстанційних, координаційних та інших засад. Представлено авторське визначення правового моніторингу. Робиться висновок, що правовий моніторинг є ефективним засобом формування і реалізації конституційно-правової політики держави, дія якого спрямована на забезпечення належної якості нормативно-правових актів, що приймаються, та їх практичну реалізацію. Вбачається за необхідне розроблення і прийняття Закону України «Про правовий моніторинг», яким передбачатиметься обов'язковість проведення правового моніторингу як на стадії проектування законних та підзаконних нормативно-правових актів, так і на стадії правозастосування, а також Порядку проведення правового моніторингу нормативно-правових актів, затвердженого, наприклад, указом Президента України або постановою Кабінету Міністрів України. Рекомендується створення єдиної державної структури, яка б здійснювала планомірну функцію моніторингу нормативно-правових актів, та запровадження електронної форми правового моніторингу з метою економічної та технічної ефективності інформаційного пошуку, автоматизації його процесу та індексування правової інформації.

Ключові слова: конституційно-правова політика, правове життя, нормативно-правові акти, правові засоби, правовий моніторинг.

Kolodiy Anatoliy, Ternavska Viktoriia. Legal monitoring – means of providing the constitutional and legal policy in Ukraine

The constitutional and legal policy of the state produces a certain strategy and tactics of the development of legal life that is mainly expressed in legal acts. The quality and efficiency of the legal means are conditioned not only by the proper application of rules and techniques of legal technique, but also by taking into account the actual state of political and socio-economic relations. Therefore, the formation of the strategy and tactics of constitutional and legal policy requires the systematic application of special legal means of legal policy, among which legal monitoring has a primary importance.

The modern scientific approaches to understanding the essence of legal monitoring, its content, methods of implementation, subjects and objects of implementation, regulatory, organizational, instance, coordination and other principles are analyzed in the article. The author's definition of legal monitoring is presented. It is concluded that legal monitoring is an effective means of forming and implementing the constitutional and legal policy of the state, the action of which is directed at ensuring the proper quality of the normative legal acts and their practical implementation. There considered that it is necessary to develop and adopt the Law of Ukraine "On Legal Monitoring", which will provide the obligatory procedure to carry out legal monitoring both at the stage of drafting legal and sub-legal normative acts and at the stage of law-enforcement, as well as the Rules of conducting legal monitoring of normative and legal acts, approved by a decree of the President of Ukraine or a regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine. It is recommended to create a single state structure that would carry out a planned function of monitoring normative and legal acts and to introduce an electronic form of legal monitoring for the purpose of economic and technical efficiency of information search, automation of its process and indexing a legal information.

Key words: *constitutional and legal policy, legal life, normative and legal acts, legal means, legal monitoring.*

Правове життя сучасного суспільства відбувається в умовах правової глобалізації та інформаційних технологій, що має своє відображення у нормативно-правових актах. Відповідно, конституційно-правова політика держави, продукуючи певну стратегію і тактику розвитку правового життя, повинна не лише належним чином застосовувати правила і прийоми юридичної техніки, але й враховувати всі вищезазначені фактори, їх позитивний і негативний вплив, з метою формування якісного та ефективного правового інструментарію.

Однак нинішня конституційно-правова політика України у більшості формується у відриві від реально існуючих соціально-економічних та політичних відносин, без врахування потреб нового постіндустріального суспільства та змін у суспільній свідомості, що ускладнює реалізацію громадянами нашої країни повною мірою наданих їм конституційних прав та законних інтересів. Все це свідчить про безсистемне застосування спеціальних правових засобів конституційно-правової політики – юридичної техніки, планування і прогнозування, моніторингу та експертизи, що порушує архітектоніку конституційно-правової політики. Річ у тім, що в системі спе-

ціальних засобів важливу і першорядну роль відіграє правовий моніторинг. Саме цей правовий засіб має застосовуватися для аналізу стану правового життя суспільства, однак не лише для контролю за виконанням чинного законодавства у процесі правореалізаційної і, зокрема, правозастосовної практики, визначаючи якість та ефективність прийнятих нормативно-правових актів, але, в першу чергу, у процесі правотворчості. Саме такий підхід закладено і в проєкті Закону України «Про правотворчу діяльність» від 25 червня 2021 року № 5707, де частина третя статті 17 визначає, що планування правотворчої діяльності має здійснюватися на основі результатів правового моніторингу, юридичного прогнозування та з урахуванням Наукової концепції розвитку законодавства України [1]. Крім того, актуальність питання моніторингу нормативно-правових актів значно зростає у зв'язку із синхронною ратифікацією Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 року (далі Угода про асоціацію) [2].

Разом з тим треба визнати, що чимало доктринальних положень правового моніторингу залишаються дискусійними, не відомими не тільки практичним працівникам, державним та муніципальним службовцям, але й науковцям, у тому числі і юристам-ученим та практикам. Триває науковий пошук єдиного підходу до розуміння його сутності, змісту, методів здійснення, суб'єктів та об'єктів реалізації, нормативних, організаційних, інстанційних, координаційних та інших засад. А тому, беззаперечно, що є доцільним теоретичне осмислення правового моніторингу і викладення його сутності у будь-яких формах [3, с. 21].

Але, насамперед, хотілося б зазначити, що поняття «моніторинг» (англ. monitoring – контроль, від лат. monitor – той, хто попереджає, застерігає, радник, консультант) загалом інтерпретується як регулярне спостереження за станом природних, технічних і соціальних процесів з метою їх оцінки, контролю та прогнозування [4, с. 764], а також передбачення нових необхідних дій і стратегій для забезпечення прогресу у досягненні поставлених цілей і одержанні найважливіших результатів [5, с. 8]. Натомість поняття «правовий моніторинг» визначається зарубіжними та вітчизняними науковцями як: а) механізм контролю правового регулювання; б) метод пізнання; в) юридична технологія; г) система спостережень, контролю, оцінок, прогнозу стану й динаміки правових процесів; д) збір, аналіз та узагальнення інформації про стан законодавства; е) система спостережень з метою аналізу й оцінки якості нормативно-правових актів, їх ефективності; є) система інформаційних спостережень, що дає можливість аналізувати й оцінювати результати нормотворчої діяльності, якість нормативно-правових актів, прийнятих певним органом та ефективність їх дії [6, с. 41]. До цих розумінь моніторингу можна додати ще багато його визначень. Так, наприклад, Н. Нарбінова, досліджуючи правовий моніторинг в контексті правової політики, визначає його як «систему безперервного спостереження, аналізу і оцінки дії нормативно-правових актів з метою прогнозування подальшого розвитку законодавства і підвищення ефективності його регулю-

ючого впливу» [7, с. 40]. Своєю чергою, І. Шутак, поділяючи думку Н. Нарбінової, зазначає, що «правовий моніторинг – це основна ланка механізму реалізації правотворчої політики, яка використовує такі інструменти забезпечення високої якості нормативно-правових актів як соціологічні дослідження, обробку та аналіз статистичних даних, прогнозування і моделювання дії майбутніх законів, комплексну експертизу законопроектів [8, с. 50–51].

Правовий моніторинг розглядають і в діяльнісному, і в інституційному аспектах. Однак, Т. Сафарова, погоджуючись, що правовий моніторинг є важливим видом державної діяльності, стверджує, що на сучасному етапі відбувається становлення нового організаційно-правового інституту з питань обліку, оцінки стану і прогнозу дії законів і підзаконних актів з метою «забезпечення зворотного зв'язку правотворчості з правозастосовною практикою, виявлення стану суспільних відносин, ефективності регуляторного впливу і якості законодавства» [9, с. 89]. Натомість І. Онищук вважає, що правовий моніторинг являє собою різновид юридичної технології, що «дозволяє максимально зблизити емпіричне і логічне в наукових дослідженнях даного роду, охопити і зв'язати воєдино не тільки методи вивчення законодавства та правозастосовної практики, але й організаційні, управлінські блоки, інституційний, функціональний та інструментальний складові його природи і змісту» [10, с. 137].

З нашої точки зору, *правовий моніторинг* є:

1) по-перше, результативним засобом контролю за якістю та ефективністю нормативно-правових актів, нормами права, що у них викладені;

2) по-друге, формою оцінювання якості та ефективності правового регулювання, через нормативно-правові акти, норми права, що у них викладені;

3) по-третє, каналом зворотного зв'язку між нормативно-правовими актами, нормами права, що у них викладені та результатами їх впливу та реалізації;

4) по-четверте, інструментом вироблення пропозицій щодо удосконалення нормативно-правових актів й правореалізаційної практики, підвищення їх якості та

ефективності, правової системи у цілому.

Ґрунтуючись на зазначеному, можна стверджувати, що було б доцільним затвердити за поняттям «правовий контроль» родові ознаки, а «нагляд» і «моніторинг» вважати видовими поняттями. Звідси, *правовий моніторинг* – це вид правового контролю, який уявляє собою реалізацію сукупності засад, підходів, принципів та методів з метою отримання знань про якість та ефективність нормативно-правових актів, норм права, що у них викладені, реалізацію їх у правових відносинах, удосконалення нормативно-правових актів, правореалізаційної практики, правової системи у цілому.

У сучасній юридичній науці, коли зазначається *система методологічної основи правових явищ* (у тому числі і правового моніторингу), стверджується, що її основою є комплексний підхід, який передбачає поєднання низки: 1) світоглядних засад: верховенства права; конституціоналізму; розподілу влад; гуманізму; лібералізму; первинності природного права; свободи; справедливості; рівності; самостійності контрольних-наглядових органів; незалежності здійснення контрольних-наглядовими органами контролю, нагляду та моніторингу; обов'язкового врахування та виконання висновків до яких дійшли контрольні-наглядові органи; незаангажованості правового моніторингу і т.д.; 2) філософських підходів: методологічного; культурологічного; антропологічного; феноменологічного; аксіологічного (ціннісного); цивілізаційного; системного; діяльнісного; 3) методологічних принципів: науковості; історизму; усебічності; об'єктивності; конкретності; плюралізму; 4) загальнонаукових методів: діалектичного; метафізичного; герменевтичного; історичного; функціонального; синергетичного; логічних (аналізу і синтезу, індукції і дедукції, абстрагування, узагальнення, порівняння, аналогія тощо); 5) спеціальних методів: соціологічного (моніторинг, спостереження, анкетування, тестування тощо); моделювання; ідеалізації; прогнозування; 6) власно-правових методів: історико-правового; порівняльно-правового; формально-юридичного та ін. При цьому беззаперечно, що соціологічний та прогностичний методи, напевно,

що є найбільш важливими, системоутворюючими методами у процесі правового моніторингу.

Видами правового моніторингу, які виокремлюються із доктринальних та нормативних джерел є:

1) за напрямами: суспільних відносин; нормативно-правових актів; правового простору; правового поля; реалізації права законодавчої ініціативи; правотворчості; правореалізаційної та правозастосовної практики; муніципальної правотворчості; корпоративний; адміністративно-юстиційний, договірних зобов'язань держав-членів Ради Європи; виконання рішень Європейського суду з прав людини. Беззаперечно, що зазначений перелік правового моніторингу за напрямами є неповним і його можна істотно доповнити;

2) залежно від стадії правового регулювання: а) передпроектний (має місце перед підготовкою проєкту нормативно-правового акта); б) правореалізаційний (здійснюється у процесі фактичного втілення нормативно-правового акта);

3) за об'єктами: а) загальний (охоплює собою реалізацію усієї системи нормативно-правових актів); б) галузевий (стосується нормативно-правових актів у певній галузі права та законодавства); в) точковий (з'ясовується якість та ефективність реалізації конкретного нормативно-правового акта, його певної частини або частин, окремих норм права);

4) за критерієм тривалості: а) постійний (безперервний); б) тимчасовий (із визначенням часу проведення); в) оперативний (реалізується у разі виявленої необхідності);

5) залежно від суб'єктів здійснення: а) національно-правовий (здійснюється національними суб'єктами); б) міжнародно-правовий (здійснюється міжнародними суб'єктами, наприклад, Управлінням Верховного комісара ООН з питань біженців) [11, с. 161-165].

Функції правового моніторингу – це головні напрями його здійснення, які відображають його сутність та соціальне призначення. Є усі підстави виокремлювати такі функції:

1) спостереження, здійснюється за сутністю, змістом, соціальним призначенням та формою діючого нормативно-правового акта або його окремих норм. При цьому

інформація, яка накопичується у процесі спостереження, може бути не тільки правовою, але й характеризуватися економічними, соціальними, ідеологічними та іншими властивостями;

2) контрольну. Враховуючи, що «контроль – перевірка відповідності контролюваного об'єкта встановленим вимогам; перевірка, облік, спостереження за чим-небудь; установи, особи, що перевіряють діяльність будь-якої іншої організації або відповідальної особи, звітність тощо» [12, с. 568], можна із повною впевненістю стверджувати, що контрольна функція правового моніторингу полягає у перевірці, обліку, спостереженні, організації звітності за якістю та ефективністю нормативно-правових актів та норм права, що у них викладені;

3) інформаційну. Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року № 2657-XII регламентує, що «інформація – будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді» [13]. Враховуючи це, інформаційна функція правового моніторингу полягає у накопиченні, збереженні та забезпеченні можливості користуватися відомостями та даними про якість та ефективність нормативно-правових актів та норм права, що у них викладені;

4) аналітичну, що реалізується шляхом, насамперед, методів аналізу та синтезу, в результаті застосування яких виводиться оцінка якості та ефективності нормативно-правового акта, окремих норм права, тобто встановлюється рівень їх спрямованості на досягнення соціально корисних результатів та забезпечення умов для реалізації громадянами, органами, організаціями, іншими соціальними інституціями своїх прав, свобод, законних інтересів та обов'язків;

5) прогностичну, сутність якої у передбаченні шляхів подальшого розвитку нормативно-правових актів, правового регулювання та правової системи України, можливості формулювати висновки про те, яким буде їх подальший стан в найближчій або віддаленій перспективі. Беззаперечно, що прогнозування повинно ґрунтуватися на перевірених фактах, мати належне наукове підкріплення і може

оформлюватися у вигляді гіпотези, припущення, концепції;

6) планову, яка стає більш наочною, якщо врахувати, що «планування – процес розробки планів, одна з функцій управління, яка полягає у визначенні послідовності здійснення наміченої на конкретний (середньо- та довгостроковий) період програми дій (розвитку) конкретного об'єкта (явища, предмета, колективу, підприємства тощо) з зазначенням її мети, змісту, обсягів, методів і засобів, строків виконання та ін.» [14, с. 565–567]. Виходячи з цього, можна стверджувати, що сутність планової функції правового моніторингу у логічному передбаченні порядку його здійснення, оптимальному розподілі і використанні методів, засобів, прогнозуванні кінцевих та бажаних результатів;

7) оціночну. Відповідно до Наказу Державного комітету статистики України «Про затвердження Методики оцінювання показників за результатами поточних обстежень підприємств із питань статистики праці» від 16 березня 2011 року № 64 оціночна функція (оцінювач) – це правило або співвідношення (формула) для оцінювання показника з використанням даних обстеження. Однак слід розрізняти поняття оціночна функція та оцінка, оскільки «оціночна функція – це функція вибірки, тоді як оцінка є її значенням, знайденим на основі реалізації вибірки» [15]. Тобто оціночна функція правового моніторингу полягає у знаходженні та використанні якісних та кількісних показників та критеріїв, на підставі яких визначається якість та ефективність нормативно-правових актів, норм права, що у них викладені.

Говорячи про *суб'єктів правового моніторингу*, є усі підстави диференціювати їх на три групи:

1) органи держави та місцевого самоврядування, наділені правом приймати нормативно-правові акти, вносити до них зміни та доповнення, припиняти їх чинність: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, місцеві ради і т. д.;

2) суб'єкти спеціально уповноважені для проведення моніторингу або суб'єкти, у складі яких є контрольна-наглядова або безпосередньо моніторингова структурні частини, а саме: Рахункова палата,

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Вища рада правосуддя, Рада національної безпеки та оборони України, Центральна виборча комісія, прокуратура, Міністерство юстиції України, інші міністерства, державні служби, державні агентства та державні інспекції і т. д.. Серед суб'єктів міжнародно-правового моніторингу можна виділити, Комісара Ради Європи з прав людини, Європейський комітет із запобігання катуванням і нелюдському або такому, що принижує гідність, поводження чи покарання (CPT), Європейський комітет соціальних прав (ECSR), Консультативний комітет з Рамкової конвенції про захист національних меншин (ACFC), Європейська комісія проти расизму та нетерпимості (ECRI) та Комітет експертів Європейської хартії регіональних мов або мов меншин (CECL) [16];

3) недержавні формування. Зокрема, до таких належать: громадська організація «Правовий моніторинг» (Київ), Transparency International, Україна (Кіровоград), Український незалежний центр політичних досліджень (Київ), Івано-Франківське відділення Інституту політичної освіти (Івано-Франківськ), громадська організація «Народний захист» (Запоріжжя), Інститут масової інформації (Київ), Центр політико-правових реформ (Київ), громадська організація «Філософія Серця» (Вінниця), інформаційно-правовий центр «Наше право» (Львів), Координаційно-експертний центр з питань регуляторної політики (Дніпропетровськ) і т. д. [17].

Вищезазначене є підставою для висновку, що суб'єктів правового моніторингу дійсно можна класифікувати на дві великі групи – конституційні (органи державної влади та місцевого самоврядування) та ініціативні (інститути громадянського суспільства), як це пропонується у деяких доктринальних юридичних джерелах [18, с. 22].

Предмет правового моніторингу складає виявлення та оцінка стану: а) непогоджень, прогалин та колізій у нормативно-правових актах; б) надлишковості або недостатності правового регулювання суспільних відносин; в) зміни чи скасування застарілих норм; г) повторення норм права або їх дублювання з нормами права в інших нормативно-правових

актах; д) наявності декларативних норм права; е) порушень юридичної техніки; є) помилок редакційного характеру тощо.

Втім, І. Онищук предметом техніки правового моніторингу визначає таке: 1) техніка створення нових проектів нормативно-правових актів; 2) техніка виявлення суперечностей, колізій і прогалин між нормами права різних нормативно-правових актів; 3) техніка зміни чи відміни застарілих норм; 4) техніка виявлення надлишковості або недостатності правового регулювання суспільних відносин; 5) техніка виявлення дублювання норм; 6) техніка аналізу нормозастосування, норм декларативного характеру; 7) техніка визнання актів такими, що втратили чинність; 8) окремі порушення законодавчої практики, юридичної техніки; 9) юридична мова та письмо (внутрішня узгодженість, логічна побудова, відповідність нормативній формі державної мови); 10) помилки редакційного характеру; 11) неаутентичність тексту тощо [10, с. 146–147].

Міжнародно-правовий моніторинг має більш вузький предмет і сферу застосування, на відміну від правового моніторингу у національному праві, а саме: зобов'язання держав, взяті відповідно до норм міжнародних договорів та інших актів, у тому числі рішень міжнародних організацій [11, с. 16].

Отже, застосування правового моніторингу дозволяє: а) виявити основні тенденції та закономірності правового регулювання відповідних суспільних відносин; б) оцінити якість, ефективність, структуру, зміст та соціальне призначення нормативно-правового акта; в) з'ясувати рівень правового регулювання у певній сфері суспільного життя; г) встановити наявність або відсутність у правовому регулюванні прогалин, колізій, неясностей, неточностей, декларативних або застарілих норм права, інших нормотворчих вад; д) сформулювати аргументовані пропозиції щодо удосконалення якості та ефективності нормативно-правових актів, норм права, що у них викладені, правового регулювання, загалом.

Об'єктом правового моніторингу є усі підстави вважати нормативно-правовий акт та його структурні частини (розділи, глави, статті, частини, пункти, підпункти,

норми права). Разом з тим треба визнати, що інколи до об'єктів правового моніторингу відносять нормативно-правовий акт та практику його застосування [18, с. 18]; галузі та інститути, які регулюють та охороняють відповідні сфери суспільного життя; сукупність нормативно-правових актів, що регулюють та охороняють окремі області суспільних відносин; окремі нормативно-правові акти та норми права [19, с. 108–109].

Ціль правового моніторингу вбачається у сприянні послідовній, якісній та ефективній реалізації нормативно-правових актів та окремих норм права і досягненні бажаних результатів їх дії, систематичному вивченні і нагляді за процесом здійснення нормативно-правових актів і їх норм [20, с. 222–223]. При цьому *під ефективною дією нормативно-правових актів*, з нашої точки зору, слід розуміти процес їх результативної реалізації, що відображається у якісному та ефективному врегулюванні та охороні правовими нормами суспільних відносин, фактів, подій, явищ, які відносяться до сфери життєдіяльності суспільства, держави та окремої особи. А тому процес забезпечення ефективності дії нормативно-правових актів передбачає *існування і виділення певної сукупності його принципів*. До яких, насамперед, слід віднести принципи:

1) дієвості, під яким розуміють реальність, фактичність та результативність врегулювання та охорони нормативно-правовими актами та нормами права, що у них викладені, суспільних відносин;

2) ефективності – означає, що мета і завдання, які висувалися до нормативно-правового акта та норм права, що у ньому викладені, вважаються досягнутими за обов'язкової умови, що очікуваний правовий ефект, засвідчений проведеним правовим моніторингом, є значно вищим, ніж затрати на розробку, прийняття, введення в дію, забезпечення нормативно-правового акта та норм права, що у ньому викладені;

3) доцільності, полягає у відповідності нормативно-правового акта та норм права, що у ньому викладені, конкретним суспільним відносинам з урахуванням їх просторового та темпорального існування і розвитку, врахування характерних осо-

бливостей суспільних відносин, правових статусів суб'єктів, що потрапляють під дію нормативно-правового акта та норм права, що у ньому викладені;

4) послідовності. Реалізація нормативно-правового акта завжди повинна бути безперервною, тобто включати усі стадії його дії, а саме інформування про його положення, їх засвоєння, прийняття рішення про організацію реалізації, безпосередню реалізацію, контроль, оцінку ефективності, планування мір по удосконаленню;

5) комплексності. Ефективна реалізація нормативно-правового акта можлива тільки за умови його забезпеченості комплексом матеріальних, юридичних, організаційних, фінансових, інституційних та інших заходів. Ігнорування якогось заходу не дозволить використати весь потенціал нормативно-правового акта;

6) системності, передбачає, що для забезпечення його ефективності необхідно враховувати вимоги норм інших нормативно-правових актів, що регулюють та охороняють однорідні або схожі суспільні відносини, а звідси слід погоджувати міри по їх виконанню. Ізольована реалізація одного нормативно-правового акта шкодить ефективності правового регулювання загалом;

7) загальності, означає, що у реалізації нормативно-правового акта повинні брати участь усі суб'єкти, що передбачені його нормами, а саме державні органи, органи місцевого самоврядування, підприємства та установи, об'єднання громадян, окремі громадяни, засоби масової інформації, тощо.

Моніторинговий процес – це комплекс правил, методів та засобів здійснення послідовних, логічно-обґрунтованих, системних стадій (етапів) органами державної влади, місцевого самоврядування, інститутами громадянського суспільства, науковими спільнотами з метою контролю, аналізу, узагальнення, оцінювання якості й ефективності нормативно-правових актів, окремих норм права та практики їх реалізації, оформлення, оприлюднення та впровадження результатів моніторингу.

Моніторинговий процес включає в себе такі стадії: підготовчу; збору інформації; моніторингової експертизи; оцінювання ефективності дії нормативно-правового

акта; прогнозування потреби у подальшому правовому регулюванні; кінцеву.

1. *Підготовча стадія передбачає:* а) визначення методологічних основ проведення моніторингу; б) здійснення постановки й конкретизації мети, завдань моніторингу, вибір його виду, коректування методології його проведення; в) розподіл обов'язків для його учасників; г) призначення керівника моніторингової групи; д) визначення напрямків дослідження і способів досягнення поставленої мети; е) визначення об'єкта моніторингу: норм права, нормативно-правового акта, групи нормативно-правових актів, що регулюють певне коло суспільних відносин, тощо.

2. *Стадія збору інформації* – здійснюється збір первинної та вторинної інформації про об'єкт дослідження на основі даних, наявних у пошукових інформаційних базах, актів правореалізації та правозастосування, судових та адміністративних актів і т.д.

3. *Стадія моніторингової експертизи нормативно-правового акта:*

1) на предмет відповідності їх норм положенням Конституції України, міжнародним нормам та чинному законодавству України;

2) на предмет ясності, ефективності, точності, детальності, доступності викладу та застосування на практиці нових норм права;

3) на предмет наявності положень нормативно-правового акта, що сприяють проявам корупції [21];

4) на предмет антидискримінаційності в рамках публічного громадського обговорення проектів нормативно-правових актів [22];

5) з точки зору відповідності даних актів правилам юридичної техніки, тощо.

4. *Стадія оцінювання ефективності дії нормативно-правового акта* включає у себе: а) визначення цілей аналізованих норм права; б) застосування методів збору й обробки інформації про дію норм права; в) встановлення співвідношення фактичного та запланованого результату дії норм права, а також цілей правового регулювання; г) змістовне тлумачення результатів проведеної оцінки.

5. *Стадія прогнозування потреби у подальшому правовому регулюванні.* На основі результатів проведеного аналізу та оцінювання якості нормативно-правового

акта, а також ефективності регулювання та охорони ним суспільних відносин здійснюється прогнозування розвитку ситуації у сфері, що досліджується. Відбувається моделювання майбутнього або майбутніх нормативно-правових актів, окремих правових інститутів та норм права. Створюється концепція нормативно-правового акта.

6. *Кінцева стадія правового моніторингу,* у процесі якої відбувається узагальнення висновків за результатами моніторингу, оформлення отриманих результатів, доведення їх до зацікавлених суб'єктів, інформування населення про результати правового моніторингу.

Особливо хотілося б наголосити, що теорія та практика правового моніторингу не є абсолютно новими у світі. Правовий моніторинг успішно застосовується в Австралії, Великобританії, Нідерландах, ФРН, Румунії, Естонії та багатьох інших державах. В зазначених країнах розроблено методичні основи правового моніторингу [23, с. 22].

Таким чином, правовий моніторинг є ефективним засобом формування і реалізації конституційно-правової політики держави, дія якого спрямована на забезпечення належної якості нормативно-правових актів, що приймаються, та їх практичну реалізацію. Наука конституційного права має активізувати свою роботу у напрямку розробки концепції удосконалення нормотворчого процесу з метою вирішення сучасних проблем розвитку національного законодавства, на підставі якої має бути розроблено і прийнято Закон України «Про правовий моніторинг», яким передбачається обов'язковість проведення правового моніторингу як на стадії проектування законних та підзаконних нормативно-правових актів, так і на стадії правозастосування. Потрібна організація більш тісного зв'язку між правотворчістю та правореалізацією, оскільки найбільш істотними причинами низької якості та ефективності нормативно-правових актів є: відсутність об'єктивної інформації про реалізацію нормативно-правових актів; незастосування необхідних підзаконних нормативно-правових актів; порушення зв'язку між правотворцем та правореалізатором. Має бути чітко визначення понять «контроль», «нагляд», «моніторинг», «оцінювання»,

«спостереження», «прогноз» та їх співвідношення між собою і на доктринальному, і на нормативному рівнях.

Нагальність прийняття такого Закону зумовлюється необхідністю врегулювання суспільних відносин, пов'язаних із визначенням якості та ефективності нормативно-правових актів та окремих норм права, прогнозуванням розвитку правового регулювання, правової системи у цілому. Деталізація згаданого закону має бути втілена, наприклад, у Порядку проведення правового моніторингу нормативно-правових актів, затвердженого, наприклад, указом Президента України або постановою Кабінету Міністрів України.

Враховуючи, що здійснення правового моніторингу нормативно-правових актів має лише рекомендаційний характер, необхідно зобов'язати існуючі контрольно-наглядові органи або органи, які мають у своєму складі контрольно-наглядові або моніторингові структури (Рахункову палату, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Вищу раду правосуддя, Раду національної безпеки та оборони України, Центральну виборчу комісію, прокуратуру, Міністерство юстиції України, інші міністерства, державні служби, державні агентства та державні

інспекції) проводити правовий моніторинг нормативно-правових актів, які регулюють та охороняють суспільні відносини у сфері їх діяльності, за певний час і у певний термін. Разом із тим потрібно обов'язково створити єдину державну структуру, яка б здійснювала необхідну для держави, а головне планомірну, функцію моніторингу нормативно-правових актів, особливо, що стосується реалізації Угоди про асоціацію від 27 червня 2014 року.

Правовий моніторинг має бути визнано складовою частиною правової реформи, що передбачає обов'язковість знання його основ для державних та муніципальних службовців, особливо контрольно-наглядових органів, як критерію при атестації.

Правовий моніторинг має велике значення для демократизації державного управління, поінформованості громадськості про нормативні засади та стан розвитку правового життя, а також для підвищення рівня правосвідомості і правової культури суспільства в цілому. Тому важливим є запровадження електронної форми правового моніторингу з метою забезпечення економічної та технічної ефективності інформаційного пошуку, автоматизації його процесу та індексування правової інформації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про правотворчу діяльність : проект Закону від 25.06.2021 р. № 5707 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72355.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Міжнародний документ від 27 червня 2014 р. (ратифікована Законом № 1678-VII від 16 вересня 2014 р. / Європейське співтовариство. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text.
3. Оніщенко Н.М. Правовий моніторинг: від теорії до практики. *Альманах права*. 2019. Випуск 10. С. 21–26.
4. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 2001. Т. 3: К – М. 792 с.
5. Handbook on planning, monitoring and evaluating for development results. United Nations Development Programme. UNDP 2009. 220 p.
6. Онищук І.І. Правовий моніторинг: проблеми методології, теорії та практики : монографія. Івано-Франківськ – Дрогобич : Коло, 2017. 512 с.
7. Нарбинова М.М. Мониторинг законодательства и правоприменительной практики как инновационный институт. *Государственное управление и государственная служба*. 2013. С. 39–41.
8. Шутак І.Д. Правовий моніторинг: застосування прогностичного методу. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2014. № 2. С. 47–57.
9. Сафарова Т.С. Правовой мониторинг в контексте правовой политики Республики Казахстан: теоретико-аналитический аспект. *Қазақстан Республикасы Заңнама институтының жаршысы*. 2015. № 4(40). С. 88–91.

10. Онищук І.І. Концепція правового моніторингу в Україні. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2014. № 2. С. 135–151.
11. Анцупова Т. Поняття та сутність міжнародно-правового моніторингу у контексті права Ради Європи. *Юридичний вісник*. 2013. № 2. С. 161–165.
12. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
13. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.
14. Юридична енциклопедія: В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 2002. Т. 4: Н – П. 720 с.
15. Про затвердження Методики оцінювання показників за результатами поточних обстежень підприємств із питань статистики праці : Наказ Державного комітету статистики України від 16.03.2011 р. № 64. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/TM043055>.
16. Gauthier de Beco. Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe. *Routledge Research in Human Rights Law*, 2011. 248 p.
17. Ініціатива, партнерство, відкритий уряд. Громадська оцінка першого року впровадження (липень 2013). URL: ogr.gov.ua/sites/.../First%20year_cs_19_07_2013.pdf.
18. Градова Ю.В. Поняття, об'єкти та суб'єкти правового моніторингу. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2009. № 4(47). С. 14–23.
19. Іванчук В.Є. Правовий моніторинг як категорія юриспруденції. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)* : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ.конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С.В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 1. С. 107–110.
20. Загальна теорія держави і права / За редакцією академіка АПрН України, доктора юридичних наук, професора В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком, 1997. 317 с. С. 222–223.
21. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 49. Ст. 2056.
22. Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проектів нормативно-правових актів : Постанова Кабінету Міністрів України від 30.01.2013 р. № 61. *Офіційний вісник України*. 2013. № 9. С. 51. Ст. 343.
23. Нижник Н., Гуменюк І., Муза О. Концептуальні основи утвердження правового моніторингу в Україні. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 4(75). С. 21–29.

УДК 342.742.5: 343.233.3

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.13>

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УЧАСТІ ЦИВІЛЬНИХ ОСІБ У ЗАХИСТІ УКРАЇНИ

Кузнецов Віталій Володимирович,

orcid.org/0000-0003-1727-4019

доктор юридичних наук, професор,

головний науковий співробітник

відділу науково-правових експертиз

Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України



У статті розглянуто окремі положення нормативно-правових актів, які регулюють участь цивільних осіб у захисті України. Здійснено класифікацію цивільних осіб, які беруть участь у захисті України, на такі види: 1) особи, які за наближення ворога добровільно взялися за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися; 2) особи, які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій Збройних сил; 3) члени добровольчих формувань територіальної громади. Установлено певні розбіжності у правовому забезпеченні вказаних категорій цивільних осіб, які беруть участь у захисті України. Місцем участі цивільних осіб у захисті Вітчизни визначена територія, яка підконтрольна Україні (для членів добровольчих формувань територіальної громади) і яка тимчасово окупована (для осіб, які чинять спротив ворогу на власний розсуд, та осіб, які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій Збройних сил; для членів добровольчих формувань територіальної громади).

Проведене дослідження правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України засвідчило наявність певних прогалин в окремих нормативно-правових актах. Автором висловлено певні пропозиції щодо їх усунення. Зокрема, запропоновано узгодити положення законів України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» та «Про основи національного спротиву»; у Законі України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» пропонується передбачити чіткі умови щодо застосування зброї; Кабінету Міністрів України рекомендовано підготувати та затвердити Положення про рух опору й механізм виплати винагороди військовослужбовцям, громадянам України винагороди за добровільно передану Збройним силам придатну для застосування бойову техніку держави-агресора; унормувати права та обов'язки осіб, залучених до конфіденційного співробітництва; передбачити додаткові повноваження щодо активної фізичної протидії агресору в Законі України «Про основи національного спротиву».

Ключові слова: вогнепальна зброя, добровольче формування територіальної громади, збройна агресія, Збройні сили України, Кримінальний кодекс України, нормативно-правові акти, обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, сили опору.

Kuznetsov Vitalii. Problems of regulatory and legal support for the participation of civilians in the defense of Ukraine

The article examines certain provisions of normative legal acts that regulate the participation of civilians in the defense of Ukraine. Civilians participating in the defense of Ukraine have been classified into the following types: 1) persons who voluntarily took up arms in order to resist the invading troops when the enemy approached; 2) persons who cooperate on a voluntary and confidential basis with the Special Operations Forces of the Armed Forces; 3) members of voluntary formations of the territorial community. Certain discrepancies in the legal provision of the specified categories of civilians participating in the defense of Ukraine have been established. The area of civilians' participation in the defense of the Motherland is the territory under the control of Ukraine (for members of voluntary formations of the territorial community) as well as temporarily occupied territory (for persons who resist the enemy at their own discretion and persons who cooperate on a voluntary and confidential basis with the Special Operations Forces of the Armed Forces; for members of voluntary formations of the territorial community).

The conducted study of the legal support for the participation of civilians in the defense of Ukraine testified to the presence of certain gaps in certain regulatory and legal acts. The author offered certain suggestions for their elimination. In particular, it is proposed to harmonize the provisions of the laws of Ukraine «On ensuring the participation of civilians in the defense of Ukraine» and «On the foundations of national resistance»; the Law of Ukraine «On ensuring the participation of civilians in the defense of Ukraine», to provide clear conditions regarding the use of weapons. The Cabinet of Ministers of Ukraine is recommended to prepare and approve the Regulations on the Resistance Movement and the mechanism for payment of rewards to military personnel and citizens of Ukraine for voluntarily transferred suitable for use military equipment of the aggressor state to the Armed Forces; regulate the rights and obligations of persons involved in confidential cooperation; provide additional powers regarding active physical resistance to the aggressor in the Law of Ukraine «On the Basics of National Resistance».

Key words: firearms, voluntary formation of a territorial community, armed aggression, the Armed Forces of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine, normative legal acts, circumstances excluding the criminal illegality of an act, resistance forces.

Збройна агресія Російської Федерації (РФ) проти України, як ми вже зазначали, спонукала законодавця через прийняття відповідних нормативно-правових актів обмежити монополію держави на застосування сили і розширити законні спроможності громадян щодо захисту Вітчизни [3, с. 52–53].

У попередній статті ми почали дослідження формування правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України. Це дало змогу зробити, зокрема, такі висновки: формування правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України проходило у два етапи (до 24.02.2022 та після 24.02.2022); сформульовано поняття участі цивільних осіб у захисті України; визначено види правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України; наведено нормативно-правові акти, які забезпечують участь цивільних осіб у захисті України [3, с. 55].

Однак таке дослідження не повинно мати лише теоретичне значення, воно повинно мати й практичний результат. Такий результат можливий через аналіз конкретних положень нормативно-правових актів, тому далі розглянемо окремі положення таких актів та визначимо проблеми правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України.

Аналіз указаних нормативно-правових актів дає змогу зробити висновок, що держава визначає різні категорії цивільних осіб, які беруть участь у захисті України: 1) особи, які за наближення ворога добровільно взялися за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися; 2) особи, які на добровільній та конфі-

денційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій Збройних сил (ЗС); 3) члени добровольчих формувань територіальної громади.

Місцем участі цивільних осіб у захисті Вітчизни є територія, яка підконтрольна Україні (для членів добровольчих формувань територіальної громади) і яка тимчасово окупована (для осіб, які чинять спротив ворогу на власний розсуд, та осіб, які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій ЗС; для членів добровольчих формувань територіальної громади). Щодо можливого захисту України цивільними особами безпосередньо на території країни-агресора слід зауважити, що такі нормативно-правові підстави відсутні щодо осіб, які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій ЗС та членів добровольчих формувань територіальної громади. Щодо осіб, які чинять спротив ворогу на власний розсуд, у ст. 43-1 Кримінального кодексу (КК) України жодних територіальних обмежень не передбачено. Таких осіб за КК України до кримінальної відповідальності не буде притягнуто. Безумовно, не можна виключати кримінальної відповідальності таких цивільних осіб за КК РФ та Білорусі [1]. Наприклад, у ніч із 28 лютого на 1 березня 2022 р. на території Гомельської області три особи підпалили релейну шафу з обладнанням, яке є засобом сигналізації на залізниці, щоб призупинити постачання російської зброї та техніки до Білорусі, а потім до України. Особам пред'явлено обвинувачення за такими статтями КК Білорусі: ч. 3 ст. 361-1 «Створення екстреміст-

ського формування або участь у ньому»; ч. 3 ст. 289 «Акт тероризму»; ч. ч. 2, 4 ст. 309 «Умисне приведення в непридатний стан транспортного засобу або шляхів сполучення»; ч. 1 ст. 356 «Державна зрада». Нині всі вони перебувають під вартою, їхнє майно заарештовано. За вчинення таких правопорушень чоловікам може загрозувати максимальне покарання у виді смертної кари [14].

Аналіз законодавства та офіційних повідомлень органів влади свідчить про те, що наша держава, як правило, публічно не заохочує таку поведінку цивільних осіб (громадян України) за межами України, однак і не збирається кримінально переслідувати їх. Одним із таких винятків є спільна заява Ради національних спільнот України та Уповноваженого Верховної Ради з прав людини щодо геноциду Російської Федерації проти корінних народів Росії та України. У заяві, зокрема зазначено: «...Ми звертаємося до представників наших народів, які проживають на території Росії: боріться! Повставайте проти злочинних наказів!..» [14].

Визначимо певні розбіжності у правовому забезпеченні вказаних категорій цивільних осіб, які беруть участь у захисті України.

1. Особи (це можуть бути громадяни України, а також особи без громадянства та іноземці, які на законних підставах перебувають на території України), які за наближення ворога добровільно взяли за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися, на нашу думку, найменш захищені з боку держави. Слід констатувати факт відсутності спеціальної нормативно-правової бази, яка б визначала повноваження та соціально-правовий захист таких осіб. Особливості активної фізичної протидії агресору таких пересічних осіб регламентується Розділом VIII «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Загальної частини КК України (насамперед, ст. 43-1 КК України), пунктом 3 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК України, законами України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. № 1702-IX та «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. № 2114-IX.

На нашу думку, особи, які чинять спротив ворогу на власний розсуд або за завданням Сил спеціальних операцій ЗС, не можуть віднесені до членів добровольчих формувань територіальної громади. Таких осіб, згідно зі ст. 10 Закону України «Про основи національного спротиву», не можна віднести й до руху опору, оскільки такий рух формується з осіб, прийнятих на службу у військовому резерві ЗС України та інших військових формувань [12]. Як ми вже раніше зазначали, певним недоліком формування такого руху опору є відсутність Положення про рух опору, що затверджується постановою Кабінету Міністрів України (КМУ) [3, с. 54]. Такий документ, на нашу думку, повинен визначити права та обов'язки учасників руху опору, окреслити їх соціально-правові гарантії, установити умови непритягнення до відповідальності за вчинення дій, спрямованих на захист України, тощо.

Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» хоча формально і не пов'язаний із Законом України «Про основи національного спротиву», але надає у період дії воєнного стану право громадянам України, а також іноземцям та особам без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії РФ та/або інших держав, у тому числі отримати вогнепальну зброю і боєприпаси до неї відповідно до порядку та вимог, установлених МВС України (ст. 1 Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України») [11].

Практика застосування вказаного нормативного акту пов'язана з дотриманням положень саме Закону України «Про основи національного спротиву». Слід звернути увагу, що при цьому є певна юридична неточність. Сам механізм застосування цивільними особами вогнепальної зброї і боєприпасів визначений Порядком застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони від 29 грудня 2021 р. № 1448 (Порядок № 1448), а Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті

України» наголошує на дотриманні вимог Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України, який затверджений Постановою КМУ від 10 жовтня 2018 р. № 828 [11]. Ці порядки фактично тотожні за змістом, однак якщо Закон України регулює питання надання саме цивільним особам вогнепальної зброї, то потрібно робити посилання на відповідний Порядок застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони.

Слід зауважити, що сьогодні залишається відкритим питання щодо застосування цивільними особами як трофейної зброї, так й іншої нелегалізованої (якою особа володіє без законних підстав) зброї. Як відомо, існують численні випадки вилучення (захоплення) у представників агресора цивільними особами не лише вогнепальної зброї, а й бойової техніки (наприклад, «за повідомленням Полтавської облради в області у місцевих жителів вилучили понад 7 тис одиниць зброї, боєприпасів, дві броньовані машини й 11 танків. Розпочато 92 (проти 72 за попередній період) кримінальні провадження за фактами незаконного придбання та зберігання зброї, до суду передано 47 обвинувальних актів. Разом із тим у регіоні загалом на 35% знизився рівень злочинності, у тому числі на 29,6% зменшилася кількість тяжких (із 2 166 до 1 525) кримінальних правопорушень») [15]. Замість заохочення щодо добровільної здачі такої зброї держава, навпаки, за рахунок кримінально-правових репресій намагається покарати цивільних осіб. Заради справедливості слід пригадати Закон України «Про встановлення винагороди за добровільно передану Збройним силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора» від 1 квітня 2022 р. № 2172-IX, який уже визначає розміри винагороди й для громадян за передачу певної військової техніки [10]. Однак станом на 6 лютого 2023 р. сам механізм виплати в нормативно-правових актах не

передбачений (підготовлено лише проєкт такої постанови).

Позитивними положеннями Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» є: розширення можливостей не тільки для громадян України, а також для іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, щодо отримання та застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України; передбачення підстав для виключення кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України [4, с. 240–243].

Проведений аналіз відповідних нормативно-правових актів дає змогу констатувати наявність певних *прогалів* у Законі України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»: відсутність чіткої кореспонденції із Законом України «Про основи національного спротиву»; невірне посилання в ст. 2 Закону України на Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України; відсутність чітких умов щодо застосування зброї [2, с. 110; 4, с. 240–243]; непередбачення серед знарядь відсічі агресії з боку РФ саме трофейної зброї або іншої нелегалізованої зброї. Також потребує нормативного врегулювання (постановою КМУ) механізм виплати винагороди військовослужбовцям ЗС України, інших структур сектору безпеки й оборони України, громадянам України винагороди за добровільно передану ЗС України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора.

2. Особи (громадяни України), які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій ЗС, також, на нашу думку, не повною мірою мають необхідне правове забезпечення. Серед указаних документів слід виділити Порядок відшкодування збитків у зв'язку із затриманням, арештом або засудженням незаконними органами чи формуваннями, утвореними на тимчасово окупованих територіях України, або органами чи формуваннями країни, яка здійснює збройну агресію проти

України, особам, залученим до конфіденційного співробітництва із Силами спеціальних операцій Збройних сил від 29 грудня 2021 р. № 1451 (Порядок № 1451) та Порядок надання статусу учасника бойових дій залученим до конфіденційного співробітництва особам, які брали участь у виконанні завдань руху опору на тимчасово окупованій території України, у районі проведення АТО/ООС або на інших територіях, де велися бойові дії, від 29 грудня 2021 р. № 1452 (Порядок № 1452).

Позитивними положеннями вказаних нормативно-правових актів є: надання можливості громадянам України співпрацювати із Силами спеціальних операцій ЗС; надання особам, залученим до конфіденційного співробітництва, статусу учасника бойових дій; наявність певних гарантій щодо соціально-правового захисту.

Недоліками такого нормативного забезпечення є: відсутність регламентації прав та обов'язків осіб, залучених до конфіденційного співробітництва; неможливість залучення до конфіденційного співробітництва іноземців та осіб без громадянства; недостатньо справедливі соціально-правові гарантії для таких осіб (наприклад, п. 6 Порядку № 1451, передбачає, що у разі смерті особи, залученої до конфіденційного співробітництва, збитки спадкоємцям не відшкодовуються [7]; хоча ч. 4 ст. 25 Закону України «Про основи національного спротиву» передбачає зворотне: «У разі смерті (загибелі), встановлення інвалідності або часткової втрати працездатності без установаження інвалідності, що настали у зв'язку з виконанням завдань руху опору, особи, які на добровільній та конфіденційній основі залучені до виконання завдань руху опору, або члени їхніх сімей мають право на призначення та виплату одноразової грошової допомоги, медичне забезпечення в розмірах і порядку, визначених для співробітників кадрового складу Сил спеціальних операцій Збройних сил України») [12]; відсутність додаткових повноважень щодо активної фізичної протидії агресору (регламентується, як для пересічних громадян, Розділом VIII «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Загальної частини КК України (насамперед, ст. 43-1 КК України), пунктом 3 Розділу II Прикінцевих та пере-

хідних положень КК України та Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»).

3. Члени добровольчих формувань територіальної громади (громадяни України) знаходяться, на нашу думку, у більш привілейованих умовах, оскільки законодавець та уряд розробили комплексну нормативно-правову базу регулювання діяльності добровольчих формувань територіальної громади. Однак, як зазначають парламентарі та фахівці, залишаються ще не вирішеними окремі питання щодо соціально-правового захисту таких осіб (насамперед йдеться про прирівняння гарантій таких осіб до гарантій осіб, призваних на строкову військову службу, військову службу за призовом осіб офіцерського складу, військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, військову службу за призовом осіб із числа резервістів в особливий період або прийнятих на військову службу за контрактом) [8; 9].

Особливості активної фізичної протидії агресору таких пересічних осіб регламентуються Розділом VIII «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Загальної частини КК України (насамперед, ст. 43-1 КК України), пунктом 3 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК України та Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р., Порядком № 1448.

Зокрема, частина 3 ст. 22 Закону України «Про основи національного спротиву» передбачає можливість лише для членів добровольчих формувань територіальних громад застосовувати під час виконання завдань територіальної оборони особисту мисливську зброю, стрілецьку зброю, інші види озброєння та боєприпаси до них у порядку, визначеному КМУ [12].

Однак, по-перше, указаний Порядок застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони також не регулює порядок застосування як трофейної зброї, так й іншої нелегалізованої (якою особа володіє без законних підстав) зброї [6].

По-друге, досить чіткі умови застосування, які, на нашу думку, розраховані більше на мирний час: заподіяння

мінімальної шкоди; необхідність застосування попереджувальних заходів, які повинні бути вичерпними та забезпечувати можливість для цілі відмовитися від нападу (припинити дії з його підготовки); якщо летальне застосування особистої мисливської зброї є неминучим, член добровольчого формування повинен ужити заходів для збереження людського життя [4, с. 239–240]. Такі умови не є оригінальними лише для цивільних осіб. Вони дублюють відповідні положення Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України [5]. На нашу думку, зміст цих положень розрахований більше на мирний період життя (він ускладнений умовами, яких в особливий період важко дотримуватися), чітко визначено суб'єкти та засоби самооборони (індивідуальної самооборони), визначено часові межі – під час виконання завдань територіальної оборони (п. 16 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про основи національного спротиву») [12]. Установлено невідповідність між переліком засобів самооборони (індивідуальної самооборони), який визначений Порядком № 1448 та «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України». Отже, Закон України «Про основи національного спротиву» та Порядок № 1448 не мають поширення на всіх цивільних осіб та не дають більш широких можливостей для необхідної оборони [4, с. 240].

Проведене дослідження правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України засвідчило наявність певних прогалин в окремих документах, які, сподіваємося, будуть усунуті в найближчій перспективі.

На підставі викладеного пропонуємо такі основні **ВИСНОВКИ**.

Держава визначає такі категорії цивільних осіб, які беруть участь у захисті України: 1) особи, які за наближення ворога добровільно взялися за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися; 2) особи, які на добровільній та конфіденційній основі співпрацюють із Силами спеціальних операцій ЗС; 3) члени добровольчих формувань територіальної громади.

Проведене дослідження дало змогу визначити питання, які потребують відповідного нормативного врегулювання:

а) щодо першої категорії осіб: положення Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» потребують узгодження із Законом України «Про основи національного спротиву»; у Законі України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» слід передбачити чіткі умови щодо застосування зброї, зокрема визначити серед знарядь відсічі агресії з боку РФ трофейну зброю або іншу нелегалізовану зброю; необхідно КМУ підготувати та затвердити механізм виплати винагороди громадянам України за добровільно передану ЗСУ придатну для застосування бойову техніку держави-агресора;

б) щодо другої категорії осіб: необхідно КМУ підготувати та затвердити Положення про рух опору й механізм виплати винагороди військовослужбовцям ЗСУ, інших структур сектору безпеки і оборони України за добровільно передану ЗСУ придатну для застосування бойову техніку держави-агресора; унормувати права та обов'язки осіб, залучених до конфіденційного співробітництва; у Порядку № 1451 розширити та уточнити соціально-правові гарантії для осіб, залучених до конфіденційного співробітництва; передбачити додаткові повноваження щодо активної фізичної протидії агресору в Законі України «Про основи національного спротиву»;

в) щодо третьої категорії осіб: у Законі України «Про основи національного спротиву» прирівняти гарантії таких осіб до гарантій осіб, призваних на строкову військову службу, військову службу за призовом осіб офіцерського складу, військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, військову службу за призовом осіб із числа резервістів в особливий період або прийнятих на військову службу за контрактом; передбачити в Порядку № 1448 можливість застосування членами добровольчих формувань територіальних громад як трофейної зброї, так й іншої нелегалізованої зброї; у Порядку № 1448 спростити умови застосування засобів самооборони членами добровольчих формувань територіальних громад; КМУ необхідно підготувати та затвердити механізм виплати винагороди громадянам України за добровільно передану ЗСУ придатну для застосування бойову техніку держави-агресора.

ЛІТЕРАТУРА:

1. В России и Беларуси набирает обороты партизанское движение. Как оно работает. URL: <https://masa.media/ru/site/v-rossii-i-belarusi-nabiraet-oboroty-partizanskoe-dvizhenie-kak-ono-rabotaet> (дата звернення: 22.09.2022).
2. Кузнецов В.В., Сийплові М.В. Правові аспекти легалізації обігу та застосування цивільними особами вогнепальної зброї для відсічі збройної агресії Російської Федерації. *Krakowskie Studia Małopolskie*. 2022. № 3. С. 102–121.
3. Кузнецов В.В. Формування нормативно-правового забезпечення участі цивільних осіб у захисті України. *Нове українське право*. 2022. Вип. 4. С. 50–56.
4. Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : науково-практичний коментар / А.А. Вознюк та ін. ; за ред. А.А. Вознюка, Р.О. Мовчана, В.В. Чернея. Київ : Норма права, 2022. 278 с.
5. Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України : Постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-p#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
6. Порядок застосування членами добровольчих формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1448-2021-p#top> (дата звернення: 06.02.2023).
7. Порядок відшкодування збитків у зв'язку із затриманням, арештом або засудженням незаконними органами чи формуваннями, утвореними на тимчасово окупованих територіях України, або органами чи формуваннями країни, яка здійснює збройну агресію проти України, особам, залученим до конфіденційного співробітництва із Силами спеціальних операцій Збройних Сил : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1451. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1451-2021-%D0%BF#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення засад організації, соціального, фінансового та матеріального-технічного забезпечення добровольчих формувань територіальних громад : проєкт Закону України (реєстр. № 7578 від 22.07.2022). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=74606 (дата звернення: 06.02.2023).
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення засад організації діяльності, фінансового та матеріального-технічного забезпечення добровольчих формувань територіальних громад : проєкт Закону України (реєстр. № 7578-1 від 25.07.2022). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=74613 (дата звернення: 06.02.2023).
10. Про встановлення винагороди за добровільно передану Збройним силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора : Закон України від 1 квітня 2022 р. № 2172-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2172-20#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
11. Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України : Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
12. Про основи національного спротиву : Закон України від 16 липня 2021 р. № 1702-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
13. «Рейковим» партизанам у Білорусі загрожує смертна кара за допомогу Україні. *Слово і Діло*. URL: <https://www.slovoidilo.ua/2022/06/29/novyna/suspilstvo/rejkovym-partyzanam-bilorusi-zahrozhuje-smertna-kara-dopomohu-ukrayini> (дата звернення: 06.02.2023).
14. Спільна заява Ради національних спільнот України та Уповноваженого щодо геноциду Російської Федерації проти корінних народів Росії та України від 30 вересня 2022 р. *Секретаріат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини*. URL: https://ombudsman.gov.ua/uk/news_details/spilna-zayava-radi-nacionalnih-spilnot-ukrayini-ta-upovnovazhenogo-shchodo-genocidu-rosijskoyi-federaciyi-proti-korinnih-narodiv-rosiyi-ta-ukrayini (дата звернення: 06.02.2023).
15. У місцевих жителів Полтавщини вилучили 11 танків і дві бронемашини. *ESPRESO.TV*. URL: <https://espresso.tv/u-mistsevikh-zhiteliv-poltavshchini-viluchili-11-tankiv-i-dvi-bronemashini> (дата звернення: 06.02.2023).

ЗАПОБІГАННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ



Махова Лілія Олексіївна,

orcid.org/0000-0003-1260-0014

адвокат,

старший викладач кафедри цивільного,

господарського та екологічного права

Національного технічного університету «Дніпровська політехніка»



Виприцький Андрій Олексійович,

orcid.org/0000-0002-6539-7075

кандидат юридичних наук, доцент,

Національний технічний університет «Дніпровська політехніка»

Статтю присвячено розгляду особливостей запобігання конфлікту інтересів у діяльності працівників прокуратури України. Корупція – це загроза правопорядку, демократії та правам людини, стабільності демократичних інститутів і моральним засадам суспільства. Вона руйнує належне управління, чесність та соціальну справедливість, перешкоджає конкуренції та економічному розвитку. У статті з'ясовано сутність поняття «конфлікт інтересів». Розглянуто трактування проблеми конфлікту інтересів. Зазначено, що конфлікт інтересу та форми і методи його врегулювання і запобігання йому є невід'ємними правовими інститутами будь-якої держави з розвинутою системою стримування та протипаг. Закон України «Про запобігання корупції» розрізняє два види конфлікту інтересів: потенційний та реальний. Звернено увагу на те, що уникнути потенційного чи реального конфлікту інтересів можна в колективах, де існує організована сукупність ідей, тобто система цінностей, яка об'єднує спільноту, спрямовує діяльність у потрібне для розвитку держави русло. Установлено вимоги щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, що визначені Законом України «Про запобігання корупції». У статті також говориться про те, що процесуальний характер діяльності прокурорів зумовлює певні особливості щодо застосування заходів попередження конфлікту інтересів. Також перелічено основні заходи врегулювання конфлікту інтересів: усунення особи від виконання завдання, вчинення дій, прийняття рішень чи участь у його прийнятті в умовах реального чи потенційного конфлікту інтересів; застосування зовнішнього контролю за виконанням особою відповідного завдання, вчиненням нею певних дій чи прийняття рішень; перегляд обсягу службових повноважень особи; обмеження доступу особи до певної інформації; переведення особи та іншу посаду; звільнення особи.

Ключові слова: конфлікт інтересів, прокурор, корупція, публічна служба, повноваження, самовідвід, кримінально процесуально законодавство.

Mahova Lilia, Vyprytskyi Andrii. Prevention of conflict of interests in the activities of prosecutor's office employees

The article is devoted to consideration of the features of conflict of interest prevention in activities of the Prosecutor's Office of Ukraine. Corruption is a threat law and order, democracy and human rights, democratic stability institutions and moral principles of society. It destroys good governance, honesty and social justice, prevents competition and economic development. The article clarifies the essence of the concept of «conflict interests». The interpretation of the problem of conflict of interests is considered. It is noted that the conflict of interest

and the forms and methods of its settlement and prevention are integral legal institutions of any developed state by a system of checks and balances. Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» distinguishes between two types of conflict of interest: potential and real. Attention is drawn to the fact that it is possible to avoid a potential or real conflict of interests in collectives where there is an organized set of ideas, that is, a system of values that unites the community and directs activity in the direction necessary for the development of the state. The requirements for the prevention and settlement of conflicts of interest defined by the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» have been established. The article also states that the procedural nature of the activities of prosecutors determines certain features regarding the application of measures to prevent conflicts of interest. Also listed are the main measures for conflict of interest settlement: removal of a person from performing a task, taking actions, making decisions or participating in their adoption in conditions of real or potential conflict of interests; the application of external control over the person's performance of the relevant task, his performance of certain actions or decision-making; review of the scope of official powers of a person; restricting a person's access to certain information; transfer of a person and another position; release of a person.

Key words: *conflict of interests, prosecutor, corruption, public service, authority, self-recusal, criminal procedural legislation.*

Корупція – це загроза правопорядку, демократії та правам людини, стабільності демократичних інститутів і моральним засадам суспільства. Вона руйнує належне управління, чесність та соціальну справедливість, перешкоджає конкуренції та економічному розвитку (Преамбула Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією).

Із метою подолання корупційних проявів національне і міжнародне законодавство постійно вдосконалюється: запроваджуються нові антикорупційні інституції, розширюється коло кримінально та адміністративно караних діянь, посилюється відповідальність за вчинення корупційних правопорушень, зазнає змін термінологічний апарат у досліджуваній сфері тощо.

Зокрема, із набранням чинності Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII «Про запобігання корупції» (Закон) замість єдиного поняття «конфлікт інтересів» знайшли своє законодавче закріплення дефініції «потенційний конфлікт інтересів» та «реальний конфлікт інтересів». Характерно, що результати таких перетворень вплинули не лише на практику застосування норм Закону України «Про запобігання корупції». Вони викликали потребу наукового аналізу питання співвідношення обов'язку щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, заснованого на нормах кримінального процесуального та антикорупційного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Оскільки конфлікт інтересів є соці-

ально зумовленим явищем, більшість наукових доробок у цій сфері є надбанням відомих соціологів, а також юристів та науковців, серед яких: Т.Е. Василевська, О. Гладун, Є.О. Олійник, П.Б. Волянський та багато інших.

Постановка завдання:

– Проаналізувати поняття конфлікту інтересів.

– Дослідити типи конфлікту інтересів.

– Визначити причини виникнення конфлікту інтересів.

– Указати вимоги щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів із метою запобігання та врегулювання конфлікту інтересів.

– Дослідити особливості запобігання конфлікту інтересів у професійній діяльності прокурорів.

Конфлікт інтересу та форми і методи його врегулювання і запобігання йому є невід'ємними правовими інститутами будь-якої держави з розвинутою системою стримування та противаг.

На думку П. Волянського, конфлікт інтересів – це ситуація, за якої особиста зацікавленість державного службовця може вплинути на об'єктивність виконання ним службових повноважень та функцій і за якої існує можливість виникнення протиріччя між особистою зацікавленістю державного службовця і законними інтересами громадян, організацій, суспільства, держави, що може спричинити нанесення шкоди цим законним інтересам громадян, організацій, суспільства [8].

Т. Василевська, досліджуючи питання конфлікту інтересів, надає одразу три визначення цього поняття з урахуванням запропонованої нею класифікації. На її думку, фактичний конфлікт інтересів визначається як конфлікт між суспільно-правовими обов'язками та приватними інтересами державної посадової особи, за якого її приватні інтереси (що впливають із положення посадової особи як приватної особи) здатні неправомірним чином вплинути на виконання нею офіційних обов'язків або функцій. Своєю чергою, на думку дослідниці, потенційний конфлікт інтересів виникає тоді, коли державна посадова особа має такі приватні інтереси, які можуть призвести до конфлікту інтересів, якщо цій посадовій особі належить виконувати відповідні (тобто конфліктуєчі з приватними інтересами) офіційні обов'язки в майбутньому [4, с. 109–111].

Конфлікт інтересів – це наявність у особи приватного інтересу в галузі її представницьких або посадових повноважень, що може вплинути на процес прийняття особою рішень, ужиття дій чи вчинення бездіяльності в ході реалізації своїх повноважень або ж реальна суперечність між приватним інтересом та офіційними повноваженнями, яка реально впливає на її офіційну діяльність (реальний конфлікт інтересів); це суперечність між приватним (особистим) інтересом особи та її службовими повноваженнями. Саме наявність чи відсутність у особи приватного інтересу до вирішення певного питання здебільшого буде показником, що свідчатиме про конфлікт інтересів у особи [7, с. 92–93].

Закон України «Про запобігання корупції» розрізняє два види конфлікту інтересів: потенційний та реальний.

Потенційний конфлікт інтересів – наявність у особи приватного інтересу у сфері, у якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

Потенційний конфлікт інтересів на публічній службі особливо вагомий тоді, коли він трансформується у латентну фазу та може функціонувати й далі протягом тривалого часу. Саме цей тривалий час

негативно впливає на виявлення у публічного службовця приватного інтересу та подолання цього явища. Тобто виникає ілюзія нормальних професійних відносин у публічній службі, тривалість якої залежить від характеристик публічних службовців, а потім із часом уже існують порушення спілкування, що мають такі характеристики:

- комунікативні (ізоляція, наклеп, замовчування);
- легітимні (звинувачення у несправедливості);
- прагматичні (усвідомлення різниці інтересів і віра в опозиційність партнера, охолодження відносин, відчуття загрози, перешкоди своїм цілям) [6, с. 4].

Потенційний конфлікт інтересів переходить у реальний. Реальний конфлікт інтересів – суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

Гострота конфлікту найбільше залежить від соціально-психологічних характеристик публічних службовців, а також від ситуації, що вимагає негайних дій із боку керівництва. Причинами виникнення конфлікту інтересів на державній службі є:

- різний характер публічної поведінки, ступінь освіти, життєвий досвід;
- стан комунікацій;
- розходження цілей;
- різне ранжування цінностей;
- обмеженість ресурсів, що розподіляються між групами;
- взаємозалежність завдань окремих груп;
- існування авторитетності.

Наслідками реального конфлікту інтересів є ситуація, коли приватний інтерес особи (яка виконує службові чи представницькі повноваження) вплинув (впливає) на об'єкт (об'єктивність/неупередженість під час прийняття рішення/вчинення дій/невчинення дій під час виконання своїх повноважень), тобто існує суперечність між приватним інтересом особи та її повноваженнями. Натомість наслідками потенційного конфлікту інтересів є ймовірна ситуація, коли приватний інтерес особи може

вплинути на об'єктивність/неупередженість під час прийняття рішення/вчинення дій/невчинення дій під час виконання своїх повноважень, тобто коли може існувати суперечність між приватним інтересом особи та її повноваженнями [7, с. 95–96].

Уникнути потенційного чи реального конфлікту інтересів можна в колективах, де існує організована сукупність ідей, тобто система цінностей, яка об'єднує спільноту, спрямовує діяльність у потрібне для розвитку держави русло. Це необхідний чинник формування професійних відносин у системі публічної служби, де діяльність кожного публічного службовця відіграє важливу роль у діяльності загалом та потребує великої самовіддачі. І саме для роботи на публічній службі треба ретельно підбирати кадри за призначенням, за освітою із займаною посадою, за віком та за морально-психологічними рисами, тому що цей вид діяльності завжди буде під пильним оком суспільства, довірою якого знехтувати не можна [6, с. 6].

Вимоги щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів визначено Законом України «Про запобігання корупції», відповідно до ст. 28, із метою запобігання та врегулювання конфлікту інтересів державні службовці зобов'язані:

- вживати заходів щодо недопущення виникнення реального, потенційного конфлікту інтересів;

- повідомляти не пізніше наступного робочого дня з моменту, коли особа дізналася чи повинна була дізнатися про наявність у неї реального чи потенційного конфлікту інтересів, безпосереднього керівника, а у разі перебування особи на посаді, яка не передбачає наявності у неї безпосереднього керівника, або в колегіальному органі – Національне агентство чи інший визначений законом орган або колегіальний орган, під час виконання повноважень у якому виник конфлікт інтересів, відповідно;

- не вчиняти дій та не приймати рішень в умовах реального конфлікту інтересів;

- ужити заходів щодо врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів [2].

У ст. 4 Кодексу професійної етики та поведінки прокурорів недопущення конфлікту інтересів визначено одним із прин-

ципів, на яких ґрунтується професійна діяльність прокурорів. Відповідно до ст. 14 цього Кодексу, прокурор повинен уживати всіх можливих заходів щодо недопущення виникнення реального чи потенційного конфлікту інтересів, повідомляти не пізніше наступного робочого дня з моменту, коли він дізнався чи повинен був дізнатися про наявність у нього реального чи потенційного конфлікту інтересів, безпосереднього керівника. Прокурор, який обіймає адміністративну посаду, не може прямо чи опосередковано спонукати підлеглих або інших прокурорів до прийняття рішень, учинення дій або бездіяльності на користь своїх приватних інтересів або інтересів третіх осіб [3].

У ст. 29 Закону «Про запобігання корупції» визначено заходи зовнішнього та самостійного врегулювання конфлікту інтересів. Водночас процесуальний характер діяльності прокурорів зумовлює певні особливості щодо застосування таких заходів. Зокрема, спільна процесуальна діяльність близьких осіб, наприклад чоловіка та дружини, у складі групи прокурорів у кримінальному провадженні відповідно до ст. 37 КПК України, один із яких є старшим прокурором такої групи та керує діями інших прокурорів, не підпадає під встановлене у ст. 27 Закону обмеження щодо спільної роботи близьких осіб, однак зумовлює реальний конфлікт інтересів, що має бути врегульований.

Згідно зі ст. 77 КПК України, прокурор, слідчий не має права брати участь у кримінальному провадженні, якщо він особисто, його близькі родичі чи члени його сім'ї заінтересовані в результатах кримінального провадження або існують інші обставини, які викликають обґрунтовані сумніви в його неупередженості.

Відповідно до ст. 80 КПК України, прокурор за наявності підстав, зокрема визначених у ст. 77 КПК України, зобов'язаний заявити самовідвід. Окрім того, передбачено, що наявність такої підстави надає право особам, які беруть участь у кримінальному провадженні як під час досудового розслідування, так і під час судового провадження, заявити вмотивований відвід прокурору [1].

Згідно зі ст. 81 КПК України, питання про відвід прокурора під час досудового роз-

слідування розглядає слідчий суддя, а під час судового провадження – суд, який його здійснює. Питання про відвід вирішується в нарадчій кімнаті вмотивованою ухвалою слідчого судді, судді (суду). Постановлення ухвали суду в нарадчій кімнаті здійснюється відповідно до правил, передбачених ст. 367 КПК України. Відповідно до ч. 6 ст. 22 КПК України, суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. Отже, участь у кримінальному провадженні прокурора, якщо він особисто, його близькі родичі чи члени його сім'ї заінтересовані в результатах кримінального провадження або існують інші обставини, які викликають обґрунтовані сумніви в його неупередженості, може бути підставою для скасування судового рішення [5, с. 31–32].

На підставі викладеного можна зробити деякі висновки. Поняття конфлікту інтересів доволі чітко відображене у законодавстві та відповідає основним критеріям, необхідним для його належного визначення. Нормативне відображення поняття «конфлікт інтересів» відображає базову класифікацію цього терміна на реальний та потенційний, а також включає у себе доктринальні підходи до визначення ключових елементів цих термінів у їх дефініції. Нормативне визначення конфлікту інтересів можна вважати якісно кращим за значну частину доктринальних підходів, що дає змогу ефективно використовувати його на практиці.

Основними заходами врегулювання конфлікту інтересів є:

- усунення особи від виконання завдання, вчинення дій, прийняття рішень чи участь у його прийнятті в умовах реального чи потенційного конфлікту інтересів;
- застосування зовнішнього контролю за виконанням особою відповідного завдання, вчиненням нею певних дій чи прийняття рішень;
- перегляд обсягу службових повноважень особи;
- обмеження доступу особи до певної інформації;
- переведення особи та іншу посаду;
- звільнення особи.

До перспективних напрямів наукових досліджень можна віднести особливості запобігання конфлікту інтересів у діяльності прокурорів. Адже згідно з приміткою ст. 50 Закону прокурори віднесені до службових осіб, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище. Убачається, що вказане повинно мати значення не лише в аспекті застосування до цих осіб підвищених вимог фінансового контролю (насамперед повної перевірки декларацій), а й особливого механізму запобігання конфлікту інтересів. Зокрема, у законодавстві інших країн для окремої категорії суб'єктів передбачено необхідність письмового повідомлення (заяви) про відсутність конфлікту інтересів у кожному випадку отримання відповідного завдання чи доручення. На нашу думку, це має значний запобіжний потенціал, оскільки підписання такого повідомлення спонукає особу додатково зважити всі обставини справи, з'ясувати можливі ризики, усунути сумніви та прийняти відповідальне рішення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/> (дата звернення: 26.12.2022).
2. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/> (дата звернення: 24.12.2022).
3. Кодекс професійної етики та поведінки прокурорів, затверджений Всеукраїнською конференцією прокурорів від 27.04.2017. URL: <http://www.gr.gov.ua/> (дата звернення: 25.12.2022).
4. Василевська Т.Е. Конфлікт інтересів на державній службі: етичні аспекти. *Науково-інформаційний вісник Академії національної безпеки*. 2014. № 1. С. 106–120.
5. Гладун О., Годуєва К. Засоби врегулювання конфлікту інтересів у діяльності прокурорів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 2(14). С. 26–34.
6. Кацуба О.Ю. Конфлікт інтересів на публічній службі: поняття і сутність. *Публічне адміністрування: теорія та практика*. 2017. Вип. 1(17). С. 1–12.

7. Олійник Є.О., Олійник А.С., Волкова Н.В., Ярошенко А.В. Врегулювання конфлікту інтересів на державній службі як важливий напрям адміністративної реформи в Україні. *Інвестиції: практика та досвід*. 2019. № 20. С. 91–97.

8. Волянський П.Б. Шляхи запобігання конфлікту інтересів на державній службі. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2014. № 6. URL: <http://www.du.pauka.com.ua/?op=1&z=726> (дата звернення: 23.12.2022).

9. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка ; 2-е вид., перероб. і доп. Київ : Дакор, 2017. 522 с.

10. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції». Станом на 5 вересня 2017 р. : практичний посібник / за заг. ред. В.В. Чернея Київ : Центр учбової літератури, 2017. 512 с.

11. Гудков Д.В. Недоліки механізму адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією, як віддзеркалення недоліків Закону України «Про запобігання корупції». *Право і суспільство*. 2017. № 2. Ч. 2. С. 81–85.

12. Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 (ратифіковано Законом України № 251-V від 18.10.2006).

13. Кодекс України про адміністративні правопорушення, введений у дію Постановою Верховної Ради Української РСР від 07.12.1984 № 8074-10.

14. Закон України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18.

КАТЕГОРІЇ «НОРМОТВОРЧІСТЬ» ТА «ПРАВОТВОРЧІСТЬ»: НЕОДНОЗНАЧНІСТЬ ВИЗНАЧЕННЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ



Міхайліна Тетяна Вікторівна,

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії, історії держави і права та філософії права
Донецького національного університету імені Василя Стуса



Гоцуляк Юрій Вікторович,

доктор юридичних наук, доцент,
в.о. завідувача кафедри теорії,
історії держави і права та філософії права
Донецького національного університету імені Василя Стуса



Гель Андрій Павлович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри судової медицини та права
Вінницького національного медичного університету імені М.І. Пирогова

Метою статті є уточнення та розмежування понять нормотворчості та правотворчості, а також переосмислення їх співвідношення із суміжними категоріями.

Зроблено висновок, що у вітчизняній правовій доктрині повністю розвиваються межі понять «нормотворчість» та «формування права». Зміст категорії «правотворчість» натовмість є досить усталеним, проте цей термін нерідко необґрунтовано підміняється терміном «нормотворчість».

Установлено, що нормотворчість є широкою категорією, яка виходить далеко за межі формування права, тому що охоплює виникнення усіх соціальних норм, які впорядковують поведінку у суспільстві: моральних, корпоративних, звичаєвих, релігійних, традиційних тощо. Про формування ж права слід говорити лише в тому разі, коли фактичні, не правові за своєю природою соціальні регулятори починають «виростати» із соціуму на офіційний рівень. Тобто формування права охоплює такі стадії: 1) виникнення у суспільстві певних відносин, що потребують регулювання, та їх масштабування; 2) виникнення фактичних регуляторів цих відносин неюридичної природи; 3) усвідомлення правотворцем необхідності впорядкування суспільних відносин за допомогою правових приписів (через аналіз статистичних показників, експертних оцінок, опитувань тощо); 4) правотворчість як фінальний, офіційний етап формування права.

З'ясовано, що нормотворчість співпадає за обсягом із формуванням права (правоутворенням) винятково тоді, коли йдеться про створення правових норм. Тим часом із правотворчістю нормотворчість за обсягом не співпадає узагалі. Вона є набагато ширшою категорією по відношенню до правотворчості. Рівно як і всі регулятори відносин у суспільстві (соціальні норми) є набагато більшими за обсягом, аніж право, яке є лише одним видом із таких регуляторів.

Уважається, що законотворчість є одним із видів правотворчості, що пов'язаний виключно з прийняттям парламентом законів як нормативно-правових актів вищої юридичної сили.

Наголошено на тому, що процеси тлумачення та реалізації правових норм ані нормотворчістю, ані правотворчістю не охоплюються, оскільки вони включаються в механізм правового регулювання тоді, коли правова норма вже є в наявності (тобто після закінчення правотворчості).

Ключові слова: нормотворчість, правотворчість, законотворчість, формування права, соціальні регулятори, правові норми, права і свободи людини, принципи права, правотворчість центральних органів влади, муніципальна правотворчість.

Mikhailina Tetiana, Hotsuliak Yurii, Hel Andrii. Categories «Rule-Making» and «Law-Making»: Ambiguity of Definition and Correlation in Legal Doctrine

The purpose of the article is to clarify and differentiate the concepts of rule-making and law-making, as well as to rethink their relationship with related categories.

It is concluded that the our legal doctrine completely blurs the boundaries of the concepts of «rule-making» and «formation of law». The content of the category «law-making», on the other hand, is quite well-established, but this term is often unreasonably replaced by the term «rule-making».

It is established that rulemaking is a broad category that goes far beyond the formation of law, because it covers the emergence of all social norms that regulate behavior in society: moral, corporate, customary, religious, traditional, etc. The formation of law should be discussed only when actual, non-legal in nature, social regulators begin to «grow» from society to the official level. That is, the formation of law covers the following stages: 1) the emergence of certain relations in society that require regulation, and their scaling; 2) the emergence of actual regulators of these relations of a non-legal nature; 3) awareness by the lawmaker of the need to streamline public relations with the help of legal prescriptions (through the analysis of statistical indicators, expert assessments, surveys, etc.); 4) law-making, as the final, official stage of law formation.

It is found out that rule-making coincides in scope with the formation of law (legal formation) only in cases when it comes to the creation of legal norms. Meanwhile, law-making does not coincide with law-making in terms of volume at all. It is a much broader category in relation to law-making. Just like all regulators of relations in society (social norms) are much larger in scope than law, which is only one type of such regulator.

It is considered that Law-making is one of the types of rule-making that is associated exclusively with the adoption by the Parliament of laws as normative legal acts of the highest legal force.

It is noted that the processes of interpretation and implementation of legal norms are not covered by either rulemaking or law-making, since they are included in the mechanism of legal regulation when the legal norm is already available (that is, after the end of law-making).

Key words: rule-making, law-making, formation of law, social regulators, legal norms, human rights and freedoms, principles of law, law-making of central authorities, municipal law-making.

Постановка проблеми. Цілком очевидно, що результат будь-якої дискусії не в останню чергу залежить від того, чи домовилися сторони про систему понять, якими вони оперують. Саме у цій площині знаходиться предмет цього дослідження, оскільки безліч наукових праць, присвячених аналізованій проблематиці, так і не приходять до спільного знаменника про співвідношення категорій правотворчості, нормотворчості, а також низки пов'язаних із ними термінів, таких як «формування права» (правоутворення), «законотворчість» тощо. Унаслідок цього не формується повна картина щодо питань: а чи є правом усі норми, що функціонують у суспільстві? чи одні й ті ж самі суб'єкти їх створюють? чи настають одні й ті ж самі наслідки у разі їх порушення? Як можна

побачити, питання, яке видається спочатку суто доктринальним, призводить до цілком практичної проблематики.

Стан опрацювання проблематики. Як було зазначено, питанню визначення та співвідношення правотворчості та нормотворчості присвячено численні наукові праці таких авторів, як Я. Ленгер, Ю. Лепех, Р. Песцов, О. Попова, Р. Радейко, І. Сердюк, О. Скакун, В. Шишко та багатьох інших. Проте, незважаючи навіть на наявність значної кількості вузьких спеціальних досліджень, аналізована проблематика залишається вельми неоднозначною.

Метою статті є уточнення та розмежування понять нормотворчості та правотворчості, а також переосмислення їх співвідношення із суміжними категоріями.

Виклад основного матеріалу. Слід зазначити, що в юридичній науці під час розгляду питання про створення норми права, правового акту використовуються терміни «правотворчість», «законотворчість», «нормотворчість» [1, с. 228]. Причому, що характерно, застосовуються вони нерідко безсистемно та без урахування особливостей створення інших правил поведінки, що діють у суспільстві, відмінних від права.

Характерним є те, що поняття правотворчості використовується науковцями у цілому єдинообразно та однозначно.

Так, на думку О. Попової, правотворчість – це досить складний процес, оскільки він включає у себе оцінювання та пізнання необхідних правових потреб як для держави, так і для суспільства, а також висвітлює формування і прийняття нормативно-правових актів суб'єктами нормотворчості в межах відповідної компетенції та їх процедуру [2, с. 7].

П. Рабінович визначає правотворчість як діяльність компетентних державних органів, уповноважених державою громадських об'єднань, трудових колективів або (у передбачених законом випадках) усього народу чи його територіальних спільнот із установами, зміни чи скасування юридичних норм [3, с. 103].

За визначенням І. Сердюк, правотворчість – це заснована на соціально-правовому досвіді пізнавальна за змістом та правова за формою юридично значуща діяльність уповноважених суб'єктів права (переважно органів публічної влади, їхніх посадових осіб), що має вольовий характер, плин якої проходить у процедурно-процесуальному порядку, спрямована на виявлення потреб і інтересів суспільства, закономірностей його розвитку та їх переведення на мову юридичних принципів і норм, які отримують своє зовнішнє вираження та закріплення в нормативно-правовому акті чи іншому джерелі об'єктивного права [4, с. 77].

Таким чином, більшість авторів схиляється до того, що правотворчість розуміється як діяльність компетентних органів та посадових осіб, яка спрямована на прийняття, зміну чи скасування правових норм, що здійснюється у межах їхньої компетенції та в установленому законом порядку.

Як справедливо наголошують певні автори, правотворчість не можна зводити до законотворчості, яка є монополією представницьких вищих органів держави (в Україні – Верховної Ради) у передбачених законом випадках, законотворчість – важливий складник правотворчості, який забезпечує прийняття законів [5, с. 89; 6, с. 11]. Це є безсумнівним. Тож принаймні два терміни чітко співвідносяться як ціле та частина, де ціле – це правотворчість (як діяльність зі створення всіх правових норм уповноваженими органами та посадовими особами), а частина – законотворчість (як діяльність вищих органів законодавчої влади зі створення виключно законів, тобто НПА вищої юридичної сили). Причому правотворчість здійснюється як на вищому, центральному, рівні, так і на локальному – правотворчість органів місцевого самоврядування (муніципальна правотворчість).

У підручнику за редакцією М. Козюбри правотворчість визначається як частина загального процесу правотворення – це особливий вид діяльності, притаманний спеціально уповноваженим органам, із формування, зміни або скасування правових норм, в основі яких лежать потреби та інтереси людей [7, с. 192]. Як можна побачити, власне визначення правотворчості у цьому разі збігається з попередніми за одним винятком: у ньому здійснено спробу розглянути не лише правотворчість як таку, а й як частину більш широкого процесу – правоутворення (формування права). Отже, це дає підстави перейти до співвідношення правотворчості з іншими категоріями, а саме, з правоутворенням та нормотворчістю. І в цьому аспекті все виглядає не настільки однозначно, як у попередніх.

Основні розбіжності спостерігаються щодо безсистемного застосування термінів «правотворчість» та «нормотворчість».

Н. Лата пропонує визначення нормотворчості як особливої діяльності держави в особі спеціально уповноважених на це владних суб'єктів, спрямованої на нормативне закріплення суспільних потреб й інтересів та забезпечення належних умов для реалізації прав і свобод громадян та їх ефективного захисту, яка здійснюється шляхом створення системи вну-

трішньо узгоджених нормативно-правових актів із метою підвищення ефективності регулювання суспільних відносин в Україні [8, с. 13]. Аналогічним із наведеним є поняття, згідно з яким нормотворчий процес характеризується структурованістю, поетапністю та закономірною послідовністю. Це спеціальна організаційно-правова діяльність уповноважених суб'єктів, яка полягає в ініціюванні, підготовці, розгляді проєктів нормативно-правових актів, прийнятті нормативних актів та введенні їх у дію [9, с. 309]. Тобто у зазначених визначеннях відбувається просто підміна понять. Наводиться характеристика правотворчості, разом із тим використовуючи для цього термін «нормотворчість».

Ю. Лепех узагалі називає нормотворчість різновидом правотворчості [10, с. 229]. Отже, правотворчість розглядається як більш широке явище по відношенню до нормотворчості. Але навряд чи це можна вважати коректним. Навпаки, категорія нормотворчості може розглядатися як найширша щодо суміжних, тому що у суспільстві постійно існує величезна кількість правил поведінки (норм), які регулюють фактичні суспільні відносини. Право є лише одним із таких регуляторів, зі своєю специфікою. Але поряд із правом функціонують також норми моралі, звичаєві, традиційні, релігійні, корпоративні норми. Вони цілком природньо складаються у суспільстві, і цей процес також охоплюється поняттям нормотворчості, бо норми поведінки – це не виключно право. Ба більше, право не є ні найбільш розповсюдженим, ані найбільш універсальним регулятором поведінки.

Найбільший обсяг нормотворчості по відношенню до інших категорій зумовлений тим, що у разі коли йдеться про створення інших від правових видів соціальних норм, то нормотворчість починається у соціумі і там же й закінчується, не піднімаючись на офіційний рівень. Якщо ж йдеться про створення правових приписів, то через формування права нормотворчість виходить на правотворчість (процес формування права починається у соціумі, а закінчується на рівні офіційних органів або посадових осіб [11, с. 17; 12, с. 106; 13, с. 24; 14, с. 505]).

Таким чином, ми виходимо на наступну

категорію, а саме – правоутворення (формування права). М.А. Придворов та В.В. Трофімов, аналізуючи планомірно-раціональний тип правотворення, визначають його структуру у формі п'яти стадій. Перша стадія – виникнення соціальних та державно-правових закономірностей, друга – формування інтересів і усвідомлення прагнення індивідами та їхніми групами вирішити соціальні проблеми за допомогою права, третя стадія – формування основних правових ідей та засад актів правотворчості, четверта – формалізація правових ідей шляхом створення норм позитивного права та їх формального закріплення і п'ята – соціалізація формалізованих норм та їх адаптація до реальних умов соціально-правового життя [15, с. 295; 16, с. 82]. Дуже близькою за змістом є позиція О.Ф. Скакун, яка стверджує, що правотворення є формою виникнення і буття права та існує «...до правотворчості, поряд із ним, у вигляді правотворчості, після правотворчості у вигляді реалізації права» [17, с. 294]. У загальному вигляді викладене уявляється слушним та таким, що заслуговує на підтримку, оскільки правоутворення (формування права) виступає тим процесом, який, власне, і відокремлює правові норми від інших соціальних. Воно починається у суспільстві й у цьому співпадає з іншими соціальними регуляторами. Але через усвідомлення правотворцем потреб саме у правовому регулюванні певних суспільних відносин фактичні норми переходять на офіційний рівень та набувають формалізації (отже, проходять через стадію правотворчості як фінальну стадію формування права).

Отже, нормотворчість співпадає за обсягом із правоутворенням (формуванням права) винятково тоді, коли йдеться про створення правових норм [12, с. 105]. Тим часом із правотворчістю нормотворчість за обсягом не співпадає узагалі. Вона є набагато ширшою категорією по відношенню до правотворчості. Рівно як і всі регулятори відносин у суспільстві (соціальні норми) є набагато більшими за обсягом, ніж право, яке є лише одним видом із таких регуляторів.

Як наголошує М.В. Цвік, формування права є складним, багатоаспектним соці-

альним процесом, зумовленим взаємодією об'єктивних та суб'єктивних чинників, що визначають і забезпечують утворення нових норм права. Використання санкціонованих державою звичаїв, норм моралі, релігії, громадських організацій також є поширеним явищем під час формування різних правових систем. Переважна більшість правових норм має моральний зміст, і вони є одночасно нормами моралі, санкціонованими державою. Досить часто право тією чи іншою мірою формується під впливом релігійних норм. Наймасштабнішим було правозакріплення релігійних норм у мусульманських країнах, де догмати релігії стали офіційним джерелом права. Правові системи різних країн дублюють заповіді, зафіксовані у релігійних джерелах. Одним зі стародавніх способів формування права є санкціонування звичаїв шляхом визнання деяких звичаїв і закріплення їх у чинному законодавстві, судовій або адміністративній практиці [18, с. 323, 321]. Отже, у деяких випадках формування права також матиме спільні риси з іншими соціальними регуляторами. Наприклад, коли йдеться про закріплення релігійно-правових мононом.

Висновки. У вітчизняній правовій доктрині повністю розмиваються межі понять «нормотворчість» та «формування права». Зміст категорії «правотворчість» натовмість є досить усталеним, проте цей термін нерідко необґрунтовано підмінється поняттям «нормотворчість».

Установлено, що нормотворчість є широкою категорією, яка виходить далеко за межі формування права, тому що охоплює виникнення усіх соціальних

норм, які впорядковують поведінку у суспільстві: моральних, корпоративних, звичаєвих, релігійних, традиційних тощо. Про формування ж права слід говорити лише в тому разі, коли фактичні, не правові за своєю природою соціальні регулятори починають «виростати» із соціуму на офіційний рівень. Тобто формування права охоплює такі стадії: 1) виникнення у суспільстві певних відносин, що потребують регулювання, та їх масштабування; 2) виникнення фактичних регуляторів цих відносин неюридичної природи; 3) усвідомлення правотворцем необхідності впорядкування суспільних відносин за допомогою правових приписів (через аналіз статистичних показників, експертних оцінок, опитувань тощо); 4) правотворчість як фінальний, офіційний етап формування права.

З'ясовано, що нормотворчість співпадає за обсягом із формуванням права (правотворенням) винятково тоді, коли йдеться про створення правових норм. Тим часом із правотворчістю нормотворчість за обсягом не співпадає узагалі. Вона є набагато ширшою категорією по відношенню до правотворчості. Рівно як і всі регулятори відносин у суспільстві (соціальні норми) є набагато більшими за обсягом, ніж право, яке є лише одним видом із таких регуляторів.

Наголошено на тому, що процеси тлумачення та реалізації правових норм ані нормотворчістю, ані правотворчістю не охоплюються, оскільки вони включаються в механізм правового регулювання тоді, коли правова норма вже є в наявності (тобто після закінчення правотворчості).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Песцов Р.Г. Муніципальна правотворчість як один із напрямів діяльності органів місцевого самоврядування. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право*. 2015. Вип. 27. С. 227–232.
2. Попова О.В. Нормотворчий процес та правозастосування : навчальний посібник. Київ : НУБіП України, 2022. 168 с.
3. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
4. Сердюк І.А. Методологічний аналіз інтерпретацій поняття «правотворчість». *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 2. С. 69–78.
5. Варламова Н.В. Правотворчество и правообразование. *Правотворчество и законность*. 1999. № 3. С. 34–38.
6. Шишко В.В. Культурологічні проблеми правотворчості : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Київ, 2004. 20 с.

7. Загальна теорія права : підручник / за ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2016. 392 с.
8. Лата Н.Ф. Адміністративно-правове регулювання нормотворчої діяльності органів виконавчої влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2004. 19 с.
9. Петрова І. Нормотворчий процес і стадії нормотворчості в діяльності державної фіскальної служби України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2017. № 865. С. 308–315.
10. Лепех Ю. Питання про співвідношення понять «правотворчість» та «нормотворчість». *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2016. № 855. С. 225–231.
11. Міхайліна Т.В. Загальнотеоретичний аналіз складових елементів категорії «нормотворчість». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2015. № 13. Т. 1. С. 15–17.
12. Міхайліна Т.В. Роль інтегративного потенціалу правосвідомості у реформуванні правової системи : монографія. Вінниця : ДонНУ імені Василя Стуса, 2018. 312 с.
13. Mikhailina T., Grynyuk R. The spread of shadow norms beyond state legal system: challenges of a globalized society. *European journal of transformation studies*. 2020. № 1. P. 22–33.
14. Mikhailina T. Shadow norms as a threat to national and international security: social and legal aspects of counteraction. *Public security and public order*. 2020. № 24. P. 503–513.
15. Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве : монографія. Москва : Норма: ИНФРА-М, 2012. 400 с.
16. Радейко Р.І. Особливості формалізації права як стадії правотворчого процесу. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2014. № 801. С. 81–85.
17. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Консум, 2005. 656 с.
18. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права : підручник. Харків : Право, 2002. 432 с.

ГАРМОНІЗАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО АКЦИЗНЕ ОПОДАТКУВАННЯ ТЮТЮНОВИХ ВИРОБІВ ІЗ ПРАВОМ ЄС З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ СУДУ ЄС



Монаєнко Антон Олексійович,

доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, головний науковий співробітник відділу публічно-правових досліджень Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України



Атаманчук Наталія Іванівна,

доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу дослідження проблем правотворчості та адаптації законодавства України до права ЄС Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України

Підписання Угоди про асоціацію між Європейським Союзом та Україною, а також набуття статусу кандидата на членство в ЄС зобов'язують нашу державу гармонізувати національне законодавство з нормами права ЄС. Великого значення набуває імплементація в Україні директив Ради ЄС із питань акцизного оподаткування тютюнових виробів.

У статті проаналізовано правове регулювання акцизного оподаткування тютюнових виробів в Україні, відповідність норм податкового законодавства положенням директив ЄС із питань акцизного оподаткування тютюнових виробів. Вивчено практику Суду ЄС щодо тлумачення положень директив ЄС про наближення законів, підзаконних нормативно-правових актів та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва та продажу тютюнових виробів. Здійснено аналіз зареєстрованих у Верховній Раді України проєктів законів України щодо запровадження електронної системи обігу підакцизних товарів, електронної акцизної марки та встановлення штрафів за порушення у цій сфері.

Авторами визначено можливість запозичення позитивного досвіду держав ЄС і внесення змін до чинного податкового законодавства України. Установлено, що гармонізація українського законодавства про акцизне оподаткування тютюнових виробів із правом ЄС передбачає ухвалення відповідних законів, а також запровадження інформаційних систем як результат цієї гармонізації для більш точного прогнозування надходжень до бюджету від сплати акцизного податку, підвищення прозорості процедур обігу підакцизних товарів та сплати акцизного податку від їх реалізації, зменшення витрат на адміністрування цього податку, а також поліпшення взаємодії контролюючих органів із платниками податків.

Ключові слова: оподаткування, непрямі податки, акциз, підакцизна продукція, тютюн, гармонізація, Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, директиви Ради Європейського Союзу.

Monaienko Anton, Atamanchuk Natalia. The harmonization of Ukrainian legislation on excise taxation of tobacco products with EU law taking into account a case law of the EU court

Signing the Association Agreement between the European Union and Ukraine, as well as acquiring the status of a candidate for EU membership, obliges our state to harmonize national legislation with the norms of EU law. The implementation of EU Council directives on excise taxation of tobacco products in Ukraine is of great importance.

The article is dedicated to the legal regulation analyzing of excise taxation of tobacco products in Ukraine, compliance of tax legislation with the provisions of EU directives on excise taxation of tobacco products. The case law of the EU Court regarding the interpretation of the provisions

of the EU Directives on the approximation of laws, subordinate legal acts and administrative provisions of the member states regarding the production and sale of tobacco products have been studied. The analysis of the draft laws of Ukraine registered in the Supreme Council of Ukraine regarding the introduction of an electronic system of circulation of excise goods, an electronic excise stamp and the establishment of fines for violations in this area has been carried out.

The authors have determined the possibilities of borrowing the positive experience of the European Union states and making changes to the current tax legislation of Ukraine. It has been established that the harmonization of the Ukrainian legislation on excise taxation of tobacco products with EU law involves the adoption of relevant laws, as well as the introduction of information systems as a result of this harmonization, for more accurate forecasting of revenues to the budget from the payment of excise tax, increasing the transparency of the procedures for the circulation of excise goods and the payment of excise duty tax from their implementation, the costs reducing of this tax administering, as well as improving the interaction of control bodies with taxpayers.

Key words: *taxation, indirect taxes, excise, excise products, tobacco, harmonization, Association Agreement between Ukraine and the European Union, directives the European Union Council.*

Постановка проблеми. Євроінтеграційні прагнення України, які реалізуються через гармонізацію вітчизняного законодавства і законодавства ЄС, є одним з основних пріоритетних напрямів сучасної державної політики. Україна як держава, що уклала Угоду про асоціацію між ЄС та Україною (далі – Угода) [1], а також отримала статус кандидата на членство в ЄС, отримала одне із завдань гармонізувати національне законодавство з нормами права ЄС. Відповідно до Угоди, сторони взяли на себе зобов'язання щодо застосування принципів належного управління у сфері оподаткування, що має на меті встановлення фіскальної нейтральності, спрощення умов торгівлі для зовнішніх і внутрішніх агентів та створення умов для ефективного функціонування внутрішнього ринку ЄС. Саме тому особливого значення набуває питання імплементації в Україні директив у сфері акцизного оподаткування тютюнових виробів. Важливим у цьому питанні є детальний аналіз відповідних директив ЄС у сфері акцизного оподаткування з виокремленням тих їхніх положень, що мають обов'язковий характер, та положень, які дають змогу державам – членам ЄС самостійно вирішувати певні питання, встановлювати певні правила щодо оподаткування гармонізованих підакцизних товарів. Окрім того, великого значення набуває і вивчення практики Суду ЄС, засад його організації та функціонування, що сприятиме кращому розумінню тенденції європейських інтеграційних процесів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості гармонізації законо-

давства України про акцизне оподаткування з правом ЄС досліджуються у працях українських науковців, а саме: Л. Касьяненко [2], А. Соколовської та Л. Райнової Л. [3], Т. Кошук [4], М. Ярош, Л. Прокіпчук та Р. Галамай [5] та ін. Серед зарубіжних учених, що досліджували особливості оподаткування акцизним податком тютюнової продукції є: Y. Wang, M. Lewis, V. Singh [6], S. Randelović, M. Bisić [7], S. Marzioni, A. Pandimiglio, M. Spallone [8], E. Kolářová, D. Homola [9], J. Hoek, R. Edwards, G.W. Thomson [10], C. Schafferer, C.-Y. Yeh, S.-H. Chen, J.-M. Lee, C.-J. Hsieh [11], Konstantin Krasovsky [12], Á. López-Nicolás, M. Stoklosa [13], Joanna E. Cohen, Connie Hoe, Caitlin Weiger [14], M. Stoklosa [15], Saša Randelović, Milica Bisić [16] та ін.

Однак окремі питання акцизного оподаткування тютюнових виробів залишаються недостатньо дослідженими, що зумовлює необхідність поглиблення та розширення дослідження в умовах реформування податкового законодавства та його гармонізації з нормами права ЄС. Зокрема, необхідним є аналіз міжнародно-правових зобов'язань, узятих Україною відповідно до Угоди про асоціацію, а також відповідності норм українського законодавства положенням директив Ради ЄС із питань акцизного оподаткування, у тому числі тютюнових виробів. Ґрунтовнішого вивчення потребує практика Суду ЄС щодо тлумачення положень окремих директив ЄС, зокрема щодо наближення законів, підзаконних та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва, презентації та продажу тютюнових виробів і супутніх продуктів.

Метою дослідження є визначення на основі порівняльного аналізу положень директив ЄС з акцизного оподаткування, а також вивчення практики Суду ЄС із цього питання; виявлення основних проблемних аспектів акцизного оподаткування, а також напрямів подальшого вдосконалення правового регулювання акцизного оподаткування тютюнових виробів в Україні на шляху гармонізації національного законодавства з нормами права ЄС.

Виклад основного матеріалу дослідження. В Україні правове регулювання акцизного податку регламентується Податковим кодексом України (далі – ПК України). Відповідно до ст. 9 ПК України [17], акцизний податок є загальнодержавним податком і визначається як непрямий податок на споживання окремих видів товарів (продукції), визначених як підакцизні, що включаються до ціни таких товарів (продукції). Одними з підакцизних товарів є тютюнові вироби, тютюн та промислові замітники тютюну [17, ст. 215].

Зауважимо, що акцизний податок є вагомим джерелом наповнення бюджету в Україні та суттєвим важелем державного регулювання виробництва й обігу підакцизних товарів. Аналіз динаміки надходження акцизного податку протягом 2017–2021 рр. підтверджує щорічне зростання його обсягів до зведеного бюджету, зокрема: у 2017 р. – 121 449,4 млн грн, у 2018 р. – 132 649,8 млн грн, у 2019 р. – 137 076,4 млн грн, у 2020 р. – 153 850,3 млн грн, у 2021 р. – 180 300,4 млн грн [18]. За даними Державної податкової служби України, надходження акцизного податку з вироблених в Україні та

із увезених на митну територію України підакцизних товарів (продукції) до державного бюджету протягом серпня-грудня 2022 р. щомісячно збільшуються (табл. 1)

Сьогодні актуальним завданням для України залишається підвищення фінансової ефективності акцизного оподаткування за рахунок зменшення масштабів ухилення від сплати податку, що є можливим і через удосконалення податкового адміністрування. Широкі можливості задля цього відкриває імплементація в українське податкове законодавство директив Ради ЄС про акцизне оподаткування.

У країнах ЄС питання акцизного оподаткування тютюнових виробів врегульовано такими директивами як: Директива Ради 2008/118/ЄС від 16 грудня 2008 р. «Про загальний режим акцизних зборів» [20]; Директива 92/79/ЄЕС Ради ЄС «Про зближення оподаткування сигарет» від 19 жовтня 1992 р. [21]; Директива 92/80/ЄЕС Ради ЄС «Про зближення оподаткування на перероблений тютюн, інший, ніж сигарети» від 19 жовтня 1992 р. [22]; Директива Ради 95/59/ЄС «Про податки, інші, ніж податки з обороту, які впливають на споживання тютюнових виробів» від 27 листопада 1995 р. [23]; Директива Ради № 2011/64/ЄС «Про структуру і ставки акцизів, що застосовуються до тютюнових виробів (кодифікація)» від 21 червня 2011 р. [24]; Директива Європейського Парламенту і Ради 2014/40/ЄС від 3 квітня 2014 р. «Про наближення законів, підзаконних та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва, презентації та продажу тютюнових виробів і супутніх продуктів та про скасування Директиви 2001/37/ЄС» [25].

Таблиця 1

Обсяги надходження акцизного податку з вироблених в Україні та із увезених на митну територію України підакцизних товарів (продукції) до державного бюджету протягом 2022 р., тис грн

	Надходження акцизного податку з вироблених в Україні підакцизних товарів (продукції), тис грн	Надходження акцизного податку з увезених на митну територію України підакцизних товарів (продукції), тис грн
Серпень	27 921 736,8	14 131 639,9
Вересень	33 915 214,8	15 905 784,1
Жовтень	41 504 228,5	17 488 808,1
Листопад	47 808 153,9	18 661 167,6
Грудень	52 859 258,9	19 307 730,1

Побудовано авторами за даними [19]

Угодою про асоціацію між ЄС та Україною передбачено в додатках наявність великого обсягу вторинного законодавства ЄС, з яким Україні необхідно гармонізувати своє національне законодавство. У практичній діяльності це зобов'язання виходить за межі вторинного законодавства ЄС та поширюється і на практику Суду ЄС, яка має велике значення, оскільки вона має бути врахована під час імплементації правових актів ЄС до українського законодавства в частині тлумачення права ЄС та матиме також значення у майбутньому для України як повноправного члена ЄС для оцінки відповідності національного законодавства праву ЄС в порядку звернення до Суду ЄС за відповідною процедурою, а також за подальшого формування судової практики України.

Практика Суду ЄС має принципове значення у правопорядку ЄС, а отже, і для третіх країн, перед якими стоїть завдання наближення законодавства. Рішення Суду роз'яснюють, коли держави-члени порушують законодавство ЄС та як його необхідно тлумачити і застосовувати на національному рівні [26].

Саме тому актуальності набуває вивчення практики Суду ЄС із питань акцизного оподаткування тютюнової продукції, аналіз тлумачень Судом ЄС положень директив, зокрема Директиви ЄС № 2014/40 від 3 квітня 2014 р. «Про наближення законів, підзаконних та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва, презентації та продажу тютюнових виробів і супутніх продуктів та про скасування Директиви 2001/37/ЄС» [25], а також Директиви Ради ЄС № 2008/118 від 16 грудня 2008 року «Про загальний режим акцизних зборів» [20].

Так, зокрема, тлумачачи Директиву ЄС № 2014/40 від 3 квітня 2014 р., у *Case C-160/20 Stichting Rookpreventie Jeugd and Others* від 22.02.2022 [27] Суд ЄС зазначив, що під час тлумачення положення права ЄС необхідно враховувати не лише його формулювання, ураховуючи його звичайне значення в повсякденній мові, а й контекст, у якому положення застосовується, і переслідуючі цілі за правилами, частиною яких воно є (рішення Суду ЄС від 14 жовтня 2021 р., *Dyrektor Z. Oddziału Regionalnego Agencji Restrukturyzacji i*

Modernizacji Rolnictwa, Case C-373/20).

Із формулювання першого підпункту статті 4(1) Директиви № 2014/40, зокрема зі слів «повинен бути вимірний», видно, що це положення має посилання в обов'язкових термінах на стандарти ISO 4387, 10315 та 8454 із метою вимірювання викидів смол, нікотину та окису вуглецю, і що в ньому не згадується будь-який інший метод вимірювання. Другий абзац статті 4(1) Директиви також має обов'язковий характер і визначає, що точність цих вимірювань має визначатися відповідно до стандарту ISO 8243.

Згідно зі статтею 4(4) Директиви № 2014/40, держави – члени ЄС повинні повідомляти Європейську Комісію про будь-які інші методи вимірювання, які вони використовують для викидів сигарет, окрім смол, нікотину та окису вуглецю, викидів від тютюнових виробів, окрім сигарет. Ні стаття 4, ні будь-яке інше положення Директиви № 2014/40 не вказують на те, що держави – члени ЄС мають зобов'язання повідомити, якщо вони використовують методи вимірювання викидів смоли, нікотину та монооксиду вуглецю від сигарет, окрім тих, що передбачені стандартами ISO 4387, 10315 та 8454, або методи перевірки точності вимірювань цих речовин, окрім тих, що передбачені стандартом ISO 8243. Оскільки в декларативній частині 11 Директиви № 2014/40 зазначено, що вміст смоли, нікотину та монооксиду вуглецю в сигаретах слід вимірювати за цими міжнародно визнаними стандартами, контекст, у якому виникає стаття 4(1) Директиви № 2014/40, слід розглядати як такий, що це положення підтверджує винятковість застосування цих стандартів як обов'язкову вимогу.

Слід зазначити, що Директива № 2014/40 переслідує подвійну мету сприяння безпечі функціонуванню внутрішнього ринку тютюнових виробів і пов'язаних із ними виробів, беручи за основу високий рівень захисту здоров'я людини, особливо молоді (Рішення Суду ЄС від 22 листопада 2018 р., *Swedish Match*, Case C-151/17).

Стаття 4(1) Директиви № 2014/40 має тлумачитися як така, що передбачає максимальні рівні викидів смол, нікотину та окису вуглецю від сигарет, призначених для розміщення на ринку або виготовле-

них у державах – членах ЄС, передбачених статтею 3(1) цієї Директиви, які повинні вимірюватися відповідно до методів вимірювання, що впливають зі стандартів ISO 4387, 10315, 8454 та 8243, на які посилається стаття 4(1).

Щодо відповідності статті 4(1) Директиви № 2014/40 принципу прозорості слід зазначити, що цей принцип нерозривно пов'язаний із принципом відкритості і його закріплено у статті 15(1) і статті 298(1) Договору про функціонування ЄС і статті 42 Хартії ЄС про основоположні права. Це дає змогу громадянам брати більш активну участь у процесі прийняття рішень і гарантує, що адміністрація користується більшою легітимністю, є більш ефективною та більш підзвітною громадянам у демократичній системі (Рішення Суду ЄС від 6 березня 2003 р., *Interporc v. Комісія*, Case C-41/00; Рішення Суду ЄС від 9 листопада 2010 р., *Volker und Markus Schecke і Eifert*, Cases C-92/09 і C-93/09).

Стаття 15(1) Договору про функціонування ЄС передбачає, що з метою сприяння належному врядуванню та забезпечення участі громадянського суспільства установи, органи, офіси та агенції Європейського Союзу мають проводити свою роботу якомога відкрито. Із цією метою право на доступ до документів забезпечується згідно з абзацом 1 статті 15(3) Договору про функціонування ЄС, закріплено в статті 42 Хартії ЄС про основоположні права, і це право було імplementовано Регламентом (ЄС) № 1049/2001 Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 2001 р. щодо доступу громадськості до документів Європейського Парламенту, Ради та Комісії.

Стаття 4(1) Директиви № 2014/40 посилається на стандарти ISO, які на даний момент не були опубліковані в Офіційному журналі Європейського Союзу. Однак це положення саме по собі не встановлює будь-яких обмежень щодо доступу до цих стандартів, у тому числі шляхом надання доступу до подання запиту відповідно до Регламенту № 1049/2001. Тому його не можна вважати недійсним з огляду на принцип прозорості, який впливає з положень первинного законодавства ЄС.

Щодо відповідності статті 4(1) Директиви № 2014/40 Регламенту № 216/2013

від 7 березня 2013 р. про електронне опублікування слід зазначити, що субстантивна законність акта ЄС не може розглядатися у світлі іншого акта ЄС такого ж статусу в ієрархії правових норм, якщо перший не був прийнятий відповідно до останнього або якщо в одному із цих двох актів прямо не передбачено, що один має перевагу над іншим (Рішення Суду ЄС від 8 грудня 2020 р., *Угорщина проти Парламенту та Ради*, Case C-620/18).

Директива № 2014/40 не була прийнята відповідно до Регламенту № 216/2013, і останній не містить положення, яке прямо встановлює, що він має пріоритет над цією Директивою. У будь-якому разі, просто передбачаючи, що Офіційний журнал Європейського Союзу має бути опублікований в електронній формі офіційними мовами інституцій ЄС, стаття 1(1) цього Регламенту не встановлює жодних вимог щодо змісту актів ЄС, які мають бути опубліковані.

Щодо відповідності статті 4(1) Директиви № 2014/40 статті 297(1) Договору про функціонування ЄС у світлі принципу правової визначеності слід зазначити, що законодавчі акти можуть набувати чинності та, відповідно, мати юридичні наслідки лише після їх опублікування в Офіційному журналі Європейського Союзу (Рішення Суду ЄС від 11 грудня 2007 р., *Skoma-Lux*, Case C-161/06).

Таким чином, акти, прийняті інституціями ЄС, не можуть застосовуватися відносно фізичних і юридичних осіб у державі – члені ЄС до того, як вони отримують можливість ознайомитися з цими актами шляхом їх належної публікації в Офіційному журналі Європейського Союзу (Рішення Суду ЄС від 11 грудня 2007 р., *Skoma-Lux*, Case C-161/06).

Ця вимога щодо публікації впливає з принципу правової визначеності, який вимагає, щоб правила ЄС дозволяли зацікавленим особам точно знати обсяг обов'язків, які на них покладені. Особи повинні мати можливість однозначно визначити свої права та обов'язки (Рішення Суду ЄС від 10 березня 2009 р., *Heinrich*, Case C-345/06).

Те саме стосується випадків, коли законодавство ЄС, зокрема Директива № 2014/40, зобов'язує держави – члени

ЄС уживати заходів, що накладають зобов'язання на окремих осіб, для його імплементації. Заходи, прийняті державами-членами для імплементації права ЄС, повинні відповідати загальним принципам права ЄС. Таким чином, національні заходи, які для імплементації законодавства ЄС накладають зобов'язання на осіб, мають бути опубліковані відповідно до принципу правової визначеності, щоб особи могли переконатися в наявності цих зобов'язань. У такій ситуації особи також повинні мати можливість визначати джерело національних заходів, що накладають на них зобов'язання, оскільки держави – члени ЄС ужили такі заходи для виконання зобов'язань, покладених на них законодавством ЄС (Рішення Суду ЄС від 10 березня 2009 р., *Heinrich*, Case C-345/06).

Той факт, що положення не передбачає жодного конкретного методу чи процесуального аспекту його реалізації, не означає, що воно порушує принцип правової визначеності (Рішення Суду ЄС від 4 травня 2016 р., *Pillbox 38*, Case C - 477/14). Таким чином, немає необхідності, щоб сам законодавчий акт містив деталі технічного характеру, оскільки законодавча влада ЄС може посилатися до загальної правової бази, яка, якщо необхідно, буде уточнена в більш пізньому періоді (Рішення Суду ЄС від 30 січня 2019 р., *Planta Tabak*, Case C-220/17).

У світлі широких дискреційних повноважень, які має законодавчий орган ЄС у здійсненні наданих йому повноважень, якщо його дії включають політичний, економічний і соціальний вибір і де він уповноважений здійснювати комплексні оцінки (Рішення Суду ЄС від 30 січня 2019 року, *Planta Tabak*, Case C-220/17), законодавча влада ЄС може посилатися в нормативно-правових актах на технічні стандарти, що визначені органом стандартизації, зокрема таким, як Міжнародна організація стандартизації (ISO).

Однак принцип правової визначеності вимагає, щоб посилання на такі стандарти було чітким, точним і передбачуваним за своєю дією, щоб зацікавлені сторони могли з'ясувати свою позицію в ситуаціях і правовідносинах, які регулюються правом ЄС (Рішення Суду ЄС від 3 грудня

2019 р., Чехія проти Парламенту та Ради, Case C-482/17).

У цьому разі, по-перше, посилання, зроблене статтею 4(1) Директиви № 2014/40 на стандарти ISO, відповідає цій вимозі, і, по-друге, не заперечується, що Директива № 2014/40 відповідає статті 297(1) Договору про функціонування ЄС. Сам факт того, що стаття 4(1) Директиви посилається на стандарти ISO, які на даний момент не були опубліковані, не може ставити під сумнів дійсність цього положення з огляду на статтю 297(1) Договору про функціонування ЄС у світлі принципу правової визначеності.

Відповідно до принципу правової визначеності технічні стандарти, визначені органом стандартизації, таким як ISO, і визнані обов'язковими законодавчим актом Європейського Союзу, є обов'язковими для громадськості, як правило, лише якщо вони самі були опубліковані в Офіційному журналі Європейського Союзу.

Якщо такий орган змінив ці стандарти, цей принцип також означає, що лише опублікована версія цих стандартів є обов'язковою для громадськості у цілому.

Через відсутність опублікування в Офіційному журналі Європейського Союзу стандартів, на які посилається стаття 4(1) Директиви № 2014/40, громадськість загалом не може, всупереч прецедентному праву Суду ЄС, визначити методи вимірювання рівнів викидів смол, нікотину та монооксиду вуглецю, які застосовуються до сигарет.

Сигарети, призначені для розміщення на ринку ЄС або виробництва в Європейському Союзі, повинні відповідати максимальним рівням викидів смол, нікотину та окису вуглецю, які передбачені у статті 3(1) Директиви № 2014/40.

Однак слід нагадати, що стаття 4(1) Директиви № 2014/40 не є обов'язковою для громадськості у цілому, оскільки вона посилається на стандарти ISO, що не опубліковані в Офіційному журналі Європейського Союзу.

Зі статті 2(21) Директиви № 2014/40 чітко випливає, що термін «викиди» відноситься до «речовин, які вивільнюються, коли тютюн або пов'язаний із ним продукт споживається як речовина, що міститься в димі, або до речовин, що виділяються

в процесі використання бездимних тютюнових виробів».

Згідно зі статтею 4(2) Директиви № 2014/40, вимірювання рівнів викидів смол, нікотину та окису вуглецю мають бути перевірені лабораторіями, які засновані та контролюються компетентними органами держав – членів ЄС. Ці лабораторії не повинні належати чи контролюватися прямо чи опосередковано тютюновою промисловістю.

Згідно зі статтею 4(3) Директиви № 2014/40, адаптація Єврокомісією методів вимірювання тих рівнів викидів повинна брати до уваги наукові та технічні розробки або міжнародно погоджені стандарти.

Будь-який метод вимірювання максимальних рівнів викидів, передбачених статтею 3(1) Директиви № 2014/40, повинен ефективно відповідати своїй меті, відображеній у її статті 1, забезпеченню високого рівня захисту здоров'я людини, особливо молоді.

Питання щодо тлумачення права ЄС, передані національним судом у фактичному та законодавчому контексті, за визначення якого цей суд відповідає, має презумпцію доречності. Суд ЄС може відмовити у прийнятті рішення щодо питання, переданого національним судом, лише якщо є цілком очевидним той факт, що тлумачення права ЄС не має жодного відношення до фактичних обставин справи чи мети позову, якщо проблема є гіпотетичною, або якщо Суд ЄС не має у своєму розпорядженні фактичних чи юридичних матеріалів, необхідних для надання необхідної відповіді на поставлені йому запитання (Рішення Суду ЄС від 20 грудня 2017 р., *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*, Case C-516/16).

Наступна справа, яку розглядав Суд ЄС у частині тлумачення Директиви Ради ЄС № 2008/118 від 16 грудня 2008 р. «Про загальний режим акцизних зборів», є Case C-55/21 IMPERIAL TOBACCO BULGARIA' EOOD від 09.06.2022 [28]. Суд ЄС у рішенні у цій справі зазначив, що стаття 1(1) Директиви № 2008/118 має на меті встановити загальні положення щодо акцизних зборів, які прямо чи опосередковано застосовуються до споживання підакцизних товарів, включаючи тютюнові вироби, на які поширюється дія Директиви

№ 2011/64 про наближення законів, підзаконних та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва, презентації та продажу тютюнових виробів і супутніх продуктів та про скасування Директиви 2001/37/ЄС, щоб гарантувати, що концепція та умови оподаткування акцизним збором є ідентичними в усіх державах – членах ЄС (Рішення Суду ЄС від 24 лютого 2021 р., *Silcompra*, Case C-95/19).

Оподатковувана подія, відповідно до ст. 2 Директиви № 2008/118, настає з моменту виробництва на території Європейського Союзу підакцизних товарів або їх імпорту на цю територію (Рішення Суду ЄС від 24 лютого 2021 року, *Silcompra*, Case C-95/19).

Згідно зі статтею 7(1) Директиви № 2008/118, акцизний збір підлягає сплаті, серед іншого, у момент випуску для споживання підакцизних товарів і в державі – члені ЄС, де відбувається це випуск. Згідно зі статтею 7(2)(а) цієї Директиви, це поняття також включає будь-яке відправлення, включаючи нерегулярне відправлення, підакцизних товарів із режиму призупинення сплати мита, як це визначено в статті 4(7) цієї Директиви (Рішення Суду ЄС від 24 лютого 2021 р., *Silcompra*, Case C-95/19).

Згідно зі статтею 4(7) Директиви № 2008/118, домовленість про призупинення сплати мита – це податкова домовленість, яка застосовується до виробництва, переробки, утримання або переміщення підакцизних товарів, на які не поширюється митна процедура чи домовленість про призупинення сплати акцизного збору.

Особливістю цієї домовленості є те, що акцизний збір на продукцію, на яку вона поширюється, ще не підлягає сплаті, незважаючи на те що податкова подія для цілей оподаткування вже відбулася. Отже, стосовно підакцизних товарів ця система діє шляхом відстрочення оподаткування цим акцизним збором до виконання однієї з умов оподаткування (Рішення Суду ЄС від 24 лютого 2021 р., *Silcompra*, Case C-95/19).

Під час тлумачення положення права ЄС необхідно враховувати не лише його формулювання, але також його контекст і цілі, які переслідують норми, частиною

яких воно є. Походження положення законодавства ЄС також може надати інформацію, що стосується його тлумачення (Рішення Суду ЄС від 2 вересня 2021 р., *CRCAM*, Case C-337/20; Рішення Суду ЄС від 6 жовтня 2021 р., *Conasee*, Case C-598/19).

По-перше, відповідно до статті 11 Директиви № 2008/118, акцизний збір застосовується до акцизних товарів, які можуть бути випущені для споживання на вимогу зацікавленої сторони, можуть бути відшкодовані компетентними органами держави – члена ЄС, де відповідні товари були випущені для споживання, у випадках, визначених державами – членами ЄС та відповідно до умов, установлених ними з метою запобігання будь-якій можливій формі ухилення від сплати податків та зборів або іншим податковим зловживанням.

Окрім того, згідно з першим абзацом статті 17 Директиви № 2011/64, акцизний збір, який уже сплачено, зокрема за тютюнові вироби, які були знищені під адміністративним наглядом, може бути відшкодовано.

Таким чином, стаття 11 Директиви № 2008/118 загалом стосується відшкодування акцизного збору на підакцизні товари, які були випущені для споживання, тоді як стаття 17 Директиви № 2011/64 застосовується до чотирьох конкретних випадків, включаючи знищення виготовленого тютюнового виробу під адміністративним наглядом без уточнення, чи було воно випущене для споживання чи ні.

Що стосується, зокрема, пункту (b) першого абзацу статті 17 Директиви № 2011/64, то слід зазначити, що, незважаючи на те що йдеться про ситуацію, пов'язану з участю адміністративних органів держави – члена ЄС, її формулювання не дає змоги зробити висновок про те, що така участь автоматично дає право на відшкодування, оскільки умови та формальності такого відшкодування завжди повинні визначатися відповідною державою – членом ЄС.

Із комбінованого тлумачення цих двох положень випливає, що, по-перше, вони передбачають лише вибір щодо відшкодування акцизного збору на певні категорії товарів, і, по-друге, вони залишають державам – членам ЄС широку свободу дій у реалізації повноваження визначати

ситуації, умови та формальності, відповідно до яких такі відшкодування можуть мати місце, у тому числі ситуації, коли товари, що мають податкове маркування, знищуються під адміністративним наглядом після випуску для споживання.

По-друге, таке тлумачення статті 11 Директиви № 2008/118 і пункту (b) першого абзацу статті 17 Директиви 2011/64 відповідає цілям, які переслідують ці дві директиви.

Податкове законодавство Європейського Союзу, що застосовується до тютюнових виробів, спрямоване на забезпечення належного функціонування внутрішнього ринку та високого рівня захисту здоров'я, як це передбачено статтею 168 Договору про функціонування ЄС, водночас забезпечуючи протидію шахрайству і контрабанді в межах Європейського Союзу.

Оскільки сигаретний ринок є особливо сприятливим для розвитку нелегальної торгівлі (Рішення Суду ЄС від 2 червня 2016 р., *Karoviomichania Karelia*, Case C-81/15), держави – члени ЄС, згідно зі статтею 39(1) Директиви № 2008/118 та статтею 16(1) Директиви № 2011/64, можуть вимагати, щоб тютюнові вироби мали податкове маркування, коли їх випускають для споживання на їхній території. Податкові маркування мають невід'ємну цінність, яка відрізняє їх від звичайних документів, що представляють сплату грошової суми податковим органам держави – члена ЄС, у якій було видано ці маркування (Рішення Суду ЄС від 24 лютого 2021 р., *Silcompra*, Case C -95/19).

У цьому відношенні з другого підпараграфа статті 39(3) Директиви № 2008/118 випливає, що будь-яка сума, сплачена або гарантована з метою отримання податкових марок, за винятком витрат на їх випуск, відшкодовується державою – членом ЄС, яка їх видала, лише якщо акцизний збір став підлягати сплаті та був зібраний в іншій державі – члені ЄС, чого не було в даному випадку.

Окрім того, зі статті 11 Директиви № 2008/118 випливає, що умови для відшкодування акцизного збору на підакцизні товари, які були випущені для споживання, повинні запобігати будь-якому

можливому податковому шахрайству або зловживанню.

Держави – члени ЄС, таким чином, мають законний інтерес у здійсненні відповідних заходів для захисту своїх фінансових інтересів, уточнюючи далі, що протидія шахрайству, ухиленню від сплати податків та іншим можливим податковим зловживанням є метою, яку переслідує Директива № 2008/118 (Рішення Суду ЄС від 29 червня 2017 р., Європейська Комісія проти Португалії, Case C-126/15).

По-третє, що стосується контексту статті 11 Директиви № 2008/118 і пункту (b) першого абзацу статті 17 Директиви № 2011/64, ті положення є частиною загальної системи оподаткування акцизним збором, який прямо чи опосередковано застосовується до споживання підакцизних товарів, включаючи тютюнові вироби.

Оскільки акцизний збір, як зазначено в пункті 9 Директиви № 2008/118, є податком на споживання, момент, коли він підлягає сплаті, як правило, має бути дуже тісно пов'язаний зі споживачем (Рішення Суду ЄС від 2 червня 2016 р., Polihim-SS, Case C-355/14).

Окрім того, зі статті 4(1) Директиви № 2008/118 у поєднанні з її статтею 15(2) впливає, що акцизні товари під режимом відкладення оподаткування зберігаються уповноваженим warehousekeeper на податковому складі. Тому акцизний збір не справляється, доки відповідні товари зберігаються уповноваженим власником складу на його податковому складі, оскільки у цій ситуації вони не можуть уважатися такими, що залишили режим відстрочення оподаткування у значенні статті 7(2)(а) Директиви № 2008/118 (Рішення Суду ЄС від 2 червня 2016 р., Polihim-SS, Case C-355/14).

Випадок повного знищення або безповоротної втрати підакцизних товарів, поміщених під режим відстрочення сплати збору, з причин залежно від характеру самих товарів, у результаті непередбачених обставин або форс-мажорних обставин або після дозволу компетентних органів держави – члена ЄС, як це передбачено в статті 7(4) Директиви № 2008/118, стосується виключно товарів, які не були випущені для споживання.

Коли ці товари залишають податковий склад, акцизний збір підлягає справлянню. Отже, якщо суб'єкт господарювання, який придбав податкові маркування, не може довести, що ці маркування не будуть використовуватися для розпорядження підакцизними товарами в державі – члені ЄС, де було випущено маркування, ця держава має законний інтерес у відмові у відшкодуванні суми сплаченого акцизу (Рішення Суду ЄС від 13 грудня 2007 р., BATIG, Case C-374/06).

Тому статтю 11 Директиви № 2008/118 і пункт (b) першого абзацу статті 17 Директиви № 2011/64 слід тлумачити так, що ці положення не вимагають від держав – членів ЄС забезпечити відшкодування акцизного збору щодо підакцизних товарів, у тому числі тютюнових виробів, знищених під митним наглядом, які вже були випущені для споживання.

Отже, за цими вищенаведеними рішеннями Суду ЄС ми побачили досить непростий підхід до розуміння та тлумачення окремих актів законодавства ЄС із тих правових проблем, які виникають на практиці в окремих державах – членах ЄС.

Як зазначають А. Соколовська та Л. Райнова, проблема акцизного оподаткування тютюнових виробів, зокрема сигарет, залишається однією з найбільш дискусійних у податковій політиці ЄС [3, с. 93].

Гармонізація українського законодавства про акцизне оподаткування тютюнових виробів із правом ЄС передбачає розроблення та прийняття відповідних законів, а також запровадження інформаційних систем як результат цієї гармонізації для більш точного прогнозування надходжень до бюджету від сплати акцизного податку, підвищення прозорості процедур обігу підакцизних товарів та сплати акцизного податку від їх реалізації, зменшення витрат на адміністрування цього податку, а також поліпшення взаємодії контролюючих органів із платниками податків.

Свідченням гармонізації законодавства України в частині обігу підакцизних товарів із законодавством ЄС є вже розроблені законопроекти, якими пропонується запровадження е-системи обігу підакцизних товарів, е-акцизної марки та встановлення штрафів за порушення у цій сфері, а саме: «Про забезпечення електронної

простежуваності обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах» від 15 грудня 2022 р. № 8286 [29], «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України у зв'язку із запровадженням електронної простежуваності обігу алкогольних напоїв, тютюнових виробів та рідин, що використовуються в електронних сигаретах» від 15 грудня 2022 р. № 8287 [30], «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо підвищення ефективності протидії правопорушенням у сфері виготовлення, зберігання, збуту та транспортування підакцизних товарів» від 15 грудня 2022 р. № 8288 [31], «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо запровадження електронної акцизної марки та системи Е-акциз контролю за обігом тютюнових виробів» від 30 грудня 2022 р. № 8287-1 [32].

Проте зауважимо, що деякі положення вказаних законопроектів потребують певної узгодженості з Директивою 2014/40/ЄС [25] у частині понятійного апарату та термінологічної єдності базових понять за податковим законодавством України та ЄС, зокрема щодо визначення поняття тютюнових виробів із метою забезпечення узгодженості системи нормативно-правових актів та дотримання розроблених правотворчою практикою правил законодавчої техніки для формування несуперечливої системи термінів; узгодженості з Імплементативним Регламентом Комісії (ЄС) 2018/574 від 15 грудня 2017 р. про технічні стандарти для створення та забезпечення функціонування системи відстеження тютюнових виробів [33] у частині переліку інформаційних наборів даних електронної марки акцизного податку.

Потребують перегляду і строки впровадження електронної акцизної марки та Електронної системи простежуваності цієї електронної акцизної марки з метою визначення певного перехідного періоду задля уникнення збоїв у роботі та забезпечення належного контролю за рухом тютюнових виробів від виробника або імпортера до кінцевого споживача та недопущення контрафактної продукції на сигаретному

ринку, що сприятиме боротьбі з тіньовим ринком за допомогою співставлення інформації з бази даних ДПС про видані марки та зчитані реєстраторами розрахункових операцій, а також мінімізації впливу людського чинника на адміністрування податкових надходжень до державного бюджету України.

Необхідним вважаємо доповнення норм законопроекту «Про забезпечення електронної простежуваності обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах» від 15.12.2022 № 8286 [29] у частині нанесення на тютюнових виробах електронної акцизної марки у графічному вигляді MatrixData, DotCode, що створюватиме можливості для кодування великих обсягів даних (за зразком ЄС, США) та сприятиме використанню для загальних логістичних цілей, програм керування документами;

запровадження можливості безкоштовного генерування електронної акцизної марки та групового коду для дієвої реалізації порядку генерування та застосування групового ідентифікатора електронних марок, який містить інформацію про всі одиничні електронні марки.

Окрім того, необхідним є доповнення норм Податкового кодексу України в частині запровадження чіткого механізму повернення сум акцизного податку з тютюнових виробів, які сплачено на електронний рахунок та по яких електронні марки акцизного податку були неотримані або деактивовані, за умови подання таким платником податків заяви встановленого зразка про повернення суми цього податку із зазначенням напряму перерахування коштів: на поточний рахунок платника податків в установі банку; на єдиний рахунок (у разі його використання); на погашення грошового зобов'язання та/або податкового боргу з інших платежів; повернення у готівковій формі коштів за чеком у разі відсутності у платника податків рахунка в банку. Зауважимо, що більш комплексне врегулювання випуску електронних акцизних марок тютюнових виробів не вимагатиме від бізнесу нового ІТ-обладнання, державі не треба буде створювати окрему ІТ-систему, можна буде створити простий мобільний додаток,

яким сканувати та перевіряти електронні акцизні марки.

Таке комплексне врегулювання сприятиме імплементації Угоди про асоціацію між ЄС та Україною, оскільки в державах – членах ЄС застосування автоматизованої системи контролю за обігом підакцизних товарів є інструментом забезпечення ефективного адміністрування акцизного податку; створить механізми протидії шахрайству і контрабанді підакцизних тютюнових виробів, підвищення ефективності запобігання, виявлення та розкриття злочинів у сфері обігу підакцизних тютюнових виробів, оперативного моніторингу обігу підакцизних тютюнових виробів, що має охопити усі стадії їх обігу на митній території України від їх виробника або імпортера до моменту їх отримання кінцевим споживачем, а також дасть змогу оперативно отримувати достовірну інформацію про кожний етап переміщення підакцизних тютюнових виробів.

На думку Т. Кошук, для усунення розбіжностей між нормами ПК України і директивами ЄС щодо акцизного оподаткування тютюнових виробів, необхідно: 1) здійснити поділ цієї категорії підакцизних товарів на групи «гармонізованих» і «негармонізованих»; 2) скасувати акцизний податок із реалізації через роздрібну торговельну мережу низки підакцизних товарів [4, с. 106].

Зазначимо, що проблеми системи адміністрування акцизного оподаткування можна класифікувати у чотири групи: проблеми правового характеру (колізійність

норм, недосконалість або відсутність дефініції; нестабільність та швидка змінність податкового законодавства); проблеми організаційного характеру (недостатність висококваліфікованих спеціалістів в особі контролюючих органів; відсутність якісного методичного забезпечення діяльності податкових органів; недостатність запровадження передових новітніх технологій тощо); проблеми фінансового характеру (високий рівень витрат на адміністрування податків та недостатній обсяг податкових надходжень до бюджетів); проблеми соціально-психологічного характеру (конфлікт інтересів контролюючих органів і платників податків) [34, с. 233].

Напрямами подальшого вдосконалення правового регулювання акцизного оподаткування тютюнових виробів в Україні на шляху гармонізації національного законодавства з нормами права ЄС є: удосконалення методів контролю виробництва та обігу підакцизних товарів, а також протидія незаконному переміщенню зазначених товарів через державний кордон України; подальше поетапне підвищення ставок акцизного податку до досягнення ними рівня оподаткування у ЄС; систематизація та уніфікація методологічних підходів у законодавстві щодо акцизного оподаткування; упровадження спільної з ЄС та іншими державами системи відстеження переміщення тютюнових виробів; посилення співпраці з митними та прикордонними органами іноземних держав у сфері боротьби з незаконним переміщенням тютюнових виробів через кордон тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 30 листопада 2015 р. № 984_011. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 20.02.2023).
2. Касьяненко Л.М., Атаманчук Н.І. Гармонізація податкового законодавства України із законодавством Європейського Союзу про акцизне оподаткування. *Вчені записки Таврійського національного університету ім. Вернадського. Юридичні науки*. 2020. Т. 31(70). № 3. С. 120–124.
3. Соколовська А.М., Райнова Л.Б. Гармонізація акцизного оподаткування тютюнових виробів. *Економіка і прогнозування*. 2017. № 2. С. 93–115.
4. Кошук Т.В. Реформування акцизного податку з тютюнових виробів в Україні в контексті імплементації Угоди про асоціацію з ЄС. *Економічний вісник. Серія «Фінанси, облік, оподаткування»*. 2019. Вип. 3. С. 99–109.
5. Ярош М., Прокіпчук Л., Галамай Р. Удосконалення акцизного оподаткування в Україні в умовах інтеграції до ЄС. *Вісник Сумського національного аграрного університету*. 2019. № 4(82). С. 36–43.

6. Wang Y., Lewis M., Singh V. Investigating the Effects of Excise Taxes, Public Usage Restrictions, and Antismoking Ads Across Cigarette Brands. *Journal of Marketing*. 2021. № 85(3). P. 150–167.
7. Ranđelović S., Bisić M. Excise duties harmonisation and smoking in a model with cross-border arbitrage. *Empirica*. 2021. № 48(2). P. 507–532.
8. Marzioni S., Pandimiglio A., Spallone M. Excise gap and price in the Italian cigarette industry. *Applied Economics*. 2020. № 52(39). P. 4284–4299.
9. Kolářová E., Homola D. Impacts of tobacco excise duty on consumers and producers in the Czech Republic. *Adiktologie*. 2020. № 20(1–2). P. 65–71.
10. Hoek J., Edwards R., Thomson G.W., et al. Tobacco excise taxes: a health and social justice measure? *Tobacco Control*. 2021; 30:258–259.
11. Schafferer C., Yeh C.-Y., Chen S.-H., Lee J.-M., Hsieh C.-J. A simulation impact evaluation of a cigarette excise tax increase on licit and illicit cigarette consumption and tax revenue in 36 European countries. *Public Health*. 2018. Volume 162, September. P. 48–57.
12. Krasovsky Konstantin. The fiscal impact of the excise taxation and pricing policy of the cigarette industry in the European Union after the adoption of Directive 2011/64. *Tobacco prevention & cessation*. 10/22/2020. 6. DOI:10.18332/tpc/128286.
13. López-Nicolás Á, Stoklosa M. Tax harmonisation and tobacco product prices in the European Union, 2004–2015. *Tobacco Control*. 2019; 28: 434–439.
14. Weiger C., Hoe C., Cohen J.E. Seven-year tobacco tax plan in Ukraine: a case study of the actors, tactics and factors motivating policy passage. *BMJ Open* 2022;12:e049833. DOI: 10.1136/bmjopen-2021-049833.
15. Stoklosa M. Prices and cross-border cigarette purchases in the EU: evidence from demand modelling. *Tobacco Control*. 2020; 29:55–60.
16. Ranđelović, S., Bisić, M. Excise duties harmonisation and smoking in a model with cross-border arbitrage. *Empirica*. 2021. № 48. P. 507–532.
17. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#n5748> (дата звернення: 20.02.2023).
18. Державна служба статистики України. URL: <https://www.ukrstat.gov.ua/> (дата звернення: 20.02.2023).
19. Надходження податків і зборів. Офіційний сайт Державної податкової служби України. URL: <https://tax.gov.ua/diyalnist-/pokazniki-roboti/nahodjennya-podatkov-i-zboriv--obovyaz/nahodjennya-podatkov-i-zboriv/> (дата звернення: 20.02.2023).
20. Про загальний режим акцизних зборів : Директива Ради 2008/118/ЄС від 16 грудня 2008 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156-2012-p>. (дата звернення: 20.02.2023).
21. Про зближення оподаткування сигарет : Директива № 92/79/ЄЕС Ради ЄС від 19 жовтня 1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/994_a74 (дата звернення: 20.02.2023).
22. Про зближення оподаткування на перероблений тютюн, інший, ніж сигарети : Директива № 92/80/ЄЕС Ради ЄС від 19 жовтня 1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a77 (дата звернення: 20.02.2023).
23. Про податки, інші, ніж податки з обороту, які впливають на споживання тютюнових виробів : Директива Ради 95/59/ЄС від 27 листопада 1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_442 (дата звернення: 20.02.2023).
24. Про структуру і ставки акцизів, що застосовуються до тютюнових виробів (кодифікація) : Директива Ради 2011/64/ЄС від 21 червня 2011 р. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45885> (дата звернення: 20.02.2023).
25. Директива Європейського Парламенту і Ради 2014/40/ЄС від 3 квітня 2014 року про наближення законів, підзаконних та адміністративних положень держав-членів щодо виробництва, презентації та продажу тютюнових виробів і супутніх продуктів та про скасування Директиви 2001/37/ЄС. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/2014-40-es.pdf> (дата звернення: 20.02.2023).
26. Огляд прецедентного права Суду Європейського Союзу у сферах, що регулюються Угодою про асоціацію між Україною та ЄС. URL: https://eu-ua.kmu.gov.ua/sites/default/files/inline/files/review-of-the-case-law-of-the-eu-court-of-justice-fields-covered-by-the-association-agreement-2018.1.1.ukr_1.pdf (дата звернення: 20.02.2023).

27. Рішення Суду ЄС від 22.02.2022 Case C-160/20 Stichting Rookpreventie Jeugd and Others. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Stichting%2BRookpreventie%2BJeugd%2Band%2BOthers&docid=254381&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794922#ctx1> (дата звернення: 20.02.2023).

28. Рішення Суду ЄС від 09.06.2022 IMPERIAL TOBACCO BULGARIA' EOOD, Case C-55/21. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=IMPERIAL%2BTOBACCO%2BBULGARIA%25E2%2580%2599%2BEOOD%2B&docid=260523&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=794484#ctx1> (дата звернення: 20.02.2023).

29. Про забезпечення електронної простежуваності обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів, рідин, що використовуються в електронних сигаретах : проект Закону України від 15 грудня 2022 р. № 8286. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41031> (дата звернення: 20.02.2023).

30. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України у зв'язку із запровадженням електронної простежуваності обігу алкогольних напоїв, тютюнових виробів та рідин, що використовуються в електронних сигаретах : проект Закону України від 15 грудня 2022 р. № 8287. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41030> (дата звернення: 20.02.2023).

31. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо підвищення ефективності протидії правопорушенням у сфері виготовлення, зберігання, збуту та транспортування підакцизних товарів : проект Закону України від 15 грудня 2022 р. № 8288. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41032> (дата звернення: 20.02.2023).

32. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо запровадження електронної акцизної марки та системи Е-акциз контролю за обігом тютюнових виробів : проект Закону від 30 грудня 2022 р. № 8287-1. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41101> (дата звернення: 20.02.2023).

33. Про технічні стандарти для створення та забезпечення функціонування системи відстеження тютюнових виробів : Імплементативний Регламент Комісії (ЄС) 2018/574 від 15 грудня 2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_032-18#Text (дата звернення: 20.02.2023).

34. Монаєнко А.О., Атаманчук Н.І. Правове регулювання акцизного оподаткування в умовах сучасних викликів та тенденцій розвитку правової держави : монографія. Одеса : Гельветика, 2022. 276 с.

УДК 342.4 (477)

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.17>

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Півненко Людмила Володимирівна,

старший викладач кафедри
державно-правових дисциплін та міжнародного права
Державного біотехнологічного університету



У статті проведено комплексний аналіз сутності і змісту конституційного права на судовий захист та особливостей його реалізації в умовах правового режиму воєнного стану. Узагальнюючи різні наукові підходи, визначено, що право на судовий захист – це природне, невідчужуване і таке, що за жодних умов не підлягає обмеженню права людини, закріплене як у Конституції України, так і у важливих міжнародно-правових актах, що визначають загальнолюдські стандарти прав та свобод людини. Утвердження та забезпечення права на судовий захист Конституція України покладає на державу як її головний обов'язок, який полягає у створенні необхідних і достатніх умов для його реалізації. Унаслідок російської військової агресії судова система зіткнулася з багатьма викликами, а влада змушена була оперативно реагувати шляхом напрацювання «дієздатних» правових алгоритмів і прийняття відповідних законодавчих змін із метою забезпечення реалізації права на судовий захист та запобігання загрозам життю і здоров'ю суддів та учасників судового процесу. У ході дослідження проаналізовано зміни до ст. 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» і доведено, що за умов воєнного стану застосування імперативної правової норми щодо зміни територіальної підсудності є неприйнятним. Під час вирішення питання про зміну територіальної підсудності судових справ необхідно керуватися правилом «безпеки суду і учасників судового процесу», а не правилом «територіальної наближеності суду», як це визначив законодавець. Зазначено, що в умовах воєнного стану ефективною формою реалізації права на судовий захист є дистанційне судочинство, але це питання потребує законодавчого врегулювання шляхом внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» задля забезпечення можливості брати участь у судових засіданнях дистанційно не лише учасникам справи, а й секретарям судових засідань та суддям.

Ключові слова: воєнний стан, конституційні права, право на судовий захист, судовий розгляд, територіальна підсудність, дистанційне судочинство.

Pivnenko Liudmyla. Problem aspects of the implementation of the law for judicial protection under the conditions of martial law

This article provides a comprehensive analysis of the essence and content of the constitutional right to judicial protection and the peculiarities of its implementation in the conditions of the legal regime of martial law. Summarizing various scientific approaches, the author determines that the right to judicial protection is a natural inalienable and under no circumstances subject to restriction human right enshrined in the Constitution of Ukraine and in important international legal acts defining universal standards of human rights and freedoms. The Constitution of Ukraine imposes on the state the main duty to establish and ensure the right to judicial protection, which is to create the necessary and sufficient conditions for its realization. Because of the Russian military aggression, the judicial system faced many challenges, and the authorities were forced to respond quickly by developing "effective" legal algorithms and adopting appropriate legislative changes in order to ensure the implementation of the right to judicial protection and prevent threats to the life and health of judges and participants in the judicial process. During the study, the changes to Art. 147 of the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" and it has been proven that under the conditions of martial law, the application of a mandatory legal

provision on changing territorial jurisdiction is unacceptable. When deciding the issue of changing the territorial jurisdiction of court cases, it is necessary to be guided by the rule of "safety of the court and participants in the court process", rather than the rule of "territorial proximity of the court" as defined by the legislator. It is noted that that under martial law, an effective form of exercising the right to judicial protection is remote judicial proceedings, but this issue requires legislative regulation by introducing amendments to the Law of Ukraine "On the Judicial System and the Status of Judges" in order to ensure the opportunity to participate in court sessions remotely not only for participants cases, but also to secretaries of court sessions and judges.

Key words: martial law, constitutional rights, right to judicial protection, judicial review, territorial jurisdiction, remote justice.

Постановка проблеми. 24 лютого Російська Федерація вдерлася на територію України, назавжди змінивши життя усіх українців. На тлі триваючої повномасштабної війни РФ проти України російські окупанти вчиняють незліченну кількість злочинів, тим самим порушуючи великий спектр прав людини та громадянина, які закріплені у Конституції України та міжнародних нормативно-правових актах. Одним із таких прав є невід'ємне конституційне право людини на судовий захист. Зрозуміло, що за нинішніх умов наша держава опинилася у безпрецедентній ситуації, коли можливість функціонування налагодженої судової системи, орієнтованої на захист прав людини, в окремих регіонах України суттєво обмежена. У місцях проведення активних бойових дій, на окупованих територіях чи у знищених будівлях судів здійснювати правосуддя надто складно, а в деяких випадках практично неможливо. Але, незважаючи на складнощі та кардинальні зміни щодо пріоритетів у житті кожної людини й орієнтування на такі загальнолюдські цінності, як життя, здоров'я та безпека, потреба звернення до суду за захистом порушених прав була і залишається навіть в умовах війни.

Стан опрацювання проблематики. Питання щодо правової природи права на судовий захист, його змісту та проблемних аспектів реалізації завжди були у центрі уваги вчених та практиків і отримали ґрунтовний фаховий аналіз у науковій доктрині. Зокрема, вказаній тематиці присвятили свої роботи: Ю. Барабаш, В. Крижановський, В. Лазарєв, О. Лемак, Н. Карпачова, Т. Малиновська, В. Погорілко, М. Смокович, Ю. Тодика, О. Уляновська, С. Чорна, З. Шевчук та ін. Дослідники у своїх роботах висвітлювали окремі аспекти змісту поняття права на судовий захист, його структурних елементів

тощо. Поза увагою науковців залишалися питання щодо особливостей реалізації права на судовий захист в умовах воєнного стану, і це зрозуміло, оскільки Україна вперше з моменту проголошення незалежності опинилася у стані повномасштабної війни. Сьогодні питання реалізації права на судовий захист є надзвичайно актуальним, оскільки населення навіть в умовах війни потребує судового захисту, але виникають труднощі не лише щодо реалізації права на судовий захист, а й доступу до правосуддя у цілому.

Мета статті – комплексний аналіз сутності та змісту конституційного права на судовий захист та особливостей його реалізації в умовах правового режиму воєнного стану.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж перейти до запланованого дослідження, необхідно спочатку визначитися із самим поняттям права на судовий захист. Конституція України, проголошуючи права людини і громадянина основною соціальною цінністю, закріплює цілу систему прав особи, до якої віднесено і право на судовий захист. Право на судовий захист є одним із фундаментальних прав людини, яке належить до громадянських прав та знаходить своє закріплення на конституційному рівні не лише в Україні, а й у більшості розвинутих держав світу. Окрім цього, право на судовий захист закріплено у важливих міжнародно-правових актах, що визначають загальнолюдські стандарти прав та свобод людини, а саме: у ст. 8 Загальної декларації прав людини, ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ст. 6 Європейської конвенції з прав людини, у яких передбачено право кожної людини на поновлення в правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, гарантованих Конституцією або законом. Деклару-

вання права на судовий захист у таких грандіозних міжнародно-правових актах саме по собі не може бути ефективним за відсутності його нормативної регламентації у національному законодавстві.

Аналізуючи національне законодавство, можна констатувати, що право на судовий захист у тому вигляді, у якому сьогодні воно закріплене в Конституції України, існувало не завжди. Незважаючи на те що радянська Конституція, а також закони про оскарження незаконних дій посадових осіб формально закріплювали широке поняття судового захисту, насправді це було лише фікцією права. Указана ситуація зазнала змін із прийняттям Конституції України в 1996 р. [1, с. 6] В Основному Законі нашої держави, право на судовий захист закріплено у ст. 55, яка зазначає, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Ст. 8 Конституції України гарантує «звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України», адже її норми є нормами прямої дії. Виходячи зі змісту даної правової норми, можна стверджувати, що судовий захист можна розглядати як вид державного захисту прав та свобод людини і громадянина. І саме держава бере на себе такий обов'язок. Судовий захист прав виступає основною державною гарантією їх дотримання та охорони і водночас є одним із фундаментальних прав особи [2, с. 125].

У науковій доктрині право на судовий захист у широкому розумінні розглядається як конституційне право, що визначає та фіксує ступінь свободи правомірної поведінки і полягає у можливості носія такого права самостійно вчиняти юридично значущі активні дії з метою охорони або захисту своїх прав, свобод та законних інтересів виключно за встановленою процесуальним законом процедурою [3, с. 17].

Досліджуючи конституційно-правовий аспект права на судовий захист, О. Лемак визначає його як суб'єктивне публічне право особи на доступ до незалежного

і безстороннього вирішення спорів за встановленою правовою процедурою на засадах верховенства права і справедливості [4, с. 17]. На думку С. Чорної, право на судовий захист є обов'язковим складником кожного суб'єктивного права особи, яке вона може реалізувати як безпосередньо, так і через діяльність державних чи уповноважених державою органів або організацій, які створюють необхідні умови, що сприяють відновленню порушеного права, припиненню правопорушення та притягненню винних до відповідальності [5, с. 187]. З. Шевчук право на судовий захист розглядає як право кожного на відкритий розгляд і вирішення впродовж розумного строку компетентним, незалежним і неупередженим судом конкретної судової справи правовими засобами, наданими судом з метою захисту гарантованих Конституцією, законами України, а також нормами міжнародного законодавства прав і свобод людини та громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства та держави, а також законодавчо закріплена і гарантована можливість оскарження судового рішення з мотивів його незаконності та/або необґрунтованості [6, с. 546].

Отже, аналізуючи вищевикладене, можна констатувати, що право на судовий захист – це природне невідчужуване і таке, що за жодних умов не підлягає обмеженню конституційне право людини, яке гарантоване Конституцією України та міжнародно-правовими документами, суб'єктивне право людини на справедливе відновлення і судовий захист порушених конституційних прав із подальшим забезпеченням державою обов'язковості і невідворотності виконання судового рішення за будь-яких умов.

Утвердження та забезпечення конституційних прав і свобод людини, у тому числі права на судовий захист, Конституція України покладає на державу як її головний обов'язок, який полягає у створенні необхідних і достатніх умов для їх реалізації та механізму їх захисту, а формування державної політики у сфері прав людини відбувається відповідно до сучасних викликів та потреб суспільства. Повномасштабна війна, яку підступно розпочала Російська Федерація проти України, зму-

сила весь державний апарат і суспільство у цілому перейти до оперативного функціонування в умовах воєнного стану, що, своєю чергою, значно ускладнило діяльність держави щодо гарантування конституційних прав людини в умовах об'єктивної необхідності їх часткового обмеження.

Як уже зазначалося, забезпечення конституційних прав людини та недопущення не передбачених законом обмежень таких прав є пріоритетним завданням держави. У зв'язку із цим національне законодавство містить правові норми, які убезпечують громадян від свавілля держави у разі введення режиму воєнного стану. Конституція України у ч. 2 ст. 64 містить вичерпний перелік прав людини та громадянина, які навіть в умовах воєнного стану обмежувати забороняється. До цього переліку відноситься і право на судовий захист. Із цього приводу В.Я. Крижановський справедливо зазначає, що право на судовий захист не підлягає жодним обмеженням, оскільки джерелом необмеженого права на судовий захист є безпосередньо Конституція України, яка зазначає, що конституційні права та свободи людини і громадянина не можуть бути обмеженими, крім випадків, передбачених Конституцією України, а право на судовий захист прав і свобод, зокрема, не може бути обмеженим навіть в умовах воєнного чи надзвичайного стану (ст. 64 Конституції України). Усі інші нормативно-правові акти (як законодавчі, так і підзаконні) можуть лише визначити порядок реалізації цього права, а не відмінити його чи встановити такі процедури, які ускладнили б або ж зробили, по суті, неможливим його реалізацію зацікавленими особами [7, с. 3].

Безумовно, живучи у реаліях сьогодення, українцям важко гарантувати реалізацію конституційних прав людини та безперебійну діяльність державних інституцій так, як це було в Україні у мирний час. Унаслідок російської військової агресії судова система зіткнулася з багатьма викликами. Частина судів України сьогодні призупинила свою діяльність через активні бойові дії та тимчасову окупацію. Для прикладу, як зазначив голова Ради суддів України Богдан Моніч, довоєнна статистика свідчить, що щодня до Єдиного державного реєстру судових рішень вносилися близько 30 тис

судових рішень, тоді як зараз цей показник є набагато нижчим [8]. Очевидно, що за таких обставин держава була змушена оперативно реагувати шляхом напрацювання «дієздатних» і «життєздатних» правових алгоритмів і прийняття відповідних законодавчих змін із метою забезпечення реалізації права кожного на гарантований судовий захист та запобігання загрози життю та здоров'ю суддів і учасників судового процесу.

Загалом нормативною основою правового режиму воєнного стану є положення п. 20 ч. 1 ст. 106 Конституції України та Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 № 389-VIII (Закон № 389-VIII), у ст. 10 якого зазначено, що повноваження судів не можуть бути припинені, а ст. 26 чітко зазначає, що навіть в умовах воєнного стану правосуддя здійснюється лише судами, які створені відповідно до Конституції України. Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється, тобто не може бути обмежено конституційне право людини на судовий захист. У разі неможливості здійснювати правосуддя судами, які діють на території, на якій уведено воєнний стан, законами України може бути змінена територіальна підсудність судових справ, що розглядаються у цих судах, або в установленому законом порядку змінено місцезнаходження судів [9].

Положення про зміну територіальної підсудності містяться і у ч. 1 ст. 12 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207-VII, де зазначено, що у разі неможливості здійснення правосуддя судами, розташованими на тимчасово окупованих територіях, територіальна підсудність судових справ, що розглядаються у таких судах, визначається в порядку, передбаченому ч. 7 ст. 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [10].

Із метою ефективної реалізації вказаних правових положень Верховна Рада України прийняла Закон України від 03.03.2022 № 2112-IX «Про внесення зміни до частини сьомої статті 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо визначення територіальної підсудності судових справ», у якому уточнено,

що у разі неможливості здійснення правосуддя судом з об'єктивних причин під час воєнного або надзвичайного стану, у зв'язку зі стихійним лихом, військовими діями, заходами щодо боротьби з тероризмом або іншими надзвичайними обставинами може бути змінено територіальну підсудність судових справ, що розглядаються в такому суді, за рішенням Вищої ради правосуддя, що ухвалюється за поданням Голови Верховного Суду, шляхом її передавання до суду, що найбільш територіально наближений до суду, який не може здійснювати правосуддя, або іншого визначеного суду [11].

Із системного тлумачення зазначених правових норм випливає, що дані зміни надають можливість усім зацікавленим особам, які мали відкриті судові справи в судах та мали намір звернутися до суду для захисту свого порушеного права в судовому порядку, здійснити це. Але така позиція законодавця викликала критичні зауваження. Зокрема, М.І. Смокович зазначає, що позиція законодавця щодо визначення територіального «адресата» (на розгляд якого передаються судові справи) як «найбільш територіально наближеного» до того суду, від якого ці справи передаються, є необґрунтованою, законодавець допустився помилки, надмірно конкретизувавши «територіальну наближеність» «адресата» та «адресанта». На думку автора, немає сенсу змінювати територіальну підсудність судових справ і здійснювати їх передачу до сусіднього суду, який найбільш територіально наближений, до того, котрий перебуває у зоні бойових дій або окупації тощо. Така нормативна конкретизація, як «найбільш територіально наближений суд», є прийнятною і зрозумілою щодо зміни територіальної підсудності судових справ, коли йдеться про режим надзвичайного стану, стихійне лихо тощо, проте не дій військового спрямування [12, с. 452].

Така точка зору є обґрунтованою, із нею важко не погодитися, адже в сучасних умовах важко спрогнозувати перебіг воєнних дій на певних територіях, оскільки противник продовжує свою злочинну поведінку з метою досягнення певних політичних цілей та захоплення українських територій. Режим роботи кожного конкрет-

ного суду безпосередньо пов'язаний із наявністю контролю над певною територією та населеним пунктом із боку України та наявністю безпеки для роботи суду з огляду на хід бойових дій та їх географію. За таких умов застосування вказаної імперативної правової норми в умовах правового режиму воєнного стану є неприйнятним. Під час вирішення питання про зміну територіальної підсудності судових справ необхідно керуватися правилом «безпеки суду і учасників судового процесу», а не правилом «територіальної наближеності суду», як це визначив законодавець.

В умовах воєнного стану ефективною формою реалізації права на судовий захист залишається дистанційне судочинство, яке було запроваджено як в Україні, так і у багатьох країнах світу ще під час пандемії COVID-19. Навесні 2020 р. Верховна Рада України прийняла закони, які надали можливість учасникам судового провадження брати участь у судових засіданнях, тим самим реалізуючи своє право на судовий захист, дистанційно. У цілому дистанційне судочинство є складним як у процесуальному розумінні, так і в організаційно-технічному, особливо в умовах війни, тому нині виникла гостра необхідність удосконалення законодавчої бази та практики дистанційних судових слухань, зокрема для забезпечення можливості брати участь у судових засіданнях дистанційно не лише учасникам справи, а й суддям та секретарям судових засідань.

Чинний Закон України «Про судоустрій і статус суддів» у ч. 8 ст. 11 містить імперативну вимогу про те, що судові засідання проводяться виключно у спеціально обладнаному для цього приміщенні суду – залі засідань, яке придатне для розміщення сторін та інших учасників судового процесу і дає змогу реалізовувати надані їм процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки [13]. Але за нинішніх умов не лише учасники процесу, а й співробітники суду не завжди можуть дістатися до приміщення суду через загрозу ракетних обстрілів чи з інших об'єктивних причин, наприклад у зв'язку з від'їздом у більш безпечний регіон країни тощо.

Із метою вирішення питання щодо можливості дистанційної участі у судовому процесі суддів та секретарів судових засі-

дань Верховний Суд звернувся із запитом до європейських колег, і, як повідомила секретар ВП ВС Л. Рогач, експерти Європейської комісії з питань ефективності правосуддя (СЕРЕJ) підтвердили, що дистанційна форма участі судді в засіданні не суперечить європейським стандартам, ба більше, така можливість передбачена в законодавстві деяких європейських країн [14]. Із цього приводу були висловлені аргументовані пропозиції про необхідність доповнити ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» нормою про те, що у разі неможливості здійснення правосуддя судом з об'єктивних причин під час воєнного або надзвичайного стану, у зв'язку з військовими діями судові засідання можуть проводитися у залах засідань інших судів, а також у режимі відеоконференції поза межами приміщення суду (зали засідань), у тому числі й суддею, із використанням власних технічних засобів [15, с. 30].

Висновки. Аналізуючи вищевикладене, можна констатувати, що право на судовий захист є одним із фундаментальних прав людини, яке гарантоване Конституцією України й яке навіть за умов воєнного стану не припиняється та не обмежується,

проте може реалізовуватися з певними особливостями. Повномасштабне російське вторгнення на територію України, введення воєнного стану та вимушене зупинення функціонування окремих судів зумовили відповідні законодавчі зміни щодо оптимізації діяльності судової системи та територіальної юрисдикції судів. Сьогодні однією з форм реалізації права на судовий захист залишається дистанційне судочинство, яке є складним як у процесуальному розумінні, так і в організаційно-технічному, особливо в умовах війни. За таких умов постає гостра необхідність удосконалення законодавчої бази та практики дистанційних судових слухань, зокрема для забезпечення можливості брати участь у судових засіданнях дистанційно не лише учасникам справи, а й суддям та секретарям судових засідань.

Сьогодні у країні склалася достатньо непроста ситуація, яка потребує рішучих дій та нешаблонних рішень, запровадження принципово нових процедур, які мають на меті забезпечити можливість реалізувати право на судовий захист і не наражати на небезпеку життя та здоров'я учасників судового процесу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Карпачова Н.І. Міжнародні стандарти у галузі прав і свобод людини та проблеми їх реалізації в Україні. *Право України*. 2009. № 4. С. 4–21.
2. Конституція України. Науково-практичний коментар / за заг. наук. ред. К.І. Чижмарь. Київ : Професіонал, 2018. 290 с.
3. Уляновська О.В. Адміністративно-правові засади реалізації права на судовий захист в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07 ; Науково-дослідний інститут публічного права, Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Київ, 2019. 389 с.
4. Лемак О.В. Право на судовий захист: конституційно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2014. 19 с.
5. Чорна С. Роль судової влади в конституційно-правовому механізмі захисту прав і свобод людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 8. С. 186–190.
6. Шевчук З.І. Право на судовий захист у сучасних умовах. *Актуальні проблеми права: теорія та практика*. 2012. № 24. С. 545–552.
7. Крижановський В.Я. Конституційно-правові засади судового захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2013. 20 с.
8. Моніч Б. Про особливості відправлення правосуддя в Україні під час війни. URL: <http://rsu.gov.ua/ua/news/bogdan-monic-pro-zdijsnenna-pravosudda-v-ukraini-pid-cas-vijni>.
9. Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.
10. Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207 -VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>.

11. Закон України «Про внесення зміни до частини сьомої статті 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо визначення територіальної підсудності судових справ» від 03.03.22 № 2112-IX. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/t222112>.

12. Смокович М.І. Здійснення правосуддя в умовах воєнного стану: до питання законодавчих змін. *Науковий вісник Ужгородського національного Університету. Серія «Право»*. 2022. Вип. 70. С. 450–455.

13. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» № 1402 – VIII від 02.06.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

14. Рогач Л., секретар ВП ВС. URL: <https://advokatpost.com/vazhlyvo-zaprovadyty-mozhlyvist-dystantsijnoi-uchasti-dlia-suddiv-i-sekretariv-sudovykh-zasidan-sekretar-vp-vs-larysa-rohach/>.

15. Міністерство юстиції України. Директорат правосуддя та кримінальної юстиції. «Оперативний моніторинг: правосуддя в умовах війни» / відп. ред. к.ю.н. О.М. Олійник. 188 с. URL: <https://minjust.gov.ua/m/monitoring-vprovadjennya-ta-analiz-efektivnosti-npa>.

УДК 342.951

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.18>

ФУНКЦІОНУВАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ МИТНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ПІД ЧАС ДІЇ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВОЄННОГО СТАНУ



Федотов Олексій Павлович,

orcid.org/0000-0001-7659-3023

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри морського та митного права
Національного університету «Одеська юридична академія»



Назарко Артем Аркадійович,

orcid.org/0000-0002-4190-7288

аспірант кафедри морського та митного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті проаналізовано особливості функціонування територіальних органів Державної митної служби України під час дії правового режиму воєнного стану. Досліджено правові норми, які регулюють організацію діяльності Державної митної служби України. Проаналізовано сформульовану Державною митною службою України тенденцію щодо розмежування митниць на митниці, що працюють у звичайному режимі, та митниці, у яких встановлено простій у роботі, та специфіку їх розмежування. Розглянуто частину безпекових, правоохоронних, контролюючих, фіскальних функцій, що реалізуються в умовах здійснення митних формальностей, які до цього реалізовувалися митницями, у яких було в подальшому встановлено простій у роботі на митниці, що працюють у звичайному режимі. Визначено та проаналізовано перелік митниць, яких було введено у режим тимчасового простою, а пізніше – виведено із нього. Проаналізовано зміни до митного законодавства щодо встановлення пільг та звільнень від сплати платежів у 2022 році. Розглянуто проблеми, які пов'язані з особливостями дії правового режиму воєнного стану, що впливають на регулювання митних платежів в Україні. Проаналізовано компетенції територіальних органів Державної митної служби України як її відокремлених структурних підрозділів під час дії правового режиму воєнного стану. Зроблено висновки про невідповідність повноважень та функцій Державної митної служби України викликам сьогодення, які повстають перед Державною митною службою України, виходячи з особливостей правового режиму воєнного стану. Встановлено, що територіальні органи Державної митної служби України не мають повноважень щодо контролю за внутрішнім ринком, зокрема, не мають повноважень відслідковувати походження товарів, продукції, сировини тощо; не мають повноважень виступати як «органи стягнення» в питаннях забезпечення погашення податкового боргу; не мають права стягнення своєчасно ненарахованих або несплачених сум митних та інших платежів.

Ключові слова: територіальні органи Державної митної служби України, Державна митна служба України, воєнний стан, митниця, компетенції.

Fedotov Oleksii, Nazarko Artem. Functioning of the Territorial Bodies of the State Customs Service of Ukraine during the Legal Regime of the Martial Law

The article analyzes the peculiarities of the functioning of the territorial bodies of the State Customs Service of Ukraine during the legal regime of martial law. The article studies legal norms governing the organization of the State Customs Service of Ukraine. The article legally assesses the trend formulated by the State Customs Service of Ukraine regarding the demarcation

of customs offices into customs offices operating in normal mode and customs offices in which ease of operation has been established, as well as their demarcation. The article considers part of the security, law enforcement, control, and fiscal functions, which are implemented in the conditions of customs formalities, which were previously implemented by customs offices, which were temporarily non-operational at customs offices operating in normal mode. The article determines and analyzes the list of customs offices that were entered into the regime of temporary downtime and later removed from it. The article investigates changes to customs legislation regarding establishing benefits and exemptions from payment in 2022. The article considers problems related to the peculiarities of the legal regime of martial law, which affect the regulation of customs payments in Ukraine. The article scrutinizes the competencies of the territorial bodies of the State Customs Service of Ukraine, as its separate structural divisions, during the legal regime of martial law. Authors make conclusions about the inconsistency of the powers and functions of the State Customs Service of Ukraine with today's challenges, which arise before the State Customs Service of Ukraine based on the peculiarities of the legal regime of martial law. The authors establish that the territorial bodies of the State Customs Service of Ukraine do not have the authority to control the internal market; in particular, they do not have the authority to track the origin of goods, products, and raw materials; they do not have the authority to act as «enforcement bodies» in matters of ensuring repayment of tax debt; do not have the right to recover timely uncalculated or unpaid amounts of customs and other payments.

Key words: *customs, territorial bodies of the State Customs Service of Ukraine, State Customs Service of Ukraine, martial law, armed conflict, competencies.*

Державна митна служба України (далі – Держмитслужба) забезпечує реалізацію державної митної політики, захищає митні інтереси країни, створює сприятливі умови для розвитку зовнішньоекономічної діяльності, зберігає необхідний баланс між контролем та спрощенням митних процедур та митних формальностей. Функціонує Держмитслужба як єдина юридична особа, а її територіальні органи – митниці, працюють як відокремлені структурні підрозділи, діяльність яких спрямовано на європейську та євроатлантичну інтеграцію України. Таким чином, Держмитслужба утворила новітню структуру управління своєю організаційно-штатною системою, за якою усі відокремлені структурні територіальні підрозділи, що функціонують у дискретному територіальному просторі (у зоні своєї службової діяльності), входять до зони службової відповідальності Центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику. Держмитслужба ефективно адмініструє та веде облік митних платежів, завдяки чому забезпечує значну частину доходів до державного бюджету України, керуючись виключно чинним законодавством. Відповідно до цього забезпечення безперервного функціонування територіальних органів як відокремлених структурних підрозділів Держмитслужби під час дії правового режиму воєнного стану на території України є вкрай важливим у складних та

швидкоплинних, а також вкрай змінюваних умовах ведення Збройними Силами України бойових дій з російської федерацією, завданням. Вказане обумовлює актуальність обраної теми.

Стан наукового дослідження питання. Незважаючи на той факт, що проблематикою функціонування територіальних органів Державної митної служби України займалася досить розгалужена плеяда вітчизняних вчених та практиків митної галузі: Башнянин Г.І., Бережнюк І.Г., Білова Н.А., Гребельник О.П., Додін Є.В., Зотенко О.О., Івашова Л.М., Ківалов С.В., Комзюк В.Т., Кормич Б.А., Кунєв Ю.Д., Левченко С.Г., Лялька А.Б., Науменко В.П., Пашко П.В., Пісний П.Я., Приймаченко Д.В., Сандровський К.К., Терещенко С.С., Третяк Г.С., Трофімов С.А. та інші – вказаному питанню досі властивий високий рівень наукової новизни. Адже питання специфіки функціонування територіальних органів Державної митної служби України під час дії правового режиму воєнного стану не знайшли свого належного вирішення, що зумовлює актуальність представленої статті.

Метою статті є дослідження специфіки функціонування територіальних органів Державної митної служби України під час дії правового режиму воєнного стану.

Виклад основного змісту. Відповідно до положень Податкового кодексу України (далі – ПКУ) митні органи – це контролюю-

ючі органи (центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, митниці та митні пости [1, п. 34¹, ч. 1 ст. 4]) – щодо дотримання законодавства з питань митної справи та оподаткування митом, акцизним податком, податком на додану вартість, іншими податками та зборами, які відповідно до податкового, митного та іншого законодавства справляються у зв'язку із ввезенням (пересиланням) товарів на митну територію України або територію вільної митної зони або вивезенням (пересиланням) товарів з митної території України або території вільної митної зони [2, пп. 41.1.2. п. 41.1 ст. 41].

На митній території України функціонує 26 митниць – територіальних органів, як відокремлених підрозділів Держмитслужби: Вінницька, Волинська, Дніпровська, Донецька, Енергетична, Житомирська, Закарпатська, Запорізька, Івано-Франківська, Київська, Кропивницька, Луганська, Львівська, Миколаївська, Одеська, Полтавська, Рівненська, Сумська, Тернопільська, Харківська, Херсонська (Митниця в Херсонській області, Автономній Республіці Крим і м. Севастополі), Хмельницька, Черкаська, Чернівецька, Чернігівська, Координаційно-моніторингова [3]. Однак із початком військової агресії з боку російської федерації проти України 24 лютого 2022 р. частина територіальних просторів Донецької, Луганської, Херсонської, Миколаївської, Запорізької, Харківської областей України в різний період часу знаходяться (знаходились) під тимчасовою окупацією, на окремих територіях деяких із перелічених областей вводяться (велись) бойові дії. У зв'язку із чим Урядом України було прийнято рішення про тимчасове закриття деяких пунктів пропуску через державний кордон України та пунктів контролю [4]. Як результат – встановлення Держмитслужбою *простою* у роботі деяких митниць та їх структурних підрозділів: Донецької, Луганської, Харківської, Миколаївської митниць та Митниці в Херсонській області, Автономній Республіці Крим і м. Севастополі [5]. Простій – зупинення роботи, якого викликано відсутністю організаційних або технічних умов, необхідних для виконання роботи, невідворотною силою або іншими обставинами [6, ч. 1 ст. 34].

З огляду на вищевказане та з метою забезпечення виконання окремих функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення митниць, що перебувають у простої, тимчасово, до виходу таких митниць з простою, Держмитслужбою було визначено, що: Тернопільська митниця уповноважує відповідних посадових осіб на виконання функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення Донецької митниці; Хмельницька митниця уповноважує відповідних посадових осіб на виконання функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення Луганської митниці; Дніпровська митниця уповноважує відповідних посадових осіб на виконання функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення Харківської митниці; Черкаська митниця уповноважує відповідних посадових осіб на виконання функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення Митниці в Херсонській області, Автономній Республіці Крим і м. Севастополі; Полтавська митниця уповноважує відповідних посадових осіб на виконання функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення Миколаївської митниці [7].

Слід наголосити на тому, що, крім зазначених вище митниць, у режим простою було введено і деякі інші структурні підрозділи інших митниць Держмитслужби, наприклад: митні пости «Велика Писарівка», «Бачівськ», «Дружба», «Катеринівка», відділи митного оформлення «Юнаківка» та «Білопілля» митного поста «Суми» Сумської митниці; митні пости «Нові Яроловичі», «Славутич», «Сеньківка», «Новгород-Сіверський», відділи митного оформлення № 2 та № 3 митного поста «Чернігів», відділ митного оформлення № 1 митного поста «Сновськ» Чернігівської митниці; митний пост «Ямпіль» Вінницької митниці; митні пости «Дольськ», «Доманове», «Піща», пункт контролю на залізничній станції «Ковель» пункту пропуску «Заболоття-Хотислав» митного поста «Ковель» Волинської митниці; відділ митного оформлення № 1 митного поста «Спеціалізований» Дніпровської митниці; відділ митного оформлення «Куп'янськ» митного поста «Східний» Енергетичної митниці;

відділ митного оформлення «Залізничний» митного поста «Коростень», митний пост «Овруч», митний пост «Олевськ», митний пост «Виступовичі-автомобільний» Житомирської митниці; митні пости «Мелітополь», «Бердянськ», відділ митного оформлення № 1 митного поста «Запоріжжя-аеропорт» Запорізької митниці; відділ митного оформлення № 3 митного поста «Прикарпаття» Івано-Франківської митниці; митні пости «Аеропорт «Київ» (Жуляни)», «Бориспіль», «Вільча», відділ митного оформлення № 3 митного поста «Вишневе», відділ митного оформлення № 2 митного поста «Київ-центральный» Київської митниці; митний пост «Львів-аеропорт» Львівської митниці; митні пости «Удрицьк», «Прикладники», «Городище», відділ митного оформлення № 2 митного поста «Сарни» Рівненської митниці [8].

Хотілось би підкреслити і те, що у зв'язку із ходом бойових дій та подальшими результатами їх проведення ситуація у контексті забезпечення безперервного функціонування територіальних органів як відокремлених структурних підрозділів Держмитслужби постійно і досить швидкоплинно змінюється. Так, після активізації наступальних дій Збройних Сил України влітку та восени 2022 р., у ході яких значну частину територій України було звільнено від військових угруповань російської федерації та внаслідок чого було зірвано первинні плани росії із загарбання інших територій України, з'явилася можливість забезпечити безперервне функціонування деяких територіальних органів як відокремлених підрозділів Держмитслужби шляхом виведення їх із простою. Так, з 05.12.2022 р. здійснено припинення простою у роботі митних постів «Міжнародний аеропорт Одеса», «Кучурган» та «Подільськ» Одеської митниці, з 01.12.2022 р. припинено простій у роботі заступників начальника Харківської митниці, начальників митних постів «Залізничний» та «Аеропорт «Харків» Харківської митниці [8], що передбачило повернення Харківської митниці до виконання своїх функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення, яких раніше було покладено на уповноважених посадових осіб Дніпровської митниці.

Наголосимо, що вищевказані системні процеси сприяють постійним змінам в організаційній та штатній структурі Держмитслужби: не тільки здійснюються оптимізаційні дії за структурою структурних підрозділів територіальних органів Держмитслужби [9], а й проходять також певні вивільнення кадрового потенціалу Держмитслужби – посадових осіб митниць із подальшим їх переведенням до структури інших митниць (з митниць, у яких встановлено простій у роботі, до митниць, що працюють у звичайному режимі), а також здійснюється перерозподіл частини безпекових, правоохоронних, контролюючих, фіскальних функцій між митницями (тимчасово вказані функції вивільнюються з компетенції митниць, у яких встановлено простій у роботі, та тимчасово покладаються на визначених посадових осіб митниць, що працюють у звичайному режимі).

Таким чином, на теперішній час склалася вимушена ситуація, коли територіальні органи Держмитслужби, що працюють як відокремлені структурні підрозділи, було розділено у функціонуванні на митниці, що працюють у звичайному режимі, та митниці, у яких встановлено простій у роботі. Відповідно до вказаного Держмитслужбою покладено переважну частину безпекових, правоохоронних, контролюючих, фіскальних функцій, що реалізуються в умовах здійснення митних формальностей, і реалізовувались митницями, у яких було в подальшому встановлено простій у роботі, на митниці, що працюють у звичайному режимі.

Які ж окремі функції за напрямком організації митного контролю та митного оформлення виконують уповноважені посадові особи митниць, що працюють у звичайному режимі замість посадових осіб митниць, у яких встановлено простій у роботі? Так, перелік окремих функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення виглядає таким чином: дослідження обставин випадків недоставки товарів; здійснення роботи в частині виконання процедур МДП; організація роботи зі стягнення коштів у разі невиконання забезпечених гарантіями зобов'язань зі сплати митних платежів (крім випадків, передбачених ч. 7 ст. 55 «Коригування митної вартості товарів»,

ч. 10 ст. 260 «Тимчасова та періодична митні декларації» Митного кодексу України, інших випадків, коли законодавством з питань митної справи передбачено розстрочення сплати митних платежів), взаємодія з гарантами з таких питань; забезпечення вжиття заходів, направлених на виконання перевізником, у разі втрати або видачі ним без дозволу митного органу товарів, зобов'язання зі сплати митних платежів, встановлених законом на імпорт таких товарів; підготовка звітності щодо загальної кількості доставок і недоставок відправлень товарів у митниці призначення; прийняття рішення про подовження строків у випадках, визначених розділами V «Митні режими» та VII «Зберігання товарів, транспортних засобів комерційного призначення на складах митних органів та розпорядженням ними» Митного кодексу України, виконання митних формальностей, пов'язаних із застосуванням митних режимів; виконання митних формальностей, пов'язаних із внесенням змін до оформлених митних декларацій, визнання митних декларацій не дійсними, оформлення додаткових митних декларацій. Зазначимо, що сформовано вказаний перелік окремих функцій за напрямком організації митного контролю та митного оформлення у положеннях наказу Держмитслужби України від 14.07.2022 р. № 328 [7].

Щодо виконання вищезазначених функцій митниць, у яких встановлено простій у роботі, митницями, що працюють у звичайному режимі, можемо окремо зупинитися на таких важливих функціях за напрямком організації митного контролю та митного оформлення, як: прийняття рішення про подовження строків у випадках, визначених розділами V та VII Митного кодексу України, виконання митних формальностей, пов'язаних із застосуванням митних режимів»; виконання митних формальностей, пов'язаних із внесенням змін до оформлених митних декларацій, визнання митних декларацій не дійсними, оформлення додаткових митних декларацій. Зазначимо, що вищевказані функції замість Донецької, Луганської, Миколаївської митниць та Митниці в Херсонській області, Автономній Республіці Крим і м. Севастополі виконуються уповнова-

женими посадовими особами митниць, що працюють у звичайному режимі – Тернопільська, Хмельницька, Черкаська, Полтавська митниці.

Окремо слід вказати, що найважливішою складовою частиною окреслених двох функцій є митна декларація – важливий документ для нарахування та подальшої сплати митних платежів та виникнення податкового зобов'язання з податку на додану вартість при експорті товарів. Митна декларація – це один із документів, який проступає в обліку податкового кредиту з податку на додану вартість; право на податковий кредит при імпорті товарів виникає на дату сплати податкового зобов'язання з податку на додану вартість [2, п. 187.1 ст.187, п. 198.2 ст. 198, п. 201.12 ст. 12]. При цьому митна декларація є заявою встановленої форми, в якій особою зазначено митну процедуру, що підлягає застосуванню до товарів, передбачені законодавством відомості про товари, умови і способи їх переміщення через митний кордон України та щодо нарахування митних платежів, необхідних для застосування вказаної процедури [1, п. 24 ч. 1 ст. 4].

У разі виконання митницями, що працюють у звичайному режимі, за зверненнями декларантів відповідних функцій митниць, у яких встановлено простій у роботі, щодо прийняття рішення про подовження строків у випадках, визначених розділами V «Митні режими» та VII «Зберігання товарів, транспортних засобів комерційного призначення на складах митних органів та розпорядженням ними» Митного кодексу України, виконання митних формальностей, пов'язаних із застосуванням митних режимів та виконання митних формальностей, пов'язаних із внесенням змін до оформлених митних декларацій, визнання митних декларацій не дійсними, оформлення додаткових митних декларацій, митницями, що працюють у звичайному режимі, здійснюється подальший контроль за дотриманням вимог митних режимів та термінів подання додаткових декларацій щодо товарів, які перебували (перебувають) на контролі митних органів, у яких встановлено простій у роботі. У разі ж виведення з простою окремих митних постів митниць, у яких було встановлено

простій у роботі, такими митними постами будуть самостійно виконуються функції щодо прийняття рішення про подовження строків у випадках, визначених розділами V «Митні режими» та VII «Зберігання товарів, транспортних засобів комерційного призначення на складах митних органів та розпорядженням ними» Митного кодексу України, виконання митних формальностей, пов'язаних із застосуванням митних режимів та виконання митних формальностей, пов'язаних із внесенням змін до оформлених митних декларацій, визнання митних декларацій не дійсними, оформлення додаткових митних декларацій, в зоні діяльності цього митного поста. При цьому щодо товарів, які перебувають на контролі інших митних постів цієї митниці, такі функції виконуються за наявності певних технічних можливостей [10].

Щодо наявності певних технічних можливостей, зазначимо: Україна постійно відновлює свою енергетичну інфраструктуру та енергетичну спроможність внаслідок російських ракетних атак. Як результат – передбачено певний порядок виконання митних формальностей за напрямком організації митного контролю та митного оформлення, якщо технічний стан програмно-інформаційних комплексів митного оформлення повною мірою або частково не здійснюється в автоматичному режимі (у разі виходу з ладу повною мірою або частково) або не забезпечується здійснення митних формальностей посадовими особами митних органів [11].

Щодо здійснення митницями, які працюють у звичайному режимі, при виконанні функцій митниць, у яких встановлено *простій у роботі*, митних формальностей, яких пов'язано з місцями (місцями прибуття) здійснення митного оформлення експортних вантажів під час дії правового режиму воєнного стану, необхідно зазначити таке: митне оформлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення здійснюється у будь-якому митному органі з пред'явленням їх цьому органу, якщо інше не передбачено положеннями Митного кодексу України [1, абз. 1 ч. 3 ст. 247]. За рішенням митного органу митне оформлення та випуск товарів, транспортних засобів комерційного призначення відповідно до митного

режиму експорту може здійснюватися без їх пред'явлення митному органу, якому подано митну декларацію, заповнену у звичайному порядку. При цьому рішення про можливість випуску товарів, транспортних засобів комерційного призначення без їх пред'явлення митному органу або про необхідність такого пред'явлення приймається митним органом на основі результатів аналізу ризиків у строк не більше чотирьох робочих годин з моменту прийняття митної декларації, заповненої у звичайному порядку відповідно до митного режиму експорту [1, ч. 2 ст. 258].

З огляду на викладене варто зауважити, що експортні вантажі доставляються до відповідної зони митного контролю лише у разі прийняття митним органом рішення про необхідність пред'явлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення такому органу. Відомості про місцезнаходження товарів, яких зазначено в митній декларації, використовуються як інформація про зону митного контролю, до якої доставлятимуться товари з метою пред'явлення їх митному органу у разі прийняття митним органом відповідного рішення. Пред'явлення митному органу товарів, транспортних засобів комерційного призначення здійснюється у разі направлення митним органом декларанту або уповноваженій ним особі на основі результатів аналізу ризиків та/або з урахуванням вимог нормативно-правових актів щодо митних формальностей при експорті товарів повідомлення про необхідність такого пред'явлення.

Також варто звернути увагу на те, що створення зон митного контролю, у тому числі тимчасових (зон одноразового здійснення митного контролю), для виконання митних формальностей належить виключно до компетенції митних органів [12].

Отже, механізм функціонування митних органів України під час дії правового режиму воєнного стану зазнав складних трансформацій. Адже з 24 лютого 2022 р. та у подальшому було закрито значні ділянки як державного кордону України, так і митного кордону (який є невід'ємною частиною державного кордону України, за виключенням деяких особливостей) із суміжними країнами: ділянка кордону

з російською федерацією – 1974 км. (суходіл); ділянка кордону з Республікою Білорусь – 1084 км.; ділянка кордону з Придністровським «сегментом» Молдавської Республіки – 405 км.; морська ділянка кордону – 1355 км. (по Чорному морю – 1056,5 км. (частково діє, але тільки в умовах «Зернової угоди»); по Азовському морю – 249,5 км.; по Керченській протоці – 49 км.)). При цьому було призупинено роботу державної прикордонної та митної інфраструктурної складової частини: пункти пропуску (пункти контролю), контрольні пункти в'їзду-виїзду, пункти обліку тощо; транспортна-логістична інфраструктура: вантажні митні комплекси, автопорти, авто-термінали, складська інфраструктура зі спеціальним митним статусом, магазини безмитної торгівлі тощо.

Показово, що Урядом України з моменту запровадження правового режиму воєнного стану було введено величезну кількість пільг та звільнень від сплати (частково або у повному обсязі) митних платежів (на протязі трьох місяців 2022 р. в Україні взагалі було скасовано усі митні платежі [13; 14; 15; 16]. Однак уже у липні місяці усі пільги було скасовано) по відношенню до різноманітних груп товарів відповідно до Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності [17; 18]. Крім того, запроваджено спрощений порядок митного оформлення гуманітарної допомоги, введено правове поняття «критичного імпорту» (до його змісту віднесли досить значну кількість товарів відповідно до Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності, щодо яких є величезна потреба української економіки (пальне і нафтопродукти тощо)).

Поряд із цим зовсім не застосовувались до товарних артикулів, які підпадають під категорію товарів «критичного імпорту», заходи нетарифного регулювання, а тарифне регулювання взагалі носило суто формальний (спрощений) вигляд. І в цьому аспекті слід відзначити, що вказані трансформації негативно вплинули на виконання Держмитслужбою протягом звітнього року бюджетно-фінансових індикативів, які формуються кожного місяця Українським Урядом з метою поповнення Державного бюджету України.

Висновки. Беручи до уваги увесь загал вищенаведених тез та враховуючи при цьому реалії сьогодення, можемо констатувати, що Держмитслужба та її територіальні органи, які виступають її відокремленими структурними підрозділами, керуються у процесі реалізації своєї компетенції виключно положеннями чинного законодавства, але при цьому повноваження та функції Держмитслужби та її територіальних органів не відповідають викликам сьогодення, які виходять із особливостей правового режиму воєнного стану, введеного на території України 24 лютого 2022 року. Так, на теперішній час Держмитслужба та її територіальні органи не мають повноважень щодо контролю за внутрішнім ринком, зокрема, не мають повноважень відслідковувати походження товарів, продукції, сировини тощо (наприклад, зернової продукції); не мають повноважень виступати як «органи стягнення» в питаннях забезпечення погашення податкового боргу; не мають права стягнення своєчасно ненарахованих та/або несплачених сум митних та інших платежів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Митний кодекс України: Закон України від 13.03.2012 р. № 4495-VI. *Урядовий кур'єр*. 2012. № 86, № 87.
2. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 92. Т. 1. Ст. 3248.
3. Про утворення територіальних органів Державної митної служби України як відокремлених підрозділів : наказ Державної митної служби України від 19.10.2020 р. № 460. URL: <https://customs.gov.ua/documents/pro-utvorennia-teritorialnikh-organiv-derzhavnoyi-mitnoyi-sluzhbi-ukrayini-iak-vid-okremlenikh-pidro-zdiliv-149>.
4. Про тимчасове закриття деяких пунктів пропуску через державний кордон та пунктів контролю : розпорядження Кабінету Міністрів України від 26.02.2022 р. № 188-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-timchasove-zakrittya-deyakh-punktiv-propusku-cherez-derzhavnij-kordon-ta-punktiv-kontrol-yu-188-260222>.

5. Про встановлення простою у роботі територіальних органів Держмитслужби : наказ Державної митної служби України від 24.02.2022 р. № 113.
6. Кодекс законів про працю України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. (Додаток до № 50).
7. Про покладання функцій : наказ Державної митної служби України від 14.07.2022 р. № 328.
8. Про встановлення змін до наказу Держмитслужби від 24.02.2022 р. № 113 : наказ Державної митної служби України від 29.11.2022 р. № 522.
9. Про затвердження Змін до Класифікатора Державної митної служби України, її територіальних органів та їх структурних підрозділів : наказ Міністерства фінансів України від 10.11.2022 р. № 372.
10. Про координацію виконання митних формальностей : лист Державної митної служби України від 22.11.2022 р. № 08-1/17-02/7/6836.
11. Про затвердження Порядку виконання митних формальностей у разі виходу з ладу автоматизованої системи митного оформлення або єдиної автоматизованої інформаційної системи митних органів : наказ Міністерства фінансів України від 17.08.2020 р. № 508. *Офіційний вісник України*. 2020. № 84. Ст. 2726.
12. Про затвердження Порядку створення зон митного контролю : наказ Міністерства фінансів України від 22.05.2012 р. № 583. *Офіційний вісник України*. 2012 р. № 56. Ст. 2270.
13. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на період дії воєнного стану : Закон України від 24.03.2022 р. № 2142-IX. *Голос України*. № 77.
14. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо адміністрування окремих податків у період воєнного, надзвичайного стану : Закон України від 01.04.2022 р. № 2137-IX. *Голос України*. № 88.
15. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану : Закон України від 15.03.2022 р. № 2120-IX. *Офіційний вісник України*. 2022. № 33. Ст. 1722.
16. Деякі питання здійснення митного контролю та митного оформлення товарів, зокрема транспортних засобів, в умовах воєнного стану : постанова Кабінету Міністрів України від 20.03.2022 р. № 330. *Офіційний вісник України*. 2022. № 26. Ст. 1417.
17. Про внесення зміни до Податкового кодексу України та інших законів України щодо сприяння відновленню енергетичної інфраструктури України : Закон України від 12.12.2022 р. № 2836-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 3. Ст. 200.
18. Про внесення зміни до розділу XXI «Прикінцеві та перехідні положення» Митного кодексу України щодо сприяння відновленню енергетичної інфраструктури України : Закон України від 12.12.2022 р. № 2837-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 3. Ст. 201.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

УДК 343.233

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.19>

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ З ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЧИ РОЗКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ГРУПИ ЧИ ЗЛОЧИННОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ



Андрусyak Ганна Миколаївна,

кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки

У статті розглянуто асоціацію правових норм про виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінальної протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Установлено, що на мінімізацію негативного впливу організованої злочинності на порядок відносин у суспільстві спрямовано, зокрема, норми, які передбачають виконання такого спеціального завдання як негласної слідчої (розшукової) дії (ст. 272 КПК України), як оперативно-розшукової дії (п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»), як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 47 КК України). На підставі аналізу кримінальної процесуальної норми та відповідної норми закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» зроблено висновок, що кримінальна процесуальна норма обумовлює право оперативних підрозділів на виконання спеціального завдання, оскільки п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» відсилає до ст. 272 КПК. Визначено, що виконання спеціального завдання первинно має кримінальну процесуальну природу, а вторинно – оперативно-розшукову. Зроблено висновок, що у ст. 43 КК України, яка передбачає підстави та умови виконання спеціального завдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, міститься норма-гарантія для осіб, які виконували таке завдання у порядку здійснення негласної слідчої (розшукової) дії або оперативно-розшукового заходу. Розглянуто вказані вище норми з точки зору асоціації правових норм, які мають спільний предмет правового регулювання – виконання спеціального завдання, що й обумовлює необхідність об'єднання таких правових норм в асоціацію. З огляду на визначену правову природу відповідних норм констатовано, що роль генеральної (*sui generis*) у цій асоціації. Власне вона обумовлює встановлення підстав та умов виконання спеціального завдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.

Ключові слова: виконання спеціального завдання, попередження чи розкриття, організована група, злочинна організація, обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, негласна слідча (розшукова) дія, оперативно-розшуковий захід, асоціація правових норм.

Andrusiak Hanna. The legal mechanism of the prevention or disclosure of criminally illegal activities of an organized group or criminal organization

The article examines the association of legal norms on the implementation of a special task to prevent or uncover criminal illegal activities of an organized group or criminal organization. It was established that the minimization of the negative impact of organized crime on the order of relations in society is aimed, in particular, at the norms that provide for the performance of such a special task as an undercover investigative (search) action (Article 272 of the Criminal Procedure Code of Ukraine), as an operative search action (paragraph 8 Part 1 of Article 8

of the Law of Ukraine "On Operational and Investigative Activities"), as circumstances that exclude the criminal illegality of the act (Article 47 of the Criminal Code of Ukraine). On the basis of the analysis of the criminal procedural norm and the corresponding norm of the Law of Ukraine "On operative and investigative activities», it was concluded that the criminal procedural norm stipulates the right of operational units to perform a special task, since Clause 8, Part 1 of Art. 8 of the Law of Ukraine «On operative investigative activity» refers to Art. 272 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. It was determined that the execution of a special task is primarily of a criminal procedural nature, and secondarily of an operational and investigative nature. It was concluded that in Art. 43 of the Criminal Code of Ukraine, which provides for the grounds and conditions for the performance of a special task as circumstances that exclude the criminal illegality of the act, contains a rule-guarantee for persons who performed such a task in order to carry out an undercover investigative (search) action or operational search measure. The above norms were considered from the point of view of the association of legal norms, which have a common subject of legal regulation – the performance of a special task, which determines the need to combine such legal norms into an association. Given the defined legal nature of the relevant norms, it was established that the role of general (*sui generis*) in this association. It stipulates the establishment of grounds and conditions for the performance of a special task as a circumstance that excludes the criminal illegality of an act.

Key words: performance of a special task, warning or disclosure, organized group, criminal organization, circumstance that excludes the criminal illegality of an act, covert investigative (search) action, operative and investigative measure, association of legal norms.

Однією з суттєвих загроз державній безпеці України є організована злочинність, яка разом з корупцією створює високі ризики ураження усього суспільства та продукує вчинення інших кримінальних правопорушень, породжує недовіру населення до суду та правоохоронних органів. Так, у Стратегії забезпечення державної безпеки однією з загроз державній безпеці України є використання організованих груп спеціальними службами окремих іноземних держав для зміцнення власної інфраструктури впливу у нашій державі, а одним із основних завдань державної політики у сфері забезпечення державної безпеки України визнано інтенсифікацію боротьби з організованою злочинністю [1].

На мінімізацію негативного впливу організованої злочинності на порядок відносин у суспільстві спрямовано ряд правових норм, серед яких чільне місце займають кримінально-правові та кримінальні процесуальні норми, які комплексно покликані забезпечити реалізацію механізму правового регулювання протидії організованих злочинності в Україні. З-поміж них виокремимо норми, що передбачають можливість виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінальної протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43 Кримінального

кодексу України (далі – КК)), негласної слідчої (розшукової) дії (далі – НСРД), (ст. 272 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК). Для зручності та стислості вказана обставина буде іменуватися далі як «виконання спецзавдання».

Вочевидь, указані кримінально-правові норми є взаємопов'язаними. Адже держава, ураховуючи важливість попередження та розкриття злочинної діяльності організованих груп чи злочинних організацій, не лише передбачає підстави проведення НСРД (ст. 272 КПК), а й усіляко заохочує осіб, які співпрацюють з правоохоронними органами, до виконання таких спеціальних завдань, звісно ж, установлюючи певні межі, що стосуються як поведінки під час виконання такого завдання, так і можливість призначення покарання у разі перевищення межі відповідної обставини.

Обрана тема попередньо досліджувалася науковцями у галузях кримінального та кримінального процесуального права. У царині вивчення проблеми виконання спецзавдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, виокремимо комплексі наукові дослідження Ю.В. Мантуляка (м. Київ, 2005 р.) [2], Ю.В. Абакумової (м. Харків, 2007 р.) [3]. Інші науковці висвітлювали цю проблему на рівні наукових статей, торкаючись

лише окремих її аспектів. Йдеться, про доробок О.І. Альошиної, І.М. Калабашкіна, А.О. Мельника, С.А. Кузьміна, І. Митрофанова, О.М. Храмцова та інших. Виконання спецзавдання як НСРД у своїх наукових працях характеризували О. Бусол, О. Семенюк, А.А. Венедіктов, В.В. Котова, С.С. Кудінов, О.В. Бачинський, М.А. Погорецький та інші.

У ч. 1 ст. 20 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності передбачено, що держави-учасниці з урахуванням основних принципів їх внутрішньої правової системи може вживати законодавчих заходів до встановлення спеціальних методів розслідування, як-то агентурні операції. При цьому згідно з ч. 3 ст. 26 цього міжнародного документу декларує необхідність надання імунітету від кримінального переслідування особі, яка істотно співробітничала у розслідуванні або кримінальному переслідуванні у зв'язку зі злочинном, що охоплюється цією Конвенцією [4]. Містять схожі норми й інші міжнародні документи (наприклад, ч. 1 ст. 50 Конвенції ООН проти корупції [5]).

До моменту прийняття КПК виконання спецзавдання здійснювалося виключно у межах оперативно-розшукової діяльності. Впровадження у КПК НСРД змінило й парадигму виконання спецзавдання. Так, формулювання п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», в якій передбачаються права оперативних підрозділів при виконанні оперативно-розшукових заходів, трансформувалося з права «здійснювати проникнення в злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співробітничала з ним, із збереженням в таємниці достовірних даних щодо їх особистості» на право «виконувати спецзавдання згідно з положеннями ст. 272 КПК». Як було зазначено до такої зміни, такі особи не несуть відповідальності, якщо вони діяли в стані необхідної оборони або крайньої необхідності».

У ст. 272 КПК передбачено такі умови виконання спецзавдання як одного виду НСРД: 1) здійснення під час досудового розслідування виключно тяжких та особливо тяжких злочинів; 2) суб'єкт – особа, яка виконує спецзавдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній органі-

зації, або є учасником зазначеної групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування (конфідент); 3) процесуальна підстава – постанова слідчого, погоджена з керівником органу досудового розслідування, або постанова прокурора із збереженням у таємниці достовірних відомостей про особу; 4) строк здійснення – не більше 6 місяців, який у разі необхідності може бути продовжено слідчим за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурором на строк, який не перевищує строку досудового розслідування. Порядок виконання спеціального завдання як негласної слідчої (розшукової) дії закріплено в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні [6].

Ця норма обумовлює право оперативних підрозділів на виконання спецзавдання, оскільки, п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» відсилає до ст. 272 КПК. Тобто виконання спецзавдання первинно має кримінальну процесуальну природу, а вторинно – оперативно-розшукову. З огляду на викладене не можемо погодитися з точкою зору С.С. Кудінова та О.В. Бачинського, які вважають, що «виконання спецзавдання має подвійну правову природу та може мати різні мету, підстави та специфіку проведення, залежно від того, на виконання мети кримінального судочинства чи оперативно-розшукової діяльності його здійснюють» [7, с. 184].

Характеризуючи правову природу виконання спецзавдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, науковці здебільшого одностайні у своїх поглядах. Наприклад, Ю.В. Мантуляк вважає, що норма, вміщена у ст. 43 КК, «визначає межі допустимого обмеження прав, свобод та інтересів людини і громадянина при здійсненні зазначених оперативно-розшукових заходів, підвищує рівень правового захисту та служить гарантією правильної оцінки діяльності виконавця такого завдання, підвищує ефективність виконання спеціального завдання, оскільки вчинення діянь, заборонених кримінальним законом, в переважній більшості випадків є єдиним засо-

бом підтримання достовірності «легенди» та завоювання довіри членів організованих злочинних формувань, від чого в кінцевому підсумку залежать результати спеціального завдання» [2, с. 46].

У ст. 43 КК передбачаються правові гарантії для осіб, які виконували спецзавдання. Ці гарантії поширюються на застосування у визначених випадках кримінально-правового реагування державою на випадки спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка виконує спецзавдання. Проте, як і будь-яка обставина, яка виключає кримінальну протиправність діяння, відмова від застосування такого реагування обмежена законодавцем. Як передбачено у ч. 1 ст. 43 КК, не є кримінальним правопорушенням вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спецзавдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх кримінально протиправної діяльності. У ч. 2 цієї статті міститься вказівка на ті злочини, за вчинення яких особа, яка виконувала спецзавдання, може притягатися до кримінальної відповідальності. Йдеться про особливо тяжкий злочин, вчинений умисно і поєднаний з насильством над потерпілим, або тяжкий злочин, вчинений умисно і пов'язаний зі спричиненням тяжкого тілесного ушкодження потерпілому або настанням інших тяжких або особливо тяжких наслідків. Частина 3 цієї статті передбачає й максимальні межі покарання, що може призначатися особі, яка виконувала спецзавдання та яка підлягає кримінальній відповідальності з урахуванням положень, передбачених ч. 2 цієї статті. Така особа не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у виді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин.

Таким чином, у вказаній статті КК міститься норма-гарантія для осіб, які виконували спецзавдання у порядку здійснення НСРД або оперативно-розшукової діяльності.

З огляду на викладене доходимо висновку, що виконання спецзавдання первинно

має кримінальну процесуальну природу, оскільки саме у КПК виписано підстави та порядок проведення цієї НСРД. Виконання спецзавдання має вторинне оперативно-розшукове значення з огляду на те, що оперативне проникнення може здійснюватися як оперативно-розшуковий захід. Однак він підпорядкований вимогам до виконання спецзавдання як НСРД. Що стосується однойменної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43 КК), то її правова природа має похідне значення, оскільки передбачає гарантію для особи, яка виконувала спецзавдання, не бути притягнутою до кримінальної відповідальності за спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам у випадках, чітко регламентованих КК, а у разі, коли все ж така кримінальна відповідальність наставатиме – то виключно за визначений перелік злочинів відповідного ступеня тяжкості та з гарантією призначення визначеної міри покарання, гарантованої ч. 3 ст. 43 КК.

Норми, окреслені вище, які закріплюють порядок виконання спецзавдання як НСРД та оперативно-розшуковий захід, а також гарантії для осіб, які таке завдання виконують, у разі спричинення ними шкоди правоохоронюваним інтересам, тісно взаємопов'язані між собою, оскільки описують та закріплюють різні ознаки одного і того ж явища – виконання спецзавдання. Вказане обумовлює виокремлення *асоціації правових норм про виконання спецзавдання*.

Відзначимо, що у теорії кримінального права йде мова про асоціацію кримінально-правових норм. Розробленням такої сукупності норм займалися Г.З. Яремко, І.З. Сень. Так, Г.З. Яремко характеризує асоціацію кримінально-правових норм як систему заборонних норм, елементами якої виступають функціонально пов'язані між собою генеральна та одна чи декілька варіантних щодо неї норм, які забезпечують диференційовану охорону однакових за характером суспільних відносин від різних складів одного злочину залежно від ступеня його суспільної небезпеки [8, с. 89]. І.З. Сень пише, що асоціація кримінально-правових норм – це «спільність, «в'язка» загальної (основної, генеральної) норми та конкретизуючих її спеціальних (варіантних) норм, об'єднаних

єдиними принципами, поняттями, термінологією та які утворилися в результаті диференціації кримінальної відповідальності» [9, с. 89]. Загалом же витоків про асоціацію правових норм бачимо у працях радянського теоретика права С.С. Алексєєва, який вказував, що для такої асоціації характерним є спільність правових приписів, що об'єднуються в ній. У таких правових асоціаціях спеціальні (конкретизуючі) норми об'єднуються навколо узагальнюючого припису – генерального припису (Г-припису) [10, с. 113–115]. Сама ж асоціація правових норм, на думку цього науковця, має свій власний закон зв'язку та структуру, а кожен припис, що входить в таку асоціацію, повинен бути поєднаний з іншими елементами єдиними принципами, поняттями, термінологією [10, с. 115, 117–118].

Слово «асоціація» (від лат. *Associatio* – з'єднання) в українській мові є полісемічним, одне зі значень якого, що доцільно використати за тлумачення поняття «асоціація правових норм», це «сполучення, з'єднання чого-небудь в одне ціле» [11].

З урахуванням такого значення доходимо висновку, що асоціація правових норм, як і будь-яка інша асоціація, характеризується, насамперед, тим, що складається з певних частин (самостійних правових норм), які з'єднані між собою спільністю предмета правового регулювання. У випадку, що розглядається, таким предметом виступає власне виконання спецзавдання, що врегульоване нормами кримінального процесуального, кримінального права а також ОРДистики [12, с. 27]. Як зазначають науковці, думки яких на поняття асоціації правових норм наводилися вище, асоціація правових норм будується навколо генеральної (*sui generis*) норми. З огляду на те, що первісним у виконанні спецзавдання виступає кримінальний процесуальний аспект, то й роль генеральної норми в асоціації правових норм про виконання спецзавдання відіграє норма, вміщена у ст. 272 КПК. Всі інші норми, що регулюють виконання спецзавдання є підпорядкованими чи другорядними стосовно норми генеральної. Йдеться про норму у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» (п. 8 ч. 1 ст. 8) та у КК (ст. 43). Щодо

кримінально-правових норм, які є частинами асоціації правових норм про виконання спецзавдання, зупинимося більш детально.

Як зазначалося вище, виконання спецзавдання є обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння (ст. 43 КК). Відповідно й норма, вміщена у цій статті, належить до асоціації правових норм, що розглядається. Однак, окрім неї, в асоціацію правових норм про виконання спецзавдання належить норма, вміщена у ст. 28 (частинах 3 та 4, в яких закріплено ознаки таких організованих форм співучасті, як організована група та злочинна організація). Окрім того, в таку асоціацію правових норм можна віднести ст. 12 КК (частини 5 та 6, в яких визначаються поняття тяжких або особливо тяжких злочинів). Всі інші ознаки виконання спецзавдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, ураховуючи є оцінний, невизначений у КК характер, у цьому Кодексі не відображені. Йдеться про поняття «насильство», «тяжкі наслідки», «особливо тяжкі наслідки». Також не будемо відносити до асоціації правових норм норми про умисел (ст. 24 КК), довічне позбавлення волі (ст. 64 КК), тяжкі тілесні ушкодження (ст. 121 КК) тощо, згадка про які міститься у частинах 2 та 3 ст. ст. 43 КК. Адже відповідні норми відіграють допоміжну роль під час описання виконання спецзавдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, оскільки допомагають описати межі кримінальної відповідальності та межі покарання для осіб, які спричинили шкоду правоохоронюваним інтересам, виконуючи спецзавдання.

Отже, асоціація правових норм про виконання спецзавдання включає кримінальну процесуальну норму, що вміщена у ст. 272 КПК, яка виконує роль генеральної (*sui generis*) у цій асоціації, ОРДистичну норму (п. 8 ч. 1 ст. 8) Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», а також ст. 43, частини 4, 5 ст. 12, частини 3 та 4 ст. 28 КК, що визначають виконання спецзавдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Сама ж норма у ст. 43 КК є нормою-гарантією, яка відповідно до вимог КПК та у визначених законом межах передбачає гаран-

тії для осіб, виконували спецзавдання та спричинили шкоду правоохоронюваним інтересам, не бути притягнутою загалом до кримінальної відповідальності за вчинене та не зазнати певної міри покарання у межах, передбачених ст. 43 КК. Вказані норми мають спільний предмет правового регулювання – виконання спецзавдання, що й обумовлює зв'язок таких правових норм в асоціацію.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Стратегія забезпечення державної безпеки, схвалена рішенням Ради національної безпеки і оборони України від 30.12.2021, введена в дію Указом Президента України від 26.02.2022 № 56/2022. URL: <https://cutt.ly/w8fqalN> (дата відвідув: 24.02.2023).
2. Мантуляк Ю.В. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації як обставина, що виключає злочинність діяння : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2005. 258 с.
3. Абакумова Ю.В. Кримінальна відповідальність особи за вчинення злочину при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2007. 211 с.
4. Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності: міжнародний документ від 15 листопада 2000 року. URL: <https://cutt.ly/z8fqbiO> (дата звернення : 24.02.2023).
5. Конвенція ООН проти корупції: міжнародний документ від 31.10.2003. URL: <https://cutt.ly/Q8fqmN0> (дата звернення : 24.02.2023).
6. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затв. наказом ГПУ, МВС, СБУ, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <https://cutt.ly/q8iGSGY> (дата звернення : 24.02.2023).
7. Кудінов В.В., Бачинський О.В. Правове регулювання виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. *Прикарпатський юридичний вісник*. Вип. 4(29). Т. 1. 2019. С. 183–189.
8. Яремко Г.З. Асоціації кримінально-правових норм: загальнотеоретичний аналіз. *Наук. вісник Ужгородського нац. ун-ту*: Серія: Право, 2012. Т. 3. Вип. 20. Ч. 2. С. 88–90.
9. Сень І.З. Спеціальні норми у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2020. 268 с.
10. Алексеев С.С. Структура советского права. Москва : «Юридическая литература», 1975. 264 с.
11. Асоціація / Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970 – 1980): в 11-ти т. Т. 1, 1970. URL: <https://cutt.ly/U8fqTBW> (дата звернення: 24.02.2023)
12. Кириченко А.А., Ткач Ю.Д., Виноградов А.К. Новая доктрина теоретологии криминалистики и ордиристики как совокупности теоретологических учений этих наук (приглашение к дискуссии). *Журнал східноєвропейського права*. 2014. № 3. С. 25–44.

АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я: ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ ТА ОСНОВНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ



Гумін Олексій Михайлович,

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінального права і процесу
Навчально-наукового інституту права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»
ORCID: 0000-0002-8016-945X



Коваль Марія Мирославівна,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та процесу
Інституту права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»
ORCID: 0000-0003-1830-7003

Стаття присвячена особливостям кримінально-правових проблем запобігання злочинності в англо-американській правовій сім'ї, що характеризується прогресивним підходом до вирішення цієї проблеми, через приділену значну увагу профілактичним, превентивним методам запобігання неправомірної поведінки громадян.

Наголошено, що кожне державно-правове суспільство з огляду на рівень його економічного, соціального, духовного розвитку обирає власну стратегію попередження злочинності та протиправної поведінки його громадян.

Усі правові системи ґрунтуються, окрім інших чинників, на правовій ментальності і правовій культурі конкретного суспільства, що є певним вектором розвитку нормативно-правової бази, державної політики аксіологічно-правових орієнтирів. Прецедентному праву притаманна особлива правова культура, що являє собою практику застосування положень прецедентного права, яка обумовлена цілою низкою правил та принципів, вироблених судами протягом багатьох століть, що має назву «доктрина прецеденту».

Зазначено, що основним суб'єктом контролю над злочинністю у зарубіжних країнах розглядається держава у вигляді правоохоронних й судових органів, органів центральної виконавчої влади, а також соціально-правовий контроль представниками громадськості.

Аргументовано, що загалом можна стверджувати, що психологічні підходи пояснення причин делінквентності застосовуються американськими кримінологами доволі широко. На важливості цього напрямку наголошують і представники соціологічної науки.

Акцентовано увагу на тому, що попередженню злочинності сприяє ознайомлення громадян з судовою практикою щодо конкретних кримінальних справ в межах допустимих законом. Таке ознайомлення здійснюється через засоби масової інформації (публікації в пресі, повідомлення по телебаченню і радіо). Це застерігає громадян від певних вчинків, а також дає їм інформацію про межі допустимої поведінки.

Ключові слова: англо-американська правова сім'я, запобігання злочинності, профілактичні програми, прецедентне право, громадський контроль.

Humin Oleksii, Koval Mariia. The Anglo-American legal family: formation features and the main characteristics of crime prevention

The article is devoted to the peculiarities of the criminal law problems of crime prevention in the Anglo-American legal family, which is characterized by a progressive approach to solving this problem, due to the significant attention paid to prophylactic, preventive methods of preventing the misconduct of citizens.

It is emphasized that each state-legal society, taking into account the level of its economic, social, and spiritual development, chooses its own strategy for preventing crime and illegal behavior of its citizens.

All legal systems are based, in addition to other factors, on the legal mentality and legal culture of a particular society, which is a certain vector of the development of the regulatory and legal framework, state policy and axiological and legal guidelines. Precedent law has a special legal culture, which is the practice of applying the provisions of precedent law, which is determined by a whole series of rules and principles developed by courts over many centuries, which is called the «doctrine of precedent».

It is noted that the main subject of crime control in foreign countries is the state in the form of law enforcement and judicial bodies, bodies of the central executive power, as well as social and legal control by members of the public.

It is argued that, in general, it can be stated that psychological approaches to explaining the causes of delinquency are used quite widely by American criminologists. Representatives of sociological science emphasize the importance of this direction.

Attention is focused on the fact that the prevention of crime is facilitated by the familiarization of citizens with court practice regarding specific criminal cases within the limits allowed by law. Such familiarization is carried out through mass media (publications in the press, messages on television and radio). It warns citizens against certain actions, and also gives them information about the limits of permissible behavior.

Key words: *Anglo-American legal family, crime prevention, preventive programs, case law, public control.*

Постановка проблеми. Сучасний стан розвитку суспільства у міжнародному просторі тяжіє до глобалізаційних процесів в усіх сферах життєдіяльності людства, зокрема і у правовій. Такий вектор формування державно-правової сфери продиктований стрімким прогресом у розвитку людської цивілізації загалом.

Однозначно, що глобалізаційний підхід у праві має позитивні і негативні аспекти як і будь-який новаторський підхід, але однозначно можна сказати, що оригінальність та ідентичність, навіть звичаєва самобутність правових сімей у світі повинна зберігатися і підтримуватися внутрішньою політикою кожної держави, що належать до тієї чи іншої правової сім'ї.

Особливостям запобігання злочинності приділяється значна увага науковцями і практиками кримінально-правового напрямку. Правоохоронні структури різних правових сімей визначають цей напрям пріоритетним у своїй діяльності. Вагомі успіхи і досвід мають представники певних служб в англо-американській правовій сім'ї (Англія, США).

Звичайно, розглянути усі особливості процедури запобігання злочинності представниками цієї правової сім'ї в межах одного дослідження складно, тому варто зосередитися на ключових моментах задекларованої теми, що стане початком подальших наукових розвідок.

Стан опрацювання цієї проблематики.

Для всебічного аналізу і осмислення вказаної проблематики доцільно опиратися на теоретико-методологічний потенціал праць вітчизняних і зарубіжних учених-юристів і криміналістів різних періодів становлення кримінально-правової та теоретико-правової думки, а саме: праці Рене Давида, В. Гапотія, М. Колодяжного, Б. Малишева, І. Самоценка, О. Шостко та інших.

В межах кримінально-правової інтерпритації наукові концепції повинні сприяти формуванню принципово нового підходу до попередження злочинності не лише в англо-американській правовій системі, а й у світовій практиці загалом.

Метою статті є поглиблення дослідження особливостей запобігання злочинності в англо-американській правовій сім'ї.

Виклад основного матеріалу. Проблема запобігання злочинності у різних її проявах є актуальною, без перебільшення, для усього світового державно-правового простору. У різні періоди розвитку цивілізації виникали окремі способи подолання цього негативного явища, але ми повинні розуміти, що побудувати суспільство вільне від неправомірної поведінки його членів неможливо, як неможливо досягнути ідеалу. Можна максимально наблизити життєдіяльність певного суспільного утворення до рівня мінімального прояву

неправомірної поведінки його громадян. Таке завдання стоїть перед усіма правовими системами сучасності.

Висвітлюючи задекларовану проблематику, варто акцентувати увагу на особливостях англо-американської правової сім'ї, в межах необхідних для нашого дослідження.

Англо-американська правова сім'я або англосаксонська правова сім'я (англ. *common law legal system*) – це сукупність правових систем, що склалися під впливом англійської правової системи, в розвитку яких основна роль належить судовій практиці. Включає в себе правові системи Великої Британії, а також інших країн, що перебували під її політико-правовим впливом. В науковій літературі англосаксонська правова сім'я також має назву англо-американської правової сім'ї або сім'ї загального права [1].

Визначень і трактувань англо-американської правової системи є дуже багато. Ми зупинимося на універсальному, оскільки не ставимо за мету дослідження процесу формування і виникнення даної моделі.

Право країн англосаксонської правової сім'ї історично виникло в Англії в XI ст. До сім'ї загального права, поряд із правовою системою Англії, входять правові системи США, Австралії, Канади, Нової Зеландії, Північної Ірландії, країн Британської Співдружності. Майже одна третина країн світу відчула на собі вплив англо-американської системи права. Однак панівне місце в англо-американській правовій сім'ї завжди посідало саме англійське право. В історії його становлення і розвитку виділяють такі етапи: Перший етап – англосаксонський період до нормандського завоювання 1066 року; Другий етап – період становлення загального права з 1066 року до встановлення династії Тюдорів у 1485 році; Третій етап – період розквіту загального права (1485–1832); Четвертий етап – період поєднання загального права з розвитком законодавства (з 1832 року) [2].

Як свідчать факти, розвиток цієї правової сім'ї пройшов значний історичний шлях і складні етапи у формуванні.

Англо-американська правова сім'я як система загального права (*common law*)

є сукупністю національних правових систем, які мають загальні риси, що проявляються у єдності закономірностей і тенденцій на основі норми, сформульованої суддями у судовому прецеденті, який є основним джерелом (формою) права, у поділі права на загальне право і право справедливості, у превалюванні процесуального права над матеріальним [3, с. 60].

Кожна правова система ґрунтується, окрім інших чинників, на правовій ментальності і правовій культурі конкретного суспільства, що є певним вектором розвитку нормативно-правової бази, державної політики аксіологічно-правових орієнтирів.

Прецедентному праву притаманна особлива правова культура, що являє собою практику застосування положень прецедентного права, яка обумовлена цілою низкою правил та принципів, вироблених судами протягом багатьох століть, що має назву «доктрина прецеденту». Вона ґрунтується на ієрархії судів та принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), який походить від латинської фрази *stare decisis et non quieta movere*, що означає «триматися прецедентів і не порушувати вже установленого» [4, с. 232–237].

Щодо запобігання злочинності, то це система заходів, що вживаються державними органами, громадськими організаціями, представниками влади та іншими особами, спрямованих на протидію процесам детермінації злочинності, що мають на меті ресоціалізацію потенційних злочинців, запобігання вчиненню нових злочинів [5].

Ми повністю підтримуємо твердження Колодяжного М. про те, що історія людства показала, що мета у виді ліквідації й остаточної нейтралізації злочинності, повного усунення корінних чинників (причин і умов), що породжують й зумовлюють її різні види, є утопічною та, мабуть, назавжди об'єктивно недосяжною для будь-якої держави й суспільства. Тому залишається одне: тримати кількісні та якісні показники злочинності на безпечному для країни рівні, максимально зменшуючи при цьому її шкідливі наслідки шляхом скорочення найбільш суспільно небезпечних і тяжких проявів [6, с. 8].

Кожне державно-правове суспільство з огляду на рівень його економічного, соціального, духовного розвитку обирає власну

стратегію попередження злочинності та протиправної поведінки його громадян.

Прогресивним є підхід до вирішення цієї проблеми у США, де приділяється значна увага профілактичним, превентивним методам.

До спеціальних органів у сфері протидії злочинності в США, що здійснювали, а деякі навіть продовжують здійснювати свої функції переважно шляхом реалізації відповідних профілактичних програм, в яких громадськість є одним із основних суб'єктів, відносяться: Консультативна виправна рада (1950 р.); Комітет по боротьбі із злочинністю молоді та неповнолітніх при Президентові США (1961 р.); Міжвідомча рада щодо координації національних програм боротьби із злочинністю молоді (1968 р.); Національна консультативна рада із запобігання зловживання алкоголю (1970 р.); Національна комісія щодо цілей та стандартів функціонування системи кримінальної юстиції та розробки довгострокових програм запобігання злочинності (1971 р.); Національний центр безпеки у школах (1980 р.) тощо [6].

Прояви злочинної поведінки неповнолітніх є надзвичайно актуальною проблемою не лише в англо-американській правовій системі, а й у всьому світі.

Від того, наскільки ефективними будуть методи попередження таких проявів, залежить рівень скоєння злочинів через певний проміжок часу вже повнолітніми членами суспільства, адже «спрямувати» формування особистості людини у правильне правомірне русло значно простіше, аніж згодом виправляти злочинця, притягуючи до покарання за різні види скоєних злочинів.

Саме тому ця проблематика, шляхи її вирішення актуальні не лише для юриспруденції, а й для соціально-поведінкових, медичних та інших галузей.

Зокрема, як стверджує Шостко О., психіатр С. Галлек вважає злочинність неповнолітніх проявом почуття пригніченості й нездатності молодої людини перебороти його. Делінквентність нібито допомагає боротися з цим станом і призводить до бажаних змін у психіці: підлітки почувають себе вільними й незалежними; у них з'являється можливість розважитися, виявити свою уяву і спритність, можливим стає

отримання матеріальних вигод; є шанс перекласти провину на інших (наприклад, поліцію), а також більш раціонально реагувати на власні невдачі [7, с. 7].

Загалом можна стверджувати, що психологічні підходи пояснення причин делінквентності застосовуються американськими кримінологами доволі широко. На важливості цього напрямку наголошують і представники соціологічної науки. Більш того, на основі цих концепцій у США розробляються і впроваджуються спеціальні профілактичні програми для неповнолітніх. До них належать такі: створення асоціацій психічного здоров'я, програми змінення харчування, лікування алергій, розладів навчання у дітей, наркологічні програми тощо. У різних запобіжних програмах широко застосовуються психологічні засоби, серед яких слід виокремити індивідуальну і групову терапію, модифікацію поведінки, трансактний аналіз, психотерапію і деякі інші [7, с. 12].

До речі, до початку повномасштабної війни росії проти України активне і новаторське реформування освітнього простору в українському суспільстві передбачало впровадження практики щодо психологічних тренінгів у школах, ЗВО, також поглиблювалася роль ювенальної превенції в роботі з неповнолітніми. Ми відійшли від стандарту реагування на наслідок, а, навпаки, активно велася робота щодо попередження неправомірної поведінки неповнолітніх.

Звичайно, така робота ведеться певними службами і сьогодні, але в умовах війни перед нами стоїть ряд викликів які ускладнюють таку роботу. Необхідно розв'язувати проблему безпритульності, повноцінного навчання, соціального забезпечення неповнолітніх і, перш за все, забезпечувати їх безпеку.

Основним суб'єктом саме контролю над злочинністю у зарубіжних країнах розглядається держава у вигляді правоохоронних й судових органів (стосовно розкриття й розслідування злочинів, притягнення винних до кримінальної відповідальності, призначення та виконання кримінальних покарань), органів центральної виконавчої влади (щодо реалізації соціально-економічної політики, спрямованої на усунення соціально-економічних передумов

злочинності). Дещо відрізняються суб'єкти одного з різновидів указаної діяльності – соціально-правового контролю. Суб'єктом його реалізації є, у тому числі, так званий приватний сектор, діяльність якого прямо не пов'язана із протидією злочинності. До нього можна віднести громадськість у широкому розумінні, а саме: різноманітні громадські організації та асоціації із профілактики злочинності, заклади освіти і охорони здоров'я, установи сфери обслуговування, засоби масової інформації, окремі громадяни та ін. [6, с. 11].

У деяких штатах поширене патрулювання «Ангелів-охоронців», члени якої вперше стали охороняти метрополітен Нью-Йорка, а на теперішній час їх відділки функціонують більше, ніж у 30 американських містах. «Ангели-охоронці» представляють собою групи добровольців, які пройшли спеціальну підготовку і здійснюють охорону громадського порядку в уніформі без зброї. За зовнішнім виглядом такі особи нагадують поліцейських, однак ними не являються. В експериментальних районах, де запроваджувалась програма участі таких груп, рівень майнових злочинів скоротився на 10 % [6, с. 65].

На нашу думку, ця практика є досить актуальною і для України, особливо сьогодні, коли на правоохоронні органи лягає значне навантаження і є певні регіони держави, де з початку війни зростає кількість внутрішньо переміщених осіб, тобто загальна кількість населення. Для попередження збільшення проявів злочинної поведінки варто взяти до уваги таку практику.

На відміну від кримінального права України, в англійському праві немає чіткого переліку кримінальних покарань як певної системи їх розміщення за ступенем суворості. За відсутності в Англії кримінального кодексу покарання не містяться

в єдиному законодавчому акті. Розподіл видів покарання на основні й додаткові не передбачено. Останні можуть застосовуватись в альтернативі або взаємодоповнювати та замінювати один одного. В межах загального права вагому роль щодо визначення виду та розміру покарання надається безпосередньо судам. Їх розсуд обмежується у випадках законодавчого визначення санкції за вчинене злочинне діяння [8, с. 38].

Саме тому попередженню злочинності сприяє ознайомлення громадян з судовою практикою щодо конкретних кримінальних справ в межах допустимих законом. Таке ознайомлення здійснюється через засоби масової інформації (публікації в пресі, повідомлення по телебаченню і радіо). Це застерігає громадян від певних вчинків, а також дає їм інформацію про межі допустимої поведінки.

Висновки. Отже, ми дійшли висновку, що у світовій практиці, зокрема у англо-американській правовій системі, запобіганню проявам злочинності виправдано приділяється значна увага.

Позитивним є досвід практики різних підходів запобігання злочинності серед окремих категорій населення, з огляду на вік, стать тощо, що дає змогу опиратися при вирішенні проблеми на вік, психологічні та інші особливостей особи.

Важливим аспектом у практиці країн англо-американської правової сім'ї є залучення громадськості до запобігання проявам злочинності через добровільні патрулювання, пропаганди правомірної поведінки через засоби масової інформації.

При цьому варто пам'ятати, що основна робота покладається на уповноважені державні органи, правоохоронні структури, які володіють достатніми навичками і засобами щодо такої превентивної діяльності.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Вільна енциклопедія Вікіпедія. Англо-американська правова сім'я. URL: <https://www.wikiwand.com/uk/%D0%90%D0%BD%D0%B3%D0%BB%D0%BE-%D0%B0%D0%BC%D0%B5%D1%81%D1%96%D0%BC%27%D1%8F>.
2. Юридичне читиво. Основні правові системи світу за Рене Давидом. URL: https://kazus.at.ua/publ/porivnjalne_pravo/osnovni_pravovi_sistemi_svitu/5-1-0-6.
3. Гапотій В.Д. Основні правові системи світу: навчальний посібник. Мелітополь : ФОП Однорог Т. В., 2019. 279 с.

4. Малишев Б. В. Прецедентне право Англії. Теоретичні аспекти. *Наукові записки. Спеціальний випуск*. Т. 19. С. 232–237. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/10700/Malyshev_Pretsedentne_pravo_Anhliyi%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

5. Вільна енциклопедія Вікіпедія. Запобігання злочинності. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%97%D0%B0%D0%BF%D0%BE%D0%B1%D>.

6. Колодяжний М. Г. Сучасний зарубіжний досвід громадського впливу на злочинність : монографія. Харків : Право, 2017. 252 с.

7. Шостко О. Ю. Біологічні та психологічні теорії пояснення злочинної поведінки неповнолітніх у США. *Теорія і практика правознавства*. Вип. 1(7). 2015. С. 7 URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/17144/1/Shostko_2015-1.pdf.

8. Самощенко І. В. Особливості кримінального покарання щодо фізичних осіб в Англії. URL: <http://www.sulj.oduvs.od.ua/archive/2020/2/9.pdf>.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК РОЗГЛЯДУ ТА ВИРІШЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ ТА СУДОМ КЛОПОТАНЬ ПРО ПРИМУСОВЕ ГОДУВАННЯ ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО, ДО ЯКОГО ЗАСТОСОВАНО ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ: ПИТАННЯ ЯКОСТІ ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПЕРСПЕКТИВ ЙОГО УДОСКОНАЛЕННЯ



Завтур Віктор Андрійович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена аналізу нормативної регламентації процесуального порядку розгляду та вирішення слідчим суддею та судом клопотань про примусове годування осіб, які тримаються під вартою відповідно до Закону України № 2429-IX, оцінки якості відповідного законодавства та визначення можливих шляхів його удосконалення.

Досліджено міжнародні стандарти в сфері поводження з особами, що перебувають в умовах несвободи та оголосили голодування. Проаналізовано фундаментальні принципи щодо надання медичної допомоги особам, які оголосили голодування, що містяться у Принципах медичної етики, пов'язаних з роллю медичного персоналу, зокрема лікарів, у захисті ув'язнених і затриманих від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження чи покарання (затверджених резолюцією Генеральної асамблеї ООН 18 грудня 1992 р. № 37/194), Рекомендації № R (98) 7 (1) Комітету міністрів державам-членам Ради Європи щодо етичних та організаційних аспектів охорони здоров'я у в'язниці та Мальтійській декларації щодо тих, хто оголосив голодування.

Здійснено аналіз релевантної практики Європейського суду з прав людини щодо відповідності примусового годування положенням ст. 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, на підставі якого виокремлено основні критерії, за наявності яких застосування до особи такого заходу є правомірним втручанням у її права та свободи.

Піддано критичному аналізу стан нормативної регламентації процесуального порядку розгляду слідчим суддею та судом клопотань про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, встановленого ст. 206¹ КПК України в редакції, передбаченої Законом України № 2429-IX. Сформульовано низку пропозицій щодо її удосконалення та гармонізації із міжнародними стандартами у сфері поводження з особами, що оголосили голодування в умовах несвободи.

Ключові слова: примусове годування, запобіжні заходи, тримання під вартою, судовий контроль, слідчий суддя, суд.

Zavtur Viktor. The procedural order of examination and resolution of requests for forced feeding of the suspect, the accused, to whom preventive measure in the form of custody have been applied by the investigating judge and the court: the issues of the quality of the legislation and its prospects

The article is devoted to the analysis of the normative regulation of the procedural order of examination and resolution of requests for forced feeding of persons kept in custody by the investigating judge and the court in accordance with the Law of Ukraine No. 2429-IX, assessment of the quality of the relevant legislation and determination of possible ways of its improvement.

International standards in the field of treatment of persons in prison and on hunger strike were studied. The fundamental principles regarding the provision of medical assistance to persons who have declared a hunger strike contained in the Principles of Medical Ethics

relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (approved by the resolution of the UN General Assembly of December 18, 1992 No. 37/194), Recommendation No. R (98) 7 (1) of the Committee of Ministers to member states concerning the ethical and organizational aspects of health care in prison and WMA Declaration of Malta on hunger strikers were analyzed.

An analysis of the relevant practice of the European Court of Human Rights regarding compliance of forced feeding with the provisions of Art. 2.3 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, on the basis of which the main criteria are identified, in the presence of which the application of such a measure to a person is a legitimate interference with his rights and freedoms.

It was analyzed the state of normative regulation of the procedural order of examination and resolution of requests for forced feeding of the suspect, the accused, to whom the preventive measure in the form of detention was applied, established by Art. 206¹ of the Criminal Procedure Code of Ukraine as amended by Law of Ukraine No. 2429-IX. A number of proposals have been formulated for its improvement and harmonization with international standards in the field of treatment of persons who have declared a hunger strike in conditions of deprivation of liberty.

Key words: *forced feeding, preventive measures, detention, judicial control, investigating judge, court.*

Законами України № 2429-IX та 2428-IX від 19.07.2022 р. було внесено численні зміни та доповнення до кримінального процесуального та кримінально-виконавчого законодавства стосовно поводження із особами, що оголосили голодування в умовах несвободи. КПК України, зокрема, було доповнено ст. 206¹, яка встановлює підстави та процесуальний порядок постановлення слідчим суддею та судом ухвали про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Відповідні доповнення також були внесені до положень Розділу VIII України, що регламентують порядок вирішення цього питання щодо засуджених в порядку виконання судових рішень.

Відтак тепер процесуальний порядок вирішення питань про примусове годування особи є диференційованим залежно від її процесуального статусу – щодо підозрюваного та обвинуваченого таке питання вирішує слідчий суддя та суд в порядку ст. 206¹ КПК України, а щодо засудженого – суд в порядку ст. 539 КПК України.

Тривалий час питання примусового годування регламентувалися виключно кримінально-виконавчим законодавством (ст. 116 Кримінально-виконавчого кодексу України) та стосувалися лише осіб, засуджених до позбавлення волі. У фахових колах неодноразово зверталася увага на те, що такий стан нормативного забезпе-

чення є незадовільним, оскільки не передбачає можливості застосовувати цей захід щодо осіб, які мають статус підозрюваних, обвинувачених та тримаються під вартою, добровільно відмовилися від вживання їжі, що може спричинити значне погіршення стану їх здоров'я або смерть [наприкл.: 1, с. 17]. Закон України № 2429-IX був покликаний усунути цю прогалину та унормувати позитивне зобов'язання держави щодо захисту права на життя осіб, що перебувають в умовах несвободи, незалежно від їх формального правового статусу.

Проблема примусового годування осіб, які відмовилися від вживання їжі в знак протесту проти певного поводження із ними є такою, що виходить далеко за межі суто правової площини та включає низку медичних, етичних, філософських, а подекуди і політичних аспектів. У Преамбулі Мальтійської декларації стосовно тих, хто оголосив голодування [2] наголошено на тому, що лікар, який надає допомогу тим, хто оголосив голодування, неодмінно стикається із конфліктом цінностей – повагою до індивідуальної автономії особи та моральним обов'язком рятувати людину від смерті, навіть, якщо це суперечить бажанню останньої.

Включення даного аспекту до сфери кримінального процесуального регулювання поставило у доктрині питання про якість відповідного законодавства, його здатність забезпечити реальний баланс між правом кожного, хто тримається в умо-

вах несвободи, виразити протест шляхом оголошення голодування та обов'язком держави захистити його право на життя, а також перспектив правозастосовної практики у цьому сегменті. Це обумовлює актуальність даного дослідження.

У вітчизняній науковій літературі до різних кримінально-юстиційних аспектів примусового годування осіб, які перебувають під вартою та в установах відбування покарань звертались О.В. Бабаєва, О.В. Верхогляд-Герасименко, О.З. Гладун, І.В. Гловюк, О.М. Джужа, І.О. Колб, Є.В. Повзик, П.В. Пушкар, Р.О. Стефанчук та ін. Втім, окреслена проблематика в світлі положень Закону України № 2429-IX розглядалась здебільшого лише на рівні науково-практичних публікацій (О. Гнатенко, М. Глуховський, К. Глоба, С. Кузьменко, О. Тубелець, Н. Мамченко).

Метою даної статті є аналіз нормативної регламентації процесуального порядку розгляду та вирішення слідчим суддею та судом клопотань про примусове годування осіб, які тримаються під вартою відповідно до Закону України № 2429-IX, оцінка якості відповідного законодавства та визначення можливих шляхів його удосконалення.

Розгляд проблем нормативної регламентації примусового годування осіб, що тримаються в умовах несвободи, передусім, слід розпочати із огляду міжнародних стандартів у цій сфері. Зазначимо, що це питання в більшості універсальних та регіональних міжнародних договорах розглядаються в тісному зв'язку із загальним принципом належного поводження із в'язнями та заборони жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, а також їх правом на медичну допомогу. Тому такі міжнародні акти, як Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р., Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями, Рекомендація № R (2006) 2 Комітету Міністрів держав-учасниць «Європейські пенітенціарні правила», в цілому можна вважати базовими у цій царині.

Деякі фундаментальні положення, пов'язані із наданням медичної допомоги засудженим та особам, які тримаються під вартою, містяться у Принципах медич-

ної етики, пов'язаних з роллю медичного персоналу, зокрема лікарів, у захисті ув'язнених і затриманих від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження чи покарання (затверджених резолюцією Генеральної асамблеї ООН 18 грудня 1992 р. № 37/194). Документ, серед іншого, кваліфікує як грубе порушення медичної етики активну чи пасивну участь медичного персоналу, зокрема лікарів, у діях, які становлять участь, співучасть, підбурювання або спроби вчинення тортур або іншого жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження чи покарання (принцип 2), а також засвідчення придатності ув'язнених або затриманих до будь-якої форми поводження чи покарання, яке може негативно вплинути на їхнє фізичне чи психічне здоров'я та яке не відповідає відповідним міжнародним документам (принцип 4) [3].

Про аспекти належного поводження із особами, що оголосили голодування згадується у Рекомендації № R (98) 7 (1) Комітету міністрів державам-членам щодо етичних та організаційних аспектів охорони здоров'я у в'язниці. Документ встановлює три основні правила поводження із цією категорією осіб: 1) клінічне обстеження особи, яка оголосила про голодування, повинно проводитися лише з чіткого дозволу пацієнта, якщо він або вона не страждає серйозними психічними розладами, які вимагають переведення до психіатричної служби; 2) учасникам голодування має бути надано об'єктивне пояснення шкідливих наслідків їхніх дій для фізичного самопочуття, щоб вони розуміли небезпеку тривалого голодування; 3) якщо на думку лікаря стан голодуючого значно погіршується, необхідно, щоб лікар повідомив про цей факт відповідний орган і вжив заходів відповідно до національного законодавства (включаючи професійні стандарти) [4].

Єдиним міжнародним актом, що безпосередньо присвячений керівним принципам надання медичної допомоги особам, що оголосили голодування, є Мальтійська декларація щодо тих, хто оголосив голодування, прийнята на 43-й Всесвітній медичній асамблеї у листопаді 1991 року (переглянута у 1992, 2006 та 2017 роках) [2].

Питання відповідності практики примусового годування ст. 2, 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенції) неодноразово розглядалися Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) (рішення ЄСПЛ у справах «Невмержицький проти України», «Карабет проти України», «Х. проти Німеччини» тощо).

Найбільш відомим у цьому аспекті є рішення «Чорап проти Республіки Молдова» (Ciorap v. Moldova, Application no. 12066/02) [5], в якому Суд встановив порушення ст. 3 Конвенції у зв'язку із тим, що примусове годування заявника здійснювалося за відсутності медичних доказів того, що його життя чи здоров'я перебували під серйозною небезпекою. Указане, на думку Суду, свідчило, що реальною метою годування було змусити заявника припинити свій протест. Крім того, національними органами влади не були дотримані процедурні гарантії, зокрема, не було з'ясовано причини початку та припинення голодування, а також не здійснювалася відмітка кількості та складу прийнятої їжі. Неналежним і вкрай брутальним був визнаний спосіб здійснення годування заявника – шляхом застосування до нього наручників незалежно від того, чи чинив він будь-який опір, а також металевих інструментів, для того аби змусити його відкрити рот і витягнути язик. При цьому будь-які альтернативні менш інтрузивні способи годування ніколи не розглядалися.

У цій справі Суд констатував також порушення ст. 6 Конвенції через те, що заявнику було відмовлено в доступі до суду через відмову Верховного Суду розглянути його скаргу щодо примусового годування у зв'язку із несплатою судового збору. На думку ЄСПЛ, заявника слід було звільнити від такої сплати, враховуючи його вразливий стан та серйозність поданої скарги.

Схожий контекст має рішення ЄСПЛ «Яковлев проти України» (Yakovlyev v. Ukraine, Application no. 42010/18) від 08 грудня 2022 року [6]. Суд також встановив у цій справі порушення ст. 3 Конвенції, оскільки у відповідному медичному висновку не містилося жодних пояснень щодо неминучої загрози життю заявника. На думку ЄСПЛ, національний суд не виконав свою роль ефективного засобу

юридичного захисту, оскільки надав дозвіл на примусове годування, не дослідивши можливої альтернативи такому рішення. У цій справі Суд також зазначив про те, що «розслідування справжніх причин протесту у виді голодування та змістовна реакція на відповідні скарги та вимоги було б правильним способом для держави перевірити та врегулювати ситуацію. Оскільки єдиною відповіддю на голодування ув'язненого було його примусове годування, Суд не міг виключити, що метою цього заходу було придушення протестів у в'язниці».

Аналіз відповідних позицій ЄСПЛ дозволяє виділити основні критерії правомірності застосування до особи такого заходу як примусове годування: 1) належна мета – захист життя та здоров'я особи; компетентні органи мають отримати медичний висновок про те, що внаслідок голодування життя та здоров'я особи може опинитися у серйозній небезпеці; 2) національні органи влади повинні з'ясувати справжні причини оголошення особою голодування та намагатися їх усунути в адекватний спосіб; 3) особа повинна мати можливість постати перед неупередженим та незалежним органом (як правило, судовим) з метою перевірки доцільності примусового годування; 4) характер і спосіб здійснення примусового годування не повинні бути такими, що допускають приниження честі, гідності особи, застосування тортур та жорстокого поведження; 5) примусове годування має бути реалізоване у найменш інтрузивний спосіб з огляду на мету такого заходу та інші обставини; 6) дотримання різного роду процедурних аспектів (постійний моніторинг стану здоров'я особи, фіксація кількості та виду вживаної їжі, встановлення підстав для припинення примусового годування тощо).

Стаття 206¹ КПК України в редакції Закону України № 2429-IX в цілому наближує вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство до цих стандартів, але поряд із цим містить низку техніко-юридичних та змістовних недоліків, які слід розглянути детальніше.

У ч. 2 ст. 206¹ КПК України встановлено, що клопотання про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді

тримання під вартою, та матеріали, якими таке клопотання обґрунтовується, подаються прокурором на підставі відомостей, отриманих від установи попереднього ув'язнення, закладу охорони здоров'я, до місцевого суду, у межах територіальної юрисдикції якого утримується підозрюваний, обвинувачений. Зазначене клопотання повинно містити стислий виклад обставин, що передували відмові від прийняття їжі та голодуванню. Така вимога безумовно є важливою, втім, аналізовані положення КПК не дають відповіді на питання про те, яке саме правове значення матимуть відповідні обставини при вирішенні клопотання слідчим суддею. Інше питання полягає в тому, що такі причини голодування очевидно будуть викладені доволі суб'єктивно та однобічно. Як видається, в цьому контексті більшого правого значення набуває зміст показань, які будуть надані підозрюваним, обвинуваченим під час розгляду клопотання. Наприклад, якщо причиною свідомої відмови від прийняття особою їжі стало застосування насильства з боку персоналу установи попереднього ув'язнення, слідчий суддя або суд можуть реалізувати свої повноваження, передбачені ч. 6 ст. 206 КПК України, тобто забезпечити невідкладне проведення судово-медичного обстеження особи та доручити відповідному органу досудового розслідування провести дослідження цих фактів.

Чинна редакція ст. 206¹ КПК України встановлює також вимогу, аби до клопотання про примусове годування особи, що перебуває під вартою, обов'язково додався висновок лікаря про те, що підозрюваному, обвинуваченому, який заявив про відмову від прийняття їжі, загрожує значне погіршення стану здоров'я та існує очевидна загроза його життю, що підтверджується відповідними медичними документами, які містять результати лабораторних, інструментальних та інших необхідних досліджень. Відповідне положення ч. 2 ст. 206¹ КПК України повністю кореспондується із нормою ч. 3 ст. 116 КВК України, яка регламентує вимоги до клопотання про примусове годування засудженого. Зазначимо, що наразі наявна судова практика (в контексті засуджених), коли рішення суду містить доволі переконливі аргументи

щодо наявності загрози життю та здоров'ю особи, спричинені відмовою від вживання їжі, що підтверджені результатами клінічних лабораторних досліджень [7]. Однак перший досвід застосування правової процедури, передбаченої ст. 206¹ КПК України, продемонстрував недостатню конкретизацію підстав здійснення примусового годування підозрюваного. Наприклад, в ухвалі слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 03 лютого 2023 року в якості підстави задоволення клопотання указується наявність хронічних захворювань, внаслідок яких особа потребує щоденного прийому їжі та лікарських засобів, що підтверджуються висновками лікарів за результатами медичного огляду [8]. Слід також зауважити, що буквальне тлумачення норми ч.2 ст. 206¹ КПК України указує на те, що наявність результатів лабораторних або інструментальних досліджень є обов'язковою умовою прийняття рішення про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого і проведення лише звичайного медичного огляду недостатньо для порушення відповідного питання перед слідчим суддею та судом.

Окрім питання виникають також і в контексті визначення кола осіб, що беруть участь у розгляді клопотання про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. У ч. 3 ст. 206¹ КПК України встановлено, що про час і місце розгляду клопотання повідомляються прокурор, особа, стосовно якої вирішується питання про примусове годування, її захисник, керівництво відповідної установи попереднього ув'язнення, закладу охорони здоров'я, а в разі вирішення питання про примусове годування неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого – також батько або матір, усиновлювач або законний представник та відповідні служби у справах дітей. Неприбуття в судові засідання осіб, які були належним чином повідомлені про місце та час розгляду клопотання, не перешкоджає проведенню розгляду, крім випадків, якщо участь таких осіб визнана слідчим суддею, судом обов'язковою або якщо особа повідомила про поважні причини неприбуття. Це положення вже викликало критику у доктрині, зокрема, І.В. Гловюк слушно

вказує на те, що участь підозрюваного, обвинуваченого при розгляді таких клопотань, принаймні дистанційна, має визнаватись обов'язковою [9, с. 378].

Крім того, видається нелогічною відсутність у переліку учасників розгляду клопотання лікаря, під наглядом якого перебував підозрюваний, обвинувачений, оскільки саме цей учасник судово-контрольного провадження здатен надати максимально повну інформацію про стан здоров'я свого пацієнта та обґрунтувати необхідність примусового годування. Судова практика демонструє, що лікарі все ж беруть участь у розгляді такого роду клопотань [8].

Законодавець передбачив у ч.3 ст. 206¹ КПК України право підозрюваного, обвинуваченого викликати іншого лікаря для встановлення його стану здоров'я та існування очевидної загрози його життю, спричиненої відмовою від прийняття їжі. У такому випадку слідчий суддя, суд мають забезпечити лікарю можливість ознайомитися з матеріалами, якими обґрунтовується необхідність примусового годування та відкласти розгляд клопотання на строк, необхідний для його явки, але не більше ніж на 24 години. Аналогічним положенням було також доповнено і ч.5 ст. 539 КПК України, що відкриває можливість для реалізації цього права засудженими. Безумовно, впровадження такої норми у КПК України є достатньо прогресивним та необхідним кроком задля забезпечення балансу інтересів при вирішенні питання про примусове годування. Втім, вже зараз можна спрогнозувати, що відповідна процедура матиме формальний характер. Законодавець встановив достатньо короткий строк для залучення іншого лікаря, усього 24 години. З одного боку, це можна пояснити неприпустимістю зволікання у випадках, коли мова йде про рятування життя та здоров'я особи, але з іншого, лікарю, що надає альтернативний висновок треба щонайменше прибути до пацієнта, здійснити його огляд, ознайомитися із наявними медичними документами, скласти такий висновок тощо. Здійснити усі ці дії протягом доби очевидно складно.

В контексті перспектив застосування положень ст. 206¹ КПК України, що передбачають можливість отримання конкурентного лікарського висновку видається про-

BLEMHOY I ПОДАЛЬША ОЦІНКА ТАКИХ ВИСНОВКІВ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ ТА СУДОМ. ЦІЛКОМ ЙМОВІРНО, ЩО ЗА СВОЇМ ЗМІСТОМ ТАКІ ВИСНОВКИ ЗБІГАТИСЯ НЕ БУДУТЬ, А ЦЕ ОЗНАЧАЄ, ЩО ПЕРЕД СУДОМ ПОСТАНЕ ПИТАННЯ ПРО ПОДОЛАННЯ ЦИХ РОЗБІЖНОСТЕЙ. НА НАШЕ ПЕРЕКОНАННЯ, У ТАКОМУ ВИПАДКУ СЛІДЧОМУ СУДДІ, СУДУ СЛІД ВИЗНАТИ ОБОВ'ЯЗКОВОЮ УЧАСТЬ ЛІКАРІВ, ЩО ДАВАЛИ ТАКІ ВИСНОВКИ ПРИ РОЗГЛЯДІ КЛОПОТАННЯ ПРО ПРИМУСОВЕ ГОДУВАННЯ ПІДОЗРЮВАНОВОГО, ОБВИНУВАЧЕНОГО. В ЦЬОМУ АСПЕКТІ НЕОДМІННО ПОСТАЄ ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ЛІКАРЯ У ТАКОМУ СУДОВО-КОНТРОЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ. ВИСНОВОК ПРО СТАН ЗДОРОВ'Я ОСОБИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНИЙ СТ. 206¹ КПК УКРАЇНИ НЕ Є ВИСНОВКОМ ЕКСПЕРТА У ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ СЕНСІ, ВТІМ, БУДЬ-ЯКІ ДУМКИ ТА ВИСНОВКИ, ЯКИЙ ВИСЛОВЛЮВАТИМЕ ЛІКАР ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ВІДПОВІДНОГО КЛОПОТАННЯ БЕЗПЕРЕЧНО ГРУНТУВАТИМУТЬСЯ НА ЙОГО СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАННЯХ, А ЦЕ ОЗНАЧАЄ, ЩО ІНША СТОРОНА МАЄ ПРАВО ЙОГО ДОПИТАТИ ЗА ПРАВИЛАМИ ДОПИТУ ЕКСПЕРТА (Ч.7 СТ. 95 КПК УКРАЇНИ). ВІДПОВІДНО, УСУНЕННЯ РОЗБІЖНОСТЕЙ У ВИСНОВКАХ ЛІКАРІВ ПРИ РОЗГЛЯДІ КЛОПОТАНЬ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 206¹ КПК УКРАЇНИ ЗА АНАЛОГІЄЮ МАЄ ВІДБУВАТИСЯ ЗА ПРАВИЛАМИ, ВИЗНАЧЕНИМИ Ч.3-5 СТ. 356 КПК УКРАЇНИ.

КПК України встановлює, що за результатами розгляду клопотання слідчий суддя, суд постановляє ухвалу про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, або про відмову від примусового годування, якщо прокурор не доведе наявності обставин, передбачених ч. 2 ст. 206¹ КПК України. Аналіз змісту цієї норми не дозволяє дійти однозначного висновку про те, чи має слідчий суддя, суд своєю ухвалою визначити конкретний вид примусового годування, що має застосовуватись до особи. Види примусового годування визначені Законом України № 2428-IX лише на рівні кримінально-виконавчого законодавства: 1) годування через назогастральний зонд за допомогою лійки; 2) годування через назогастральний зонд краплинно; 3) годування через назогастральний зонд за допомогою шприца Жане; 4) годування з ложки; 5) годування за допомогою напувальниці; 6) годування через гастростому (ч. 3 ст. 116 КВК України). Практика розгляду судами клопотань

про примусове годування засуджених, яка сформувався ще до внесення змін, передбачених Законом України № 2429-IX, показує, що в переважній більшості випадків у відповідних ухвалах визначався конкретний вид годування, який підлягає застосуванню [10]. Безумовно такий підхід є правильним, оскільки він виключає можливість зловживань з боку персоналу установ попереднього ув'язнення та закладів охорони здоров'я у питанні про спосіб виконання відповідного судового рішення. Ситуація, коли визначати конкретний спосіб годування будуть інші суб'єкти, аніж слідчий суддя та суд значно применшить правозахисний потенціал процедури, передбаченої ст. 206¹ КПК України. Водночас вже перший досвід застосування нових положень КПК України показав, що слідчі судді, розглядаючи клопотання в порядку ст. 206¹ КПК України не визначають конкретного виду годування [8]. Це свідчить про те, що положення кримінального процесуального закону у цій частині мають бути уточнені та у ч. 3 ст. 206¹ КПК України має бути чітко прописаний обов'язок слідчого судді та суду визначити конкретний вид годування у разі задоволення клопотання.

Таким чином, в якості підсумку нашого дослідження можна сформулювати низку змін та доповнень до ст. 206¹ КПК України (аналогічні доповнення мають бути внесені і до ст. 539 КПК України) :

1) у ч. 2 ст. 206¹ КПК України слід віднести до переліку учасників, які повідомляються про час і місце розгляду відповідного клопотання лікаря (лікарів), що надав медичний висновок про стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого;

2) ч. 3 ст. 206¹ КПК України доповнити нормою такого змісту: «участь лікарів у судовому засіданні є обов'язковою, якщо надані ними медичні висновки суперечать один одному в частині наявності очевидної загрози життю підозрюваного, обвинуваченого або рекомендованого виду примусового годування»;

3) ч. 3 ст. 206¹ КПК України доповнити нормою такого змісту: «В ухвалі про примусове годування підозрюваного, обвинуваченого, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою слідчий суддя, суд зобов'язаний визначити вид годування, що має бути застосований до особи з урахуванням положень частини третьої статті 116 Кримінально-виконавчого кодексу України».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Бабаєва О.В., Повзик Є.В. Примусове годування засуджених та осіб, які тримаються під вартою: нормативне регулювання та судова практика. *Діджиталізація і безпека* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 19 листоп. 2020 р. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; за ред. А. П. Гетьмана і Б.М. Головкина. Харків : Право, 2020. С. 15–19.
2. WMA Declaration of Malta on hunger strikers. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers/> (дата звернення: 17.02.2023).
3. Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. General Assembly resolution 37/194. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-medical-ethics-relevant-role-health-personnel> (дата звернення: 17.02.2023).
4. Recommendation No. R (98) 7 (1) of the Committee of Ministers to member states concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison. URL: <https://rm.coe.int/09000016804fb13c> (дата звернення: 17.02.2023).
5. Case of Ciorap v. Moldova (Application no. 12066/02): Judgment European Court of Human rights, 19 June 2007 // HUDOC database. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-2039564-2155997%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-2039564-2155997%22]}) (дата звернення: 17.02.2023).
6. Case of Yakovlyev v. Ukraine (Application no. 42010/18): Judgment European Court of Human rights, 08 December 2022 // HUDOC database. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-7516625-10316880%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-7516625-10316880%22]}) (дата звернення: 17.02.2023).
7. Ухвала Апеляційного суду Хмельницької області від 15 березня 2017 року, судова справа № 675/2682/16-к. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/65405505> (дата звернення: 17.02.2023).

8. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 03 лютого 2023 року, судова справа № 461/192/23. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/108781575> (дата звернення: 17.02.2023).

9. Науково-практичний коментар до Розділу II Кримінального процесуального кодексу України «Заходи забезпечення кримінального провадження» / Ю.П. Аленін, М.В. Багрій, Р.І. Благута та ін. ; за ред. І. В. Гловюк. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. 440 с. URL: <http://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/5073> (дата звернення: 17.02.2023)

10. Ухвала Ізяславського районного суду Хмельницької області від 31 січня 2018 року, судова справа № 675/253/18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/71916188> (дата звернення: 17.02.2023).

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КРАЇНИ-АГРЕСОРА ЗА НАЙТЯЖЧІ МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ



Смирнов Максим Іванович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті розглядаються наявні міжнародно-правові механізми притягнення до відповідальності та покарання країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини. Окрема увага приділена питанню створення та діяльності спеціального міжнародного трибуналу щодо злочину агресії проти України як реального механізму притягнення до відповідальності країни-агресора.

Проаналізовано основні причини затримки у ратифікації Україною Римського статуту Міжнародного кримінального суду та звертається увага на непослідовну та суперечливу позицію України, яка не використовує передбачені Римським статутом Міжнародного кримінального суду механізми притягнення до кримінальної відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії.

Розглянуто основні аспекти діяльності та питання юрисдикції Міжнародного кримінального суду. Звертається увага, що взаємовідносини України з Міжнародним кримінальним судом будуються на принципі комплементарності (доповнюваності) юрисдикцій. Досліджено сутність, значення та переваги співробітництва України з Міжнародним кримінальним судом, а також можливості притягнення до відповідальності країни-агресора за злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії. За результатами такого дослідження зроблено висновок, що визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду (не лише спеціальної юрисдикції через п. 3 ст. 12 Римського статуту) для України є пріоритетною та неодмінною складовою її європейського шляху розвитку та реальною можливістю на міжнародному рівні притягнути до відповідальності топ посадовців країни-агресора за злочини, скоєні в Україні.

Доводиться теза, що не слід розглядати Міжнародний кримінальний суд як універсальний механізм вирішення проблеми притягнення до відповідальності країни-агресора. Україна має більш послідовно та наполегливо працювати над створенням спеціального механізму з притягнення до відповідальності країни-агресора за найтяжчий міжнародний злочин – злочин агресії. Такий шлях дозволить усунути прогалини у чинному міжнародному кримінальному законодавстві.

Створення та діяльність спеціального міжнародного трибуналу має ґрунтуватися на засадах, стандартах та процедурах, передбачених Римським статутом для Міжнародного кримінального суду. Наголошується, що з метою притягнення до відповідальності та покарання вищого військового та політичного керівництва країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини, скоєні в Україні, необхідним є одночасна та паралельна реалізація двох механізмів: 1) механізм спеціального міжнародного трибуналу *ad hoc* для розслідування та притягнення до відповідальності за злочин агресії; 2) механізм Міжнародного кримінального суду для розслідування та притягнення до відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини.

Ключові слова: міжнародний кримінальний процес, міжнародна кримінальна юстиція, міжнародне кримінальне правосуддя, міжнародне судочинство, міжнародна судова установа, Міжнародний кримінальний суд, трибунал *ad hoc*, країна-агресор, міжнародні злочини, злочини міжнародного характеру, геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочин агресії.

Smyrnov Maksym. International legal mechanisms of investigation and prosecution the aggressor country for the most serious international crime

The article examines the available international legal mechanisms for bringing to justice and punishing the aggressor country for the most serious international crimes. Particular attention is paid to the creation and operation of a special international tribunal regarding the crime of aggression against Ukraine, as a real mechanism for bringing the aggressor country to justice.

The main reasons for the delay in Ukraine's ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court are analyzed, and attention is drawn to the inconsistent and contradictory position of Ukraine, which does not use the mechanisms of criminal prosecution for the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression provided for by the Rome Statute of the International Criminal Court.

The main aspects of the activity and jurisdiction of the International Criminal Court were considered. Attention is drawn to the fact that Ukraine's relations with the International Criminal Court are based on the principle of complementarity of jurisdictions. The essence, significance and advantages of Ukraine's cooperation with the International Criminal Court, as well as the possibility of bringing the aggressor country to justice for the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression, have been studied. Based on the results of such a study, it was concluded that the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court (not only the special jurisdiction due to Clause 3 of Article 12 of the Rome Statute) for Ukraine is a priority and indispensable component of its European path of development and a real opportunity at the international level to prosecute top officials of the aggressor country for crimes committed in Ukraine.

The thesis is proved that the International Criminal Court should not be considered as a universal mechanism for solving the problem of bringing the aggressor country to justice. Ukraine should work more consistently and persistently to create a special mechanism for holding the aggressor country accountable for the most serious international crime – the crime of aggression. This way will make it possible to eliminate the gaps in the current international criminal legislation.

Creation and activity of a special international tribunal should be based on the principles, standards and procedures provided for in the Rome Statute of the International Criminal Court. It is emphasized that in order to prosecute and punish the highest military and political leadership of the aggressor country for the most serious international crimes committed in Ukraine, the simultaneous and parallel implementation of two mechanisms is necessary: 1) the mechanism of a special international ad hoc tribunal to investigate and prosecute the crime aggression; 2) the mechanism of the International Criminal Court to investigate and prosecute the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes.

Key words: *international criminal process, international criminal justice, international criminal jurisdiction, international justice, international judicial institution, International Criminal Court, aggressor country, international crimes, crimes of an international nature, genocide, crimes against humanity, war crimes, crime of aggression.*

Постановка проблеми. Неприхована агресивна політика російської федерації (далі – країна-агресор) проти України, розпочатий та підтримуваний в Україні з 2014 р. країною-агресором збройний конфлікт, анексія Кримського півострова, окупація частин Донецької і Луганської областей та повномасштабне військове вторгнення в Україну 24 лютого 2022 р. створили нові безпрецедентні виклики для національної правоохоронної та судової системи, міжнародної системи правосуддя, які потребують комплексного дослідження спроможності національної правоохоронної та судової системи, а також системи міжнародної кримінальної юстиції з розслі-

дування, притягнення до відповідальності та покарання країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини скоєні в Україні.

Початок повномасштабного військового вторгнення країни-агресора в Україну спровокував нові дискусії на тему ратифікації Україною Римського статуту Міжнародного кримінального суду (англ. Rome Statute of the International Criminal Court, далі – Римський статут)[1], особливостей співробітництва України з Міжнародним кримінальним судом (англ. International Criminal Court, далі – МКС), його можливостей щодо притягнення до відповідальності країни-агресора за злочин агресії, злочин геноциду, злочини проти людяності

та воєнні злочини. Крім того, активно дискутується питання створення та діяльності спеціального міжнародного трибуналу *ad hoc* (далі – СМТ) щодо злочину агресії проти України, як реального механізму притягнення до відповідальності країни-агресора.

Стан дослідження. Питання, пов'язані із побудовою системи міжнародної кримінальної юстиції, ратифікацією Україною Римського статуту, особливостями взаємодії України з МКС постійно перебувають у центрі уваги науковців та практиків. Щодо цих питань свою фахову позицію висловлювали Ю. Аленін, Ю. Аносова, В. Антипенко, М. Антонович, О. Базов, Н. Боднар, М. Буроменський, В. Буткевич, О. Виноградова, Р. Волинець, І. Гловюк, М. Гнатовський, Н. Дрьоміна, О. Задорожній, К. Задоя, Н. Зелінська, У. Коруц, О. Кучер, М. Пашковський, С. Перепьолкін, В. Пилипенко, В. Попович, В. Попко, А. Підгородинська, Т. Рибалко, М. Селівон, О. Червякова, К. Юртаєва, Я. Яворський та інші.

Мета статті полягає у необхідності дослідити спроможності системи національного та міжнародного правосуддя з притягнення до відповідальності країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини, скоєні в Україні, а також проаналізувати існуючі та запропонувати нові механізми розслідування та притягнення до відповідальності країни-агресора за злочин агресії, злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини.

Виклад основного матеріалу дослідження. З початку повномасштабного військового вторгнення країни-агресора в Україну правнича спільнота України розпочала інформаційну кампанію із закликом до ратифікації Римського статуту та обговорення механізму притягнення до відповідальності країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини скоєні в Україні. Масштаби і серйозність злочинів, скоєних країною-агресором, є безпрецедентними в історії України, тому вся національна правоохоронна та судова система постала перед складним завданням збирання доказів та розслідування найтяжчих міжнародних злочинів проти українського народу.

Слід нагадати, що питання ратифікації Римського статуту є актуальним більше

20 років, а саме з 20 січня 2000 р., коли Україна поставила свій підпис під цією міжнародною угодою. Тоді Україна була неготова приєднатися до системи міжнародної кримінальної юстиції, адже виникло багато питань, які пов'язані з імплементацією Римського статуту в національну правову систему України. Вже 11 липня 2001 р. з'явився спірний висновок Конституційного суду України) [2], який вирішив що лише за одним пунктом Римський статут не відповідає Конституції України. На його думку, не узгоджувалися з Конституцією України положення Римського статуту, відповідно до яких МКС «доповнює національні органи кримінальної юстиції», а Конституція України не передбачала можливості «доповнення судової системи України» [3]. Саме тому, що юрисдикція МКС заснована на принципі комплементарності, виникли питання щодо сумісності положень Римського статуту з нормами Конституції України. Отже, однією із причин нератифікації Римського статуту Україною є комплементарний характер юрисдикції МКС.

Виходом зі зазначеної правової колізії мало бути внесення змін у ст. 124 Конституцію України, ч. 6 якої передбачає, що «Україна може визнати юрисдикцію МКС на умовах, визначених Римським статутом МКС» [4]. Метою цих змін було, по-перше, усунення правових перешкод до ратифікації Україною Римського статуту і, по-друге, створення передумов для співробітництва з МКС. Навіть після внесення змін до Конституції України щодо визнання юрисдикції МКС, практичну реалізацію цих положень законодавцем знову було відтерміновано без пояснення причин.

З травня 2022 р. Верховна Рада України ухвалила проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом. КПК доповнився новим розділом IX² «Особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом», яким передбачається обсяг і процесуальний порядок такого співробітництва [5]. Цілком логічним було б появлення таких змін в КПК після ратифікації Україною Римського статуту МКС. Поява у КПК відповідного розділу пов'язана

з тим, що ст. 12 Римського статуту передбачає, що держава, яка визнає юрисдикцію, співробітничає із МКС без будь-яких затримок або винятків відповідно до ч. 9 Римського статуту. Крім того, Угода про асоціацію між Україною та ЄС покладає на Україну зобов'язання не тільки ратифікувати Римський статут, а ще співпрацювати з МКС.

Слід констатувати, що позиція України з питання ратифікації Римського статуту виглядає непослідовною та суперечливою, тому що, з одного боку, ми підписали Римський статут ще у 2000 р. та запрошуємо МКС розслідувати злочини, скоєні країною-агресором в Україні, а з іншого, ми самі не ратифікуємо Римський статут та не визнаємо його юрисдикцію, окрім спеціальної юрисдикції МКС через п. 3 ст. 12 Римського статуту. Крім того, можна чути критику, що Україна пропонує створити СМТ щодо злочину агресії проти України зі сторони країни-агресора, а сама не виконує взяті на себе зобов'язання і не ратифікує Римський статут.

Слід нагадати, що основна функціональна спрямованість діяльності МКС – це підсилення національної спроможності України щодо розслідування та розгляду найтяжчих міжнародних злочинів. В основі діяльності МКС лежить принцип комплементарності (доповнюваності) як особливий порядок взаємовідносин національної та міжнародної юрисдикцій. Принцип комплементарності як основа здійснення юрисдикції МКС передбачений ст. 1 Римського статуту, де йдеться про те, що МКС «доповнює національні системи кримінального правосуддя» та пронизує всю систему статей Римського статуту, знаходячи своє відображення у преамбулі та ст.ст. 17, 18, 19.

Необхідно розуміти, що МКС не замінює національні судові органи, не має повноважень національних судів та не виключає їх юрисдикції. МКС – це така надбудова. Основою, фундаментом правосуддя виступають національні суди. Зрозуміло, що коли йдеться про масштабні міжнародні злочини, вчинені в Україні, національна судова система самостійно не вирішить питання відповідальності країни-агресора. Тут потрібна допомога міжнародного кримінального правосуддя, яка доповнює

національну систему кримінального судочинства.

На сьогодні немає жодного розумного аргументу, чому Україна відмовляється ратифікувати Римський статут. Не ратифікуючи Римський статут, Україна шкодить сама собі, обмежує свої права та не використовує передбачені Римським статутом механізми притягнення винних до кримінальної відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини. МКС все одно має повну юрисдикцію в Україні, незалежно від того ратифікувала Україна Римський статут або ні.

Виникає питання, чому Україна обмежує свої права, можливості і не використовує передбачені МКС механізми притягнення винних до кримінальної відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини?

Деякі правники вказують на негативні наслідки, що можуть спіткати Україну в разі ратифікації. Зокрема, можна зустріти точку зору, що ратифікація Україною під час війни Римського статуту не на часі, тому що відповідно до Римського статуту, спеціальні компетентні органи іноземних країн отримують велику кількість заяв країни-агресора про начебто злочини, які вчиняються військовими Збройних сил України. В такому випадку МКС зобов'язаний буде давати правову оцінку таким подіям. Але такі побоювання є безпідставними, оскільки в Україні існують всі механізми для притягнення до відповідальності за воєнні злочини.

Є думка, що після ратифікації Римського статуту його юрисдикція буде поширюватись не тільки на державу-агресора, а й на саму Україну. Це означає, що громадяни України також можуть бути притягнені МКС до відповідальності. Слід зауважити, що розширення юрисдикції МКС не буде, тому що він вже має таку юрисдикцію з 2014 року, на підставі визнання Україною юрисдикції МКС у спеціальному порядку. Те, що МКС має таку юрисдикцію, не означає, що він буде її здійснювати.

Крім того, МКС не притягатиме військових Збройних сил України до кримінальної відповідальності за законне застосування сили та використання зброї захищаючи свою Батьківщину. Те, що боронити свою державу від країни-агресора законно,

підтверджує Статут ООН, який підписала Україна. Перед МКС постають лише ті, хто віддавав злочинні накази. Отже, притягнути до відповідальності можна лише за геноцид, злочини проти людяності, військові злочини і злочини агресії і лише тих, хто віддавав злочинні накази.

Римський статут передбачає можливість, що без його ратифікації держава може визнати юрисдикцію МКС в певних справах, подавши про це відповідну заяву. Такий механізм, коли, з одного боку, держава не ратифікувала Римський статут, але ухвалила окрему заяву у своєму змісті, може розглядатися як «обмежена ратифікація» з погляду визнання юрисдикції МКС. В 2014–2015 р.р. Україна, не ставши повноправною учасницею Римського статуту, скористалася відповідним механізмом, звернулася до МКС в режимі *ad hoc* (для певного випадку) і подала заяви про визнання юрисдикції МКС за ст. 7 щодо злочинів проти людяності і ст. 8 щодо військових злочинів, вчинених на території України вищими посадовими особами країни-агресора та керівниками терористичних організацій «днр» та «лнр» починаючи з 20 лютого 2014 року і без кінцевої дати [6; 7]. Таким чином, Україна скористалася спеціальною процедурою визнання юрисдикції МКС для держав, які не приєдналися до Римського статуту, але бажають, щоб МКС розслідував міжнародні злочини, що вчиняються на їхній території.

Відповідно до Римського статуту, якщо держава подає такі заяви, вона визнає юрисдикцію МКС та бере на себе зобов'язання щодо співпраці та виконання будь-яких рішень, але не користується всіма правами організаційного і процесуального характеру як повноцінна держава-учасник Римського статуту. Визнання Україною *ad hoc* юрисдикції МКС відповідно до ст. 12(3) Римського статуту надає МКС юрисдикцію щодо військових злочинів, злочинів проти людяності та злочину геноциду. За цими злочинами Прокурор МКС вже розпочав розслідування.

Після початку повномасштабного військового вторгнення країни-агресора в Україну у березні 2022 року Прокурор МКС Карім Хан розпочав розслідування міжнародних злочинів, серед яких військові злочини та злочини проти людяності, що

вчиняються країною-агресором на території України. Розслідування Прокурора МКС стосується як подій, що мають місце з початку повномасштабного військового вторгнення країни-агресора в Україну, так і подій в період з 2014 до 2022 року. Оскільки Україна не ратифікувала Римський статут, Прокурор МКС повинен був отримати дозвіл щоб перейти до етапу розслідування злочинів, що ускладнює процес. Лише завдяки підтримці держав-учасниць Римського статуту та їх рішенню передати справу одразу на розслідування Україні вдалося уникнути цієї процедури. Саме безпрецедентна кількість звернень держав-учасниць до МКС дозволило Україні розпочати розслідування за процедурою за відсутності ратифікації Римського статуту. Втім, розпочате Прокурором МКС розслідування не передбачає розслідування злочину агресії проти України.

МКС слід розглядати як дуже потужний інструмент у кримінальному переслідуванні кривавих диктаторів, навіть якщо вони переховуються у своїх країнах. Відповідно до ст. 89 Римського статуту МКС має право звернутись із проханням про передачу особи, щодо якої Прокурор МКС проводить розслідування. Таке прохання може бути звернене до будь-якої держави, на території якої перебуває чи потенційно може перебувати розшукувана особа. Якщо МКС буде виданий ордер на арешт особи за звинуваченням у найтяжчих злочинах, що скоєні на території України, це зробить його, як мінімум, невиїзним. Він буде заарештований, як цього вимагає Римський статут (ст. 58), якщо поїде до однієї зі 123 країн-учасниць МКС. Юрисдикція МКС є обов'язковою навіть тоді, коли держава, на території якої були вчинені злочини, чи держава, громадянином якої є обвинувачуваний, не є учасницею Римського статуту.

Але тут необхідно зауважити, що не слід розглядати МКС як універсальний механізм вирішення проблеми розслідування, притягнення до відповідальності та покарання країни-агресора. Україна має більш послідовно та наполегливо працювати над створенням спеціального механізму з притягнення до відповідальності країни-агресора за найтяжчий міжнародний злочин – злочин агресії.

Справа в тому, що більшість говорить про воєнні злочини, які разом зі злочином геноциду, злочинами проти людяності та злочином агресії входять до переліку міжнародних. Для притягнення до відповідальності за всі з них, окрім злочину агресії, діє МКС, у якого є юрисдикція щодо розслідування злочину геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Але він не має юрисдикції щодо розслідування основного злочину, а саме злочину агресії проти України.

Слід нагадати, що злочин агресії, а саме застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом ООН, був передбачений резолюцією Генеральної Асамблеї ООН ще в 1974 році. Більш того, ця резолюція встановлює розширений перелік дій, які є агресією, під який підпадають дії країни-агресора не лише після повномасштабного вторгнення, але й із 2014 року.

Злочин агресії ввели у юрисдикцію МКС у 2010 році одночасно с так званими Кампальськими поправками. Однак юрисдикція МКС щодо злочину агресії стосується тих держав, які скоїли гіпотетично такий злочин через рік після ратифікації Римського статуту, але не раніше 17 липня 1998 року. Зрозуміло, що країна-агресор не ратифікує Римський статут, але й у протилежному випадку МКС матиме право приступити до справи через рік після ратифікації. Римський статут передбачає, що МКС не здійснює свою юрисдикцію щодо злочину агресії, скоєного громадянами або на (території) держави, яка не є стороною Римського статуту (15-5) [1].

Злочин агресії має особливий режим юрисдикції, як окремий від інших злочинів, передбачених Римським статутом, таких як геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини. За всіма найтяжчими злочинами, що скоєні в Україні країною-агресором, стоїть один найбільший – так званий материнський злочин агресії, який порушує фундамент міжнародного права та має наслідком всі інші порушення. Це найперший злочин, який тягне за собою всі інші. Без агресії не було б воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду.

Отже, злочин агресії не може бути розслідуваний за допомогою МКС в силу існуючих обмежень. Якщо країна не є державою-учасницею МКС, вона виключається з його юрисдикції з розслідування та притягнення до відповідальності за злочин агресії, незалежно від того, чи є вона жертвою агресії, чи агресором. Винятком з цього є звернення з боку Ради Безпеки ООН. З урахуванням того, що країна-агресор має право вето на рішення Ради Безпеки ООН, таке звернення майже неможливо. В такому випадку МКС не матиме юрисдикції у розслідуванні злочину агресії проти України.

Станом на сьогодні жодна з існуючих міжнародних судових інституцій (МКС, Міжнародний суд ООН, Європейський суд з прав людини) не мають юрисдикції щодо розслідування та притягнення до відповідальності за злочин агресії проти України. Саме неможливість системи міжнародного правопорядку відреагувати на найтяжчі міжнародні злочини у минулому стала підставою для створення міжнародних трибуналів і спеціальних судових органів (Нюрнберзького, Токійського, Міжнародних кримінальних трибуналів щодо колишньої Югославії та Руанди та інших).

Тому пропонується створення СМТ щодо злочину агресії країни-агресора проти України, діяльність якого буде пов'язана із розслідуванням незаконного вторгнення з боку країни-агресора на територію України як суверенної держави та спрямована на притягнення до відповідальності найвищого політично-військового керівництва країни-агресора, включаючи путіна, главу уряду, міністра оборони та міністра закордонних справ країни-агресора. Без права кримінального переслідування цих осіб немає великого сенсу у створенні СМТ.

Особисто путін, уряд та інше політично-військове керівництво країни-агресора свідомо і цілеспрямовано планували, готували, ініціювали і здійснили акт агресії проти України, порушили основоположні принципи територіальної цілісності та політичної незалежності шляхом розвитку державної та військової політики щодо агресії. СМТ повинен мати юрисдикцію щодо фізичних осіб, які здійснюють ефективний контроль або безпосередньо керують політичними чи військовими

діями країни-агресора. Йдеться саме про путіна та вище політично-військове керівництво країни-агресора. Саме вони планували, готували та розпочали найбільшу війну у Європі з часів Другої світової, віддавали злочинні накази про початок війни та її продовження. Офіційний статус глави держави чи іншої посадової особи країни-агресора не звільнить таку особу від індивідуальної кримінальної відповідальності та не пом'якшуватиме покарання.

Довести злочин агресії проти України простіше, ніж, наприклад, злочин геноциду. Агресія проти України очевидна. У відкритих джерелах є всі докази того, що агресію було здійснено країною-агресором за вказівкою путіна. Дискутуються питання щодо процедури та механізму створення СМТ. Створення СМТ щодо злочину агресії проти України можливо: 1) за підтримки ООН, коли створення та діяльність такого СМТ відбувається від всієї міжнародної спільноти, тобто СМТ буде наділений міжнародною юрисдикцією. За допомогою резолюції Генеральної Асамблеї ООН, де не існує блокуючого голосу, Уряд України має підписати міжнародну угоду з ООН; 2) шляхом підписання договору між державами, які підтримують Україну і хочуть до нього приєднатися, тобто створення СМТ за так званою Нюрнберзькою моделлю, коли підписується багатосторонній міжнародний договір між Україною та низкою інших держав. Головне питання полягає в тому, яка кількість держав має доєднатися для того, щоб СМТ вважався саме міжнародним. Важливо, щоб значна кількість країн приєдналася до цієї міжнародної угоди, на базі якої буде створений СМТ. Саме тут, а не в частині надання повноважень СМТ, підтримка Генеральної Асамблеї ООН буде найважливішою, з урахуванням широкого представництва в цьому органі.

Створення та діяльність СМТ має ґрунтуватися на засадах, стандартах та процедурах, передбачених Римським статутом для МКС. СМТ повинен мати юрисдикцію для проведення розслідування та покарання вищого політично-військового керівництва країни-агресора, має розслідувати та засудити злочин агресії проти України не тільки після 24 лютого 2022 року, а й з лютого 2014 року, відповідно до

визначення злочину агресії, як це передбачено ст. 8 bis Римського статуту.

СМТ буде мати юрисдикцію лише щодо злочину агресії проти України, а за допомогою МКС можливо буде провести розслідування та притягнути до кримінальної відповідальності винних за геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини тих, хто віддавав злочинні накази. СМТ буде підтримувати та доповнюватиме роботу МКС, уникаючи будь-якого дублювання його функцій та юрисдикції. Важливо розуміти, що одночасно та паралельно із розслідуванням за допомогою МКС найтяжчих міжнародних злочинів, скоєних в Україні (злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини), необхідно створення СМТ для розслідування злочину агресії, тому що іншого міжнародно-правового механізму наразі не існує.

Практика притягнення до відповідальності за злочин агресії майже відсутня. Історія міжнародного кримінального правосуддя знає лише єдиний випадок, коли злочин агресії розглядався на міжнародному рівні та за нього було притягнуто до відповідальності керівництво держави. Це Нюрнберзький трибунал, що відбувся в 1946 році. Але перші кроки в створенні СМТ щодо злочину агресії країни-агресора проти України вже зроблені. Створення СМТ підтримали парламентські асамблеї Ради Європи, ОБСЄ та НАТО, парламенти України, Литви, Естонії, Чехії, Нідерландів. Більш того, 19 січня 2023 року Європейський парламент більшістю голосів ухвалив резолюцію на підтримку створення «спеціального додаткового трибуналу» для засудження злочину агресії проти України, що був скоєний політично-військовим керівництвом країни-агресора та її союзників.

Створення та діяльність СМТ щодо злочину агресії проти України слід розглядати як реальний механізм для розслідування, притягнення до відповідальності та покарання вищого політично-військового керівництва країни-агресора за найтяжчий міжнародний злочин. Лише СМТ дасть змогу відновити справедливість і покарати всіх винних у жахливих злочинах, спричинених найбільшою війною у Європі з часів Другої світової.

Висновки. На сьогодні немає жодного розумного аргументу, чому Україна від-

мовляється ратифікувати Римський статут. МКС все одно має повну юрисдикцію в Україні, незалежно від того, ратифікувала Україна Римський статут або ні.

Станом на сьогодні МКС є найбільш досконалою інституційною моделлю з нині діючих органів міжнародного кримінального правосуддя. Визнання юрисдикції МКС (не лише спеціальної юрисдикції через п. 3 ст. 12 Римського статуту) для України є реальною можливістю на міжнародному рівні притягнути до відповідальності топ посадовців країни-агресора за злочини, скоєні в Україні.

МКС не має юрисдикції щодо розслідування основного злочину – злочину агресії проти України, який породив всі інші злочини цієї жакливої війни. Злочин агресії має особливий режим юрисдикції, як окремий від інших злочинів, передбачених Римським статутом, таких як геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини. Аналіз всіх наявних міжнародних механізмів дає право стверджувати, що якщо не створити СМТ, існує великий ризик того, що нікого з вищого політично-військового керівництва країни-агресора не буде притягнуто до відповідальності за злочин агресії проти України. Якщо діюча система міжнародного правопорядку не може відповісти на найтяжчий міжнародний злочин проти України – злочин агре-

сії, тоді необхідно її реформувати, переглянути архітектуру міжнародної системи правосуддя та запропонувати спеціальний механізм з притягнення до відповідальності країни-агресора. Створення СМТ на додачу до МКС для розслідування та притягнення до відповідальності за злочин агресії проти України дозволить усунути прогалини юрисдикції у чинному міжнародному кримінальному законодавстві.

Пропонуються дві альтернативні можливості створення СМТ, зокрема: 1) внаслідок об'єднаної універсальної юрисдикції держав; 2) внаслідок територіальної юрисдикції та згоди України, де агресія заборонена ст. 437 Кримінального кодексу України. Схвалення Генеральної Асамблеї ООН суттєво підкріпить легітимність такого механізму та буде мати важливе значення для характеристики СМТ як того, що діє всієї міжнародної спільноти.

Отже, з метою притягнення до відповідальності та покарання вищого політично-військового керівництва країни-агресора за найтяжчі міжнародні злочини, скоєні в Україні, необхідною є одночасна та паралельна реалізація двох механізмів: 1) механізм СМТ для розслідування та притягнення до відповідальності за злочин агресії; 2) механізм МКС для розслідування та притягнення до відповідальності за злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.
2. 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) від 11 липня 2001 року № 3-в/2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#Text>.
3. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
4. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII / *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text>.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, 11-12, 13. Ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
6. Заява Верховної Ради України до Міжнародного кримінального суду 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 від 25 лютого 2014 року № 790-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 13. Ст. 230. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text>.

7. Постанова Верховної Ради України 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» від 4 лютого 2015 року № 145-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 12. Ст. 77. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text>.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

УДК 343.98

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.23>

СИТУАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАВЕРШАЛЬНОГО ЕТАПУ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Мирошніченко Юрій Михайлович,
кандидат юридичних наук,
голова Іллічівського районного суду
м. Маріуполя Донецької області



Стаття завершує серію публікацій автора, присвячених побудові базової методики судового провадження. Якщо у попередніх публікаціях розглядалися ситуації його початкового та подальшого етапів, то наразі представлена ситуаційна характеристика завершального етапу судового розгляду кримінальних справ, що охоплює судові дебати, останнє слово обвинуваченого, постановлення судом остаточного рішення у справі та його проголошення.

За результатами проведеного дослідження автор доходить висновків, згідно з якими після видалення до нарадчої кімнати, за наявності обставин, що вимагають додаткового дослідження, судам слід керуватися загальними засадами кримінального провадження та постановляти ухвалу про поновлення судового розгляду, усвідомлюючи свій професійний обов'язок щодо ухвалення законного, обґрунтованого і вмотивованого судового рішення, що впливає з прямого припису закону та кореспондується з конституційним принципом законності й положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права на справедливий суд.

Необхідно переглянути доктринальну концепцію «Нарадча кімната» та підхід законодавця до забезпечення таємниці наради суддів. В умовах сьогодення з усіх законодавчих приписів актуальними залишається лише заборона суддям спілкуватися з особами, які брали участь у кримінальному провадженні, та розголошувати хід обговорення та ухвалення рішення в нарадчій кімнаті. З метою оптимізації судового провадження у статті обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, які легалізують відновлення судового розгляду після видалення суду до нарадчої кімнати та дозволять суду проголошувати лише вступну та резолютивну частини судового рішення.

Ключові слова: криміналістика, судова методика, судові дебати, останнє слово, нарада кімната.

Myroshnychenko Yury. Situational characteristics of the final stage of the trial of criminal cases

The article completes a series of the author's publications devoted to the construction of the basic methodology of court proceedings. If the previous publications considered the situations of its initial and subsequent stages, now the situational characteristics of the final stage of the trial of criminal cases are presented, which includes court debates, the last word of the accused, the court's final decision in the case and its announcement.

Based on the results of the research, the author comes to the conclusions that after removal to the consultation room, in the presence of circumstances that require additional investigation, courts should be guided by the general principles of criminal proceedings and issue a decision on the resumption of the trial, being aware of his professional duty to adopt a legal, substantiated

and reasoned court decision, which follows from the direct prescription of the law and corresponds to the constitutional principle of legality and the provisions of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the right to a fair trial.

It is necessary to review the doctrinal concept of the "Deliberation Room" and the legislator's approach to ensuring the secrecy of the judges' meeting. In today's conditions, only the ban on judges communicating with persons who participated in criminal proceedings and disclosing the course of discussion and decision-making in the deliberation room remains relevant. In order to optimize court proceedings, the article substantiates proposals for improving the current legislation, which will legalize the resumption of court proceedings after the removal of the court to the deliberation room and allow the court to announce only the introductory and final parts of the court decision.

Key words: *forensics, court methodology, court debates, last word, meeting room.*

Вступ. Важливим завданням, розв'язання якого потребує побудова системи методичних комплексів для потреб кримінального судочинства, є створення базової моделі судової методики, що стала б відправною точкою для формування методик судового розгляду кримінальних справ окремих категорій. За своїм змістом вона повинна розкривати діяльність суду на кожному відрізьку руху справи, надавати рекомендації з обрання його оптимальних напрямів, використання найбільш ефективних засобів впливу на конкретні ситуації певного етапу судового провадження [1].

Аналіз наукових дослідження за темою статті. Дослідженню окремих аспектів проблеми побудови методики судового розгляду кримінальних справ присвячено роботи Є.Б. Анісімова, В.І. Алексейчук, В.К. Гавло, В.А. Журавля, М.В. Зюзіної, Д.В. Кіма, А.О. Кирилової, І.І. Когутича, А.А. Корчагіна, О.Ю. Корчагіна, О.С. Кудрявицького, Р.Л. Степанюка, Г.Є. Хорошевої, С.Н. Чурилова, Б.В. Щура та інших вітчизняних і закордонних криміналістів. Проте виконана ними, безумовно необхідна й значуща для розвитку цього напрямку криміналістичної науки робота, поки що не привела до створення хоча б загалом узгодженої теоретичної конструкції, що зайняла б чільне місце в системі криміналістики.

Мета дослідження, окремі результати якого наводяться у цій статті, полягала в побудові базової методики судового провадження. І якщо в попередніх публікаціях автора розглядалися ситуації його початкового та подальшого етапів [2; 3; 4; 5; 6], то наразі пропонується ситуаційна характеристика завершального етапу, що охоплює судові дебати, останнє слово

обвинуваченого, постановлення судом остаточного рішення у справі та його проголошення.

Результати дослідження. Судові дебати – це важлива частина судового розгляду, коли прокурор та інші учасники судового провадження у порядку, передбаченому ст. 364 КПК України, виступають із промовами, в яких оцінюють обставини, встановлені під час кримінального провадження, та досліджені докази, обґрунтовуючи свої висновки з питань, що підлягають вирішенню при постановленні судового рішення, з метою схилення суду до прийняття позиції промовця [7].

Це так званий останній, завершальний або «добре доведений» аргументом, який є однією з найважливіших дій юриста у судовому процесі. Саме в цьому акті, а не раніше, професіонал вперше і єдиний раз спробує надати повної внутрішньої зв'язності та єдності своїй історії, своїй «теорії справи», в яку він хоче, щоб суд повірив [8, с. 226].

Попри те, що змістом судових дебатов є промови учасників судового провадження, не варто забувати, що без діяльності суду їх не можливо ані провести, ні здійснити керівництвом порядком їх проведення, ані, до певної міри, контролювати зміст самих промов [9], обсяг яких обмежується дослідженими в судовому засіданні, матеріалами судової справи [10, с. 17]. Тому головуючий повинен слідкувати за тим, аби учасники дебатів у своїх виступах не виходили за межі кримінального провадження.

Під час судових дебатів вчинення жодних процесуальних дій, окрім промов учасників судового провадження, законодавством не передбачено [11]. Зокрема,

не допускається розгляд будь-яких клопотань та заяв (зокрема про відводи) [12]. Тому відмова суду в задоволенні клопотання захисника про відкладення розгляду справи для підготовки до судових дебатів не є порушенням права на захист і справедливий судовий розгляд [13].

Після закінчення промов учасники судових дебатів мають право обмінятися репліками. Репліка – це короткий виступ учасника судових дебатів, котрий заперечує іншій стороні з питань, які вона виклала у своїй промові або в репліці [14]. Після оголошення судових дебатів закінченими суд надає обвинуваченому останнє слово.

Під час судових дебатів та останнього слова обвинуваченого судова ситуація може ускладнитися наведенням учасниками судового провадження обставин, які мають істотне значення для правильного вирішення кримінального справи, але через різні причин не стали предметом судового дослідження. У таких ситуаціях, з огляду на положення ч. 5 ст. 364 та ч. 4 ст. 365 КПК України, суд за своєю ініціативою або за клопотанням учасників судового провадження відновлює з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, та перевірку їх доказами, після завершення яких відкриває судові дебати щодо додатково досліджених обставин і надає останнє слово обвинуваченому.

Треба мати на увазі, що відомості, отримані під час судових дебатів та останнього слова обвинуваченого, не мають доказового значення й не можуть бути використані судом при ухваленні вироку. Так, в одній із кримінальних справ, рішення в якій стали предметом касаційного перегляду, виникла проблемна ситуація, обумовлена небажанням підсудних давати показання по суті пред'явленого обвинувачення. Проте в ході судових дебатів обвинувачені все ж висловилися щодо обставин вчиненого злочину та навели власну версію інкримінованих подій, оцінку якій дав суд при ухваленні вироку. Скасовуючи судові рішення у цій справі, Верховний Суд зазначив, що суд першої інстанції не мав права покладати інформацію, отриману від обвинувачених під час судових дебатів, на обґрунтування вироку, а суд апеляційної інстанції мав виключити

посилання у вироку суду першої інстанції на такі пояснення як такі, що отриманні не з передбачених кримінальним процесуальним законом джерел [15].

Очевидно, що в цій ситуації тактично виправдано було б відновити судовий розгляд, запропонувавши обвинуваченим надати показання щодо обставин, повідомлених у ході судових дебатів. За необхідності головуєчий мав пояснити підсудним значення, наданих ними відомостей для кримінального провадження та їх власних інтересів у разі, якщо повідомлена ними інформація отримає своє підтвердження.

Фаза ухвалення та проголошення підсумкового судового рішення, характеризуються тим, що суд, оцінивши докази, надані сторонами на підтвердження своїх вимог та заперечень, ухвалює рішення по суті справи, тобто остаточно розв'язує криміналістичну ситуацію. З метою оптимізації часу необхідного для виготовлення значного за обсягом тексту рішення корисно мати його проект, який готується в перервах між судовими засіданнями й може містити вступну частину, попередній виклад обставин досліджуваної події, зміст досліджених судом доказів.

Як зазначив Верховний Суд, КПК України не містить заборони суддям готуватися до судового засідання, а саме вивчати матеріали провадження та готувати один чи кілька альтернативних проектів судового рішення до початку судового засідання. При цьому, суд не має часових обмежень щодо перебування суддів у нарадчій кімнаті [16].

Тож бажано відразу після чергового судового засідання фіксувати отриману інформацію (яка часто стирається з пам'яті протягом тривалого розгляду справи), робити нотатки щодо перебігу судового провадження. У нарадчій кімнаті це дозволить сконцентруватися виключно на оцінці фактичних даних і формуванні на їх основі мотивованих висновків щодо питань, які мають бути вирішені при ухваленні відповідного рішення.

Разом з тим не можна виключити, що в процесі завершальної оцінки всієї сукупності наявних у справі доказів з'ясується, що ті чи інші обставини залишилися недостатньо дослідженими, а клопотання учасників судового провадження про допит

певних осіб або вчинення інших процесуальних дій, які здавалися суду не суттєвими й були відхилені під впливом напруженої обстановки судового засідання, в тиші нарадчої кімнати раптом виявляться такими, що мають істотне значення для ухвалення правосудного рішення.

Водночас може виникнути необхідність перевірки доказами нових даних, які пройшли повз головуючого у судовому засіданні й виплили на поверхню його свідомості лише в нарадчій кімнаті. Так само суд може стикнутися з необхідністю виправлення процесуальних помилок, що обмежили права учасників судового провадження за умови можливості їх поновлення тощо.

Розв'язання такої ситуації об'єктивно ускладнено тим, що законодавець виключив можливість відновлення судового розгляду після видалення суду до нарадчої кімнати попри те, що в окремих випадках під час ухвалення вироку виникають ситуації, які вимагають відновлення судового розгляду. Звісно, вихід з нарадчої кімнати й поновлення судового розгляду повинно бути обумовлено проблемами розглядуваної справи, на чому абсолютно справедливо наголосив Верховний Суд, скасовуючи рішення у справі, в якій суд першої інстанції постановив ухвалу про повернення з нарадчої кімнати на стадію судового розгляду з підстави надходження до суду клопотання про обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою в іншому кримінальному провадженні [17].

Слід зазначити, що європейські стандарти у сфері кримінального судочинства допускають можливість надходження в розпорядження суду під час проведення заключної наради додаткової інформація, що має відношення до справи. В такому випадку суд зобов'язаний відновити судовий розгляд і донести цю інформацію до відома всіх сторін [18, с. 37].

До речі, ще в одній зі своїх постанов Верховний Суд також сформулював щодо цього цілком конструктивну, на наш погляд, позицію, відповідно до якої вихід суду з нарадчої кімнати і поновлення судового розгляду не суперечить загальним засадам кримінального провадження, оскільки оцінка доказів здійснюється саме в нарадчій кімнаті, а за наявності

об'єктивних суперечностей, які впливають на вирішення питання щодо винуватості особи, усунути їх можливо лише в результаті відновлення судового розгляду [19].

Думається, що з позиції завдань кримінального провадження ця рекомендація заслуговує на підтримку й законодавче закріплення. Поготів, що 58,5 % опитаних нами суддів повідомили, що постановляли ухвали про відновлення судового розгляду після видалення до нарадчої кімнати для ухвалення остаточного рішення у справі.

В контексті дотримання судами таємниці нарадчої кімнати, цікаво згадати ще дві діаметрально протилежні позиції Верховного Суду, який в одній справі вважав, що порушення таємниці наради суддів під час ухвалення вироку у кримінальному провадженні, яке виразилося в одночасному розгляді іншої справи про адміністративне правопорушення, не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону у випадку, якщо вказане порушення обґрунтовано не ставить під сумнів незалежність і неупередженість суддів (судді) при обговоренні та ухваленні відповідного судового рішення [20].

В іншій справі ухвалення суддею під час перебування у нарадчій кімнаті кількох рішень в інших провадженнях було розцінено Верховним Судом як істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, оскільки перешкодило (хоча й незрозуміло яким чином – Ю. М.) суду першої інстанції ухвалити законне та обґрунтоване рішення [21]. Такі ситуації, на наш погляд, свідчать про те, що ідея забезпечення таємниці наради суддів вимагає теоретичної та законодавчої модернізації.

Кримінальне провадження в суді першої інстанції закінчується оприлюдненням судового рішення, яке проголошується негайно після виходу суду з нарадчої кімнати (ч. 1 ст. 376 КПК України). Суд має вжити заходів, аби забезпечити присутність при цьому сторін та інших учасників судового провадження. Для цього, видаляючись для ухвалення рішення, він повинен повідомити присутніх про час його проголошення. В такому випадку відсутність обвинуваченого чи інших учасників судового провадження в залі судового засідання з незалежних від суду причин

не буде перепорою для проголошення судового рішення [22].

Відповідно до ч. 2 ст. 376 КПК України, якщо складання судового рішення у формі ухвали (постанови) вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують всі судді. Повний текст ухвали (постанови) повинен бути складений не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини й оголошений учасникам судового провадження. Про час оголошення повного тексту ухвали (постанови) має бути зазначено у раніше складеній її резолютивній частині.

Іноді судді висловлюють жаль з приводу того, що наведене правило не розповсюджується на проголошення вироку. Так, 96% опитаних нами суддів позитивно поставились до пропозиції щодо запровадження норми, яка б уможливила проголошення судом тільки вступної та резолютивної частин судового рішення. При цьому 26,8% респондентів вважали доцільним виготовлення повного тексту вироку протягом 10 днів з дня оголошення його вступної та резолютивної частин (ухвала – 5 днів), 22,3% підтримали ідею виготовлення повного тексту рішення лише у разі клопотання щодо цього хоча б одного учасника судового провадження.

Звісно, в окремих випадках це могло б оптимізувати загальну організацію роботи судді. Проте, на наш погляд, проголошення лише вступної та резолютивної частин судового рішення з подальшим виготовлення його повного тексту має свої недоліки, ризики яких переважають очікуваний позитив. Рішення, що здається цілком очевидним під впливом емоцій судового засідання, під враженням від промов учасників судових дебатів, кожен з яких подає обставини кримінального провадження у вигідному йому світлі, може похитнутися в результаті ретельної, спокійної, виваженої, неупередженої роботи над усією сукупністю наявних у справі доказів, однак змінити його вже буде не можливо.

Тому, на наш погляд, ефективнішим було б, залишивши чинний порядок ухвалення вироку, звільнити суд від необхідності проголошення його повного тексту, на що витрачаються години, а інколи й дні

дорогоцінного часу. Відтак ми долучаємось до 25,1% суддів, які схиляються до такого варіанту раціоналізації своєї діяльності.

Проголосивши судове рішення, головуєчий у судовому засіданні роз'яснює зміст рішення, порядок і строк його оскарження. Якщо цим рішенням є вирок, головуєчий роз'яснює обвинуваченому, захиснику, його законному представнику, потерпілому, його представнику, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, право подати клопотання про помилування, право ознайомитися із журналом судового засідання і подати на нього письмові зауваження. Обвинуваченому, до якого застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, роз'яснюється право заявляти клопотання про доставляння в судове засідання суду апеляційної інстанції (ч. ч. 1, 3 ст. 376 КПК України).

Висновки. З огляду на потребу судової практики та неврегульованість процесуальним законом питання щодо відновлення судового розгляду після видалення до нарадчої кімнати, за наявності обставин, що вимагають додаткового дослідження, судам слід керуватися загальними засадами кримінального провадження (ч. б ст. 9 КПК України) та постановляти ухвалу про поновлення судового розгляду, усвідомлюючи свій професійний обов'язок щодо ухвалення законного, обґрунтованого та вмотивованого судового рішення, що впливає з прямого припису закону (ст. 370 КПК України) та кореспондується з конституційним принципом законності й положенням п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права на справедливий суд.

Необхідно переглянути доктринальну концепцію «Нарадча кімната» та підхід законодавця до забезпечення таємниці наради суддів. В умовах сьогодення з усіх норм, передбачених ст. 367 КПК України, актуальними залишається лише заборона суддям спілкуватися з особами, які брали участь у кримінальному провадженні, та розголошувати хід обговорення та ухвалення рішення в нарадчій кімнаті.

З метою оптимізації судового провадження пропонується частину першу статті 374 КПК України після першого

речення слід доповнити реченням такого змісту: «Суд може проголосити лише вступну та резолютивну частини судового рішення».

Статтю 375 цього Кодексу треба доповнити частиною четвертою такого змісту: «Якщо під час ухвалення судового рішення суд визнає необхідним з'ясувати будь-яку

обставину, яка має істотне значення для кримінального провадження, він своєю ухвалою відновлює з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, та перевірку їх доказами, після завершення яких відкриває судові дебати щодо додатково досліджених обставин і надає останнє слово обвинуваченому».

ЛІТЕРАТУРА:

1. Мирошніченко Ю.М. Базова модель окремої методики судового провадження: завдання, зміст, структура. *Правовий часопис Донбасу*. 2021. № 4(77). С. 164–170. DOI: 10.32366/2523-4269-2021-77-4-164-170.
2. Мирошніченко Ю.М. Деякі ускладнення початкового етапу судового провадження та шляхи їх розв'язання. *Слово Національної школи суддів України*. 2021. № 3. С. 16–26. DOI 10.37566/2707-6849-2021-3(36)-2.
3. Мирошніченко Ю.М. Завдання початкового етапу судового провадження та методи його реалізації. *Київський часопис права*. 2021. № 3. С. 203–207. DOI: <https://doi.org/10.32782/klj/2021.3.32>.
4. Мирошніченко Ю.М. Зміст і порядок подання доказів під час судового розгляду кримінальних справ. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2021. № 52. С. 90–93. DOI: <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2021.52.20>.
5. Мирошніченко Ю.М. Способи розв'язання судом ситуації «Заява обвинуваченого про застосування заборонених методів розслідування». *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2021. № 4. С. 88–93. DOI: <https://doi.org/10.15421/392186>.
6. Мирошніченко Ю.М. Ситуаційна модель подальшого етапу судового провадження в кримінальному процесі. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2022. Т. 9-10. С. 77–86. DOI: 10.18523/2617-2607.2022.9-10.77-86.
7. Постанова Верховного суду від 3.12.2019 р. у справі № 311/793/14-к (провадження № 51-776км19). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505791> (дата звернення: 21.06.2021).
8. Sarrás, S. Ch. (2002). *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago de Chile: LexisNexis ConoSur.
9. Бабечко Н.Р. Судові дебати у кримінальному провадженні: суть, завдання, значення, зміст. *Право і суспільство*. 2022. № 4. С. 378–386. DOI: <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2022.4.55>.
10. Ясинок М.М. Судові дебати: право, психологія, риторика : монографія. Київ : Алерта, 2014. 171 с.
11. Постанова Верховного суду від 10.07.2018 р. у справі № 477/2923/14-к (провадження № 51-660 км 18). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75447887> 86505791 (дата звернення: 21.06.2021).
12. Постанова Верховного Суду від 26.09.2019 р. у справі № 597/873/17 (провадження № 51-1458 км 19). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84694515> (дата звернення: 21.06.2021).
13. Постанова Верховного Суду від 06.07.2022 у справі № 127/15447/20 (провадження № 51-5846км21). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105168215> (дата звернення: 11.11.2022).
14. Постанова Верховного Суду від 14.03.2019 р. у справі № 545/321/17 (провадження № 51-7325км 18). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80521820> (дата звернення: 21.06.2021).
15. Постанова Верховного Суду від 01.08.2022 р. у справі № 640/7928/17 (провадження № 51-3413км21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105624070> (дата звернення: 05.11.2022).

16. Постанова Верховного Суду від 19.10.2021 у справі № 347/840/19 (провадження № 51-2491км21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100544954> (дата звернення: 10.02.2021).
17. Постанова Верховного Суду від 25.03.2021 р. у справі № 615/1165/19 (провадження № 51-4333 км 20). URL: <http://od.reyestr.court.gov.ua/files/47/4a5ac496d336dd0b80e00e60b3b4a579.rtf> (дата звернення: 21.06.2021).
18. Справочное руководство по уголовному процессу. ОБСЕ : Бельгия, 2006. URL: <http://polis.osce.org/library> (дата звернення: 21.06.2021).
19. Постанова Верховного Суду від 28.01.2021 у справі № 182/523/16-к (провадження № 51-1103км20). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94553286> (дата звернення: 21.06.2021).
20. Постанова Верховного Суду від 26.05.2020 у справі № 313/1391/17 (провадження № 51-6183км19). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89564221> (дата звернення: 21.06.2021).
21. Постанова Верховного Суду від 13.06.2019 у справі № 587/1810/17 (провадження № 51-4667км18). *Тижневий огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР за період з 10.06.2019 по 14.06.2019*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/ogljad_rishen_KKS_VS_10_06_14_06_2019.pdf (дата звернення: 21.06.2021).
22. Постанова Верховного Суду від 29.09.2020 у справі № 125/163/17 (провадження № 51-1515км20). *Єдиний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91998557> (дата звернення: 21.06.2021).

СУТНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЇЇ СПЕЦИФІЧНІ ОЗНАКИ



Павліченко Євгенія Володимирівна,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»



Бобошко Олена Миколаївна,

старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті проаналізовано різні підходи до визначення кримінальним законом і конкретизованих вироком суду заходів державного осуду та примусу. Встановлено ототожнення кримінальної відповідальності та покарання, зведення кримінальної відповідальності до застосування санкцій. Представлено розгляд кримінальної відповідальності як специфічних кримінально-правових відносин або як сукупності кримінально-правових, кримінально-процесуальних і кримінально-виконавчих відносин.

Стверджується, що найдоцільнішим може бути таке визначення: кримінальна відповідальність: як реальне покладання на особу, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом і конкретизованих вироком суду заходів державного осуду і примусу. В окремих випадках кримінальна відповідальність може зводитися лише до державного осуду особи, яка вчинила злочин.

Означено, що на засадах кримінального права формується різнобічний осередок питань, пов'язаних із кримінальною відповідальністю, визначаються її форми, підстави та інші ознаки. Це утворює умови забезпечення законності, конституційних прав і свобод громадян.

Показано, що кримінальна відповідальність визначається як складне багатоаспектне явище. Корируючись з іншими видами юридичної відповідальності, вона виконує регулятивну, каральну, відновлювальну та виховну функції.

Встановлено, що найбільш поширеними визначеннями кримінально відповідальності є такі. Визначення кримінальної відповідальності як обов'язку відповісти за вчинення злочину кримінальним законодавством суспільно небезпечного діяння і стерпіти обмеження морального, матеріального та фізичного характеру. Розуміння кримінальної відповідальності як реального покладання на особу, що вчинила злочин.

Ключові слова: відповідальність, законність, кримінальна відповідальність, кримінальне право, кримінально-виконавчі відносини, проступок.

Pavlichenko Yevheniya, Boboshko Olena. The essence of criminal liability and its specific features

The article analyses different approaches to the definition of criminal law and the measures of state condemnation and coercion specified by the court verdict. Identification of criminal responsibility and punishment, reduction of criminal responsibility to the application of sanctions has been established. Consideration of criminal responsibility as specific criminal-legal relations or as a set of criminal-legal, criminal-procedural and criminal-executive relations is presented.

It is argued that the following definition may be the most appropriate: criminal responsibility: as a real application of measures of state condemnation and coercion on a person who committed the crime, provided by the criminal law and specified by the court verdict. In some cases, criminal responsibility can be reduced only to state condemnation of the person who committed the crime.

It is noted that on the basis of criminal law, a versatile centre of issues related to criminal responsibility is formed; its forms, grounds and other features are determined. This creates conditions for ensuring legality, constitutional rights and freedoms of citizens.

It is shown that criminal liability is defined as a complex multifaceted phenomenon. Adjusting to other types of legal responsibility, it performs regulatory, punitive, restorative and educational functions.

It has been established that the following are the most common definitions of criminal responsibility. Definition of criminal responsibility as the obligation to be responsible for the commission of a socially dangerous act prohibited by criminal law and to endure restrictions of a moral, material and physical nature. Understanding criminal responsibility as a real application towards the person who committed the crime.

Key words: responsibility, legality, criminal liability, criminal law, criminal-executive relations, misdemeanor.

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку правової науки в Україні визначаються різнобічні проблеми сьогочасного кримінального права. У його системі провідне значення належить кримінальній відповідальності, котра має прямий зв'язок із право застосовною діяльністю правоохоронних органів і суду, що створюють надійні умови практичної реалізації кримінальної відповідальності.

На засадах кримінального права формується різнобічний осередок питань, пов'язаних із кримінальною відповідальністю, визначаються її форми, підстави та інші ознаки. Це утворює умови забезпечення законності, конституційних прав і свобод громадян.

Кримінальна відповідальність визначається як складне багатоаспектне явище. Корируючись з іншими видами юридичної відповідальності, вона виконує регулятивну, попереджувальну, каральну, відновлювальну та виховну функції.

Поміж того, достеменно визначення особливостей кримінальної відповідальності створює умови відвертати погіршеності у правозастосуванні правоохоронних органів і суду, адже саме їх учасники забезпечують практичну реалізацію настанов закону про кримінальну відповідальність.

Саме тому постійне поліпшення вітчизняного закону про кримінальну відповідальність безумовно буде сприяти підвищенню рівня законодавчої технології та забезпечувати правильне застосування кримінально-правових норм.

Не дивлячись на те, що в рамках сучасної кримінально-правової науки сформо-

вано багато термінів, норм та інститутів, котрі з часом стають більш широко дослідженими, проблеми кримінальної відповідальності залишається найбільш актуальними питаннями сучасності.

Метою статті є вивчення сучасних міркувань науковців у галузі кримінального права щодо проблеми кримінальної відповідальності в Україні.

Аналіз сучасних досліджень і публікацій. Поняття кримінальної відповідальності і форми її реалізації досліджували такі вчені, як І. Богатирьов та А. Савченко, Ю. Баулін, А. Головін, В. Гришук, О. Козаченко, О. Козаченко,, О. Мусиченко, І. Митрофанов, В. Момотюк, М. Мельник та М Хавронюк, Ю. Пономаренко, О. Титаренко, автори В. Тацій, В. Борисов та Л. Демидова, інші.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукових досліджень показав, що найбільш поширеними визначеннями кримінальною відповідальності є такі.

1. Визначення кримінальної відповідальності як обов'язку відповісти за вчинення забороненого кримінальним законодавством суспільно небезпечного вчинку і стерпіти обмеження морального, матеріального та фізичного характеру [3].

2. Розуміння кримінальної відповідальності як реального покладання на особу, що вчинила злочин, передбачених кримінальним законом і конкретизованих вироком суду заходів державного осуду та примусу [4].

3. Ототожнення кримінальної відповідальності та покарання, зведення кримінальної відповідальності до застосування засобів впливу [5].

4. Розгляд кримінальної відповідальності як специфічних кримінально-правових відносин або як сукупності кримінально-правових, кримінально-процесуальних і кримінально-виконавчих відносин [6].

Із нашої точки зору, найдоцільнішим може бути таке визначення кримінальної відповідальності: кримінальна відповідальність є найбільш суворим видом правової відповідальності, вона передбачає державний осуд особи, котра здійснила протиправний проступок, оскільки вирок виноситься від імені держави, вона покладається лише судом і лише звинувачувальним вирок, що вступив у законну дію.

Іншими словами, кримінальна відповідальність – це реальне покладання на особу, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом і конкретизованих вирок суду заходів державного осуду і примусу. В окремих випадках кримінальна відповідальність може зводитися лише до державного осуду особи, яка вчинила злочин.

Отже, відповідно до закону поняття кримінальної відповідальності визначається як обґрунтований нормами кримінального закону обов'язок особи, яка вчинила злочин, піддатися дії кримінального Закону, який передбачає заборону цього злочину.

Визначаючи кримінальну відповідальність, слід виходити з того, що вона є одним із видів юридичної відповідальності.

Розрізняють такі цілі юридичної відповідальності: загальну спорідненість правопорушення; покарання правопорушника; вплив на свідомість правопорушника; моральну перебудову особистості; формування в людини, яка порушила норми права, настанови на правомірну поведінку надалі; виховний вплив на інших людей з метою попередження правопорушень з їхнього боку. Це збігається із ціллю кримінальної відповідальності.

Мета юридичної відповідальності визначає її функції – головні напрямки юридичного впливу як на правопорушника, так і на інших осіб, з метою захисту правопорядку і виховання суб'єктів права, що скоїли чи можуть скоїти правопорушення.

У науці кримінального права немає однозначності в розумінні кримінальної відповідальності: одні автори порівнюють її з кримінальним покаранням; другі

визначають кримінальну відповідальність як певного роду обов'язок; треті представляють її як конкретні кримінально-правові відносини; четверті означають кримінальну відповідальність як реалізацію санкції кримінально-правової норми; п'яті встановлюють кримінальну відповідальність засудженням винного обвинувальним вирок суду за вчинений злочин з признанням покарання або без нього, тощо [7; 8; 9; 10; 11; 12; 14].

Поняття кримінальної відповідальності повинно відповідати відповідним рисам юридичної відповідальності і разом із тим характеризуватися своїми видовими, відмінними ознаками. Цими ознаками є такі:

1. Кримінальна відповідальність являє собою реальну соціальну взаємодію спеціальних органів держави і особи, яка визнана винною у вчиненні злочину, внаслідок чого ця особа має перенести певні позбавлення.

2. Обов'язковою ознакою кримінальної відповідальності є державне примушування, яке знаходить своє вираження передусім в засудженні злочинця і його діяння обвинувальним вирок суду, а також в покладенні на винного додаткових позбавлень і обмежень.

3. Вид і міра позбавлень особистого майнового або іншого характеру визначені тільки в кримінальному законі, передусім в дозволі статті Кримінального Кодексу, яка передбачає відповідальність за вчинені злочини.

4. На відміну від цивільно-правової відповідальності, де іноді можливо добровільне перенесення особою позбавлень майнового характеру, при кримінальній відповідальності вона завжди має вимушений характер, оскільки це пов'язано з діяльністю спеціально уповноважених органів держави.

5. Кримінальна відповідальність можлива лише за вчинення злочину, який виступає як підстава такої відповідальності.

З урахуванням викладеного кримінальна відповідальність – це вимушене перенесення особою, що вчинила злочин, державного засудження, а також позбавлень особистого, майнового або іншого характеру, які передбачені кримінальним законом і покладаються на винного спеціальними органами держави.

Кримінальна відповідальність визначається як практичне використання кримінально-правової норми, яке визначається в негативній оцінці судом поведінки особи, що вчинила злочин, і в застосуванні до неї заходів державного примусу; до змісту кримінальної відповідальності входять призначене судом покарання і його виконання.

Кримінальна відповідальність настає за провинний, суспільно загрозовий і протизаконний проступок; відображається у формі державного примусу; зазнає державного осуду і спричиняє негативні наслідки для злочинця; функціонує і запроваджується у рамках кримінальних правовідносин.

Кримінальні правовідносини проявляються об'єктивно і не мають залежності від суб'єктивного чинника, тобто від спрямувань посадових осіб та їх визначення в процесуальному порядку.

Кримінально-правові відносини з'являються з часу, коли особа вчинила злочин. Саме в цей час між особою і державою утворюється правовий зв'язок, який означається появою взаємних прав і обов'язків обох сторін правовідносин. Практичне застосування цих прав і обов'язків, що здійснюється в межах кримінально-правових відносин, на певній стадії їх становлення й породжує кримінальну відповідальність.

Непримушена кримінальна відповідальність виникає внаслідок доведення вини особи в законному порядку і встановлення її обвинувальним вироком. Таким чином, кримінальна відповідальність набуває форми свого реального існування після засудження особи судом за вчинений проступок і винесення обвинувального вироку.

Кримінальна відповідальність не може існувати поза кримінально-правовими відносинами, вона є наслідком їхнього виникнення. Змістом цих правовідносин є взаємовідносини їх суб'єктів із приводу прав та обов'язків, що визначаються нормами кримінального права.

Кримінальна відповідальність є несхожою з іншими видами юридичної відповідальності, такими як адміністративна, дисциплінарна тощо за такими ознаками:

1) за підставами застосування кримінальна відповідальність вживається лише

щодо особи, яка вчинила суспільно небезпечний проступок, що містить склад злочину, передбачений чинним законом України про кримінальну відповідальність;

2) за змістом відповідальності: кримінальна відповідальність містить в собі засудження вчиненого особою злочинного проступку і особи, яка його вчинила, оскільки вирок виноситься від імені держави, а при призначенні покарання – ще й державному примусі у вигляді позбавлення або обмеження прав і свобод засудженого, які встановлено у діючому законі України про кримінальну відповідальність. При застосуванні інших видів юридичної відповідальності, в тому числі й судом, державний примус у такому виді відсутній;

3) за суб'єктом застосування: кримінальна відповідальність застосовується лише судом, жоден інший орган не має права цього робити. Інші види юридичної відповідальності можуть застосовуватися як судом, так і іншими органами держави;

4) за порядком застосування: у Кримінальному процесуальному кодексі України встановлений спеціальний, чітко структурований порядок застосування кримінальної відповідальності, особливістю якого є поетапний процесуальний контроль цієї діяльності прокурором. Застосування інших видів юридичної відповідальності не передбачає такої деталізації та обов'язкового процесуального контролю прокурором;

5) за колом суб'єктів, щодо яких застосовується відповідальність. Кримінальна відповідальність має осібний характер, тобто вона застосовується лише щодо фізичної особи, винної у вчиненні злочину. Інші види юридичної відповідальності можуть застосовуватися у разі невинного вчинення особою правопорушення до юридичних осіб, а також до правотакиків фізичних та юридичних осіб.

Отже, кримінальна відповідальність – це специфічний кримінально-правовий інститут, у рамках якого здійснюється реагування держави на вчинений злочин, яке полягає в тому, що суд в обвинувальному вирокі здійснює засудження порушника у вигляді кримінально-правової заборони з обмеженням або позбавленням його певних благ, а правопорушник, усвідомивши сутність

засудження, морально переживає його.

Таким чином, кримінальну відповідальність доцільно розуміти як складне, двобічне явище. З одного боку, це засудження особи за вчинення нею злочину обвинувальним вироком суду з обмеженням чи позбавленням її законних прав та інтересів чи без такого, а з іншого – своєрідне терпіння такого засудження винним.

Зміст кримінальної відповідальності полягає в негативній оцінці вчиненого злочину і особи, яка його вчинила, з боку держави та її органів. Поняття кримінальної відповідальності означає свідчення дійсної взаємодії особи, яка вчинила злочин, і спеціальних органів держави. Кримінальна відповідальність настає за винне, суспільно небезпечне і протиправне діяння; відображається у формі державного примусу; супроводжується державним осудом і спричиняє негативні наслідки для злочинця; існує і реалізується у межах кримінальних правовідносин

Кримінальна відповідальність представляється як відгук на вчинення з боку особи правопорушення, яке характеризується найвищим ступенем суспільної небезпечності.

Виділяють різноманітні критерії класифікації кримінальної відповідальності,

Так, за критерієм суб'єкта, що реалізує кримінальну відповідальність у законодавчій або право застосовній діяльності, виділяють: а) кримінальну відповідальність, що законодавчо встановлена; б) кримінальну відповідальність, що визначена судом; кримінальну відповідальність, яка запроваджується спеціальними органами виконавчої влади держави.

За соціальними цінностями, на які посягає певна група злочинів, можна виділити таку кримінальну відповідальність: а) за злочини проти основ національної безпеки; б) за злочини проти життя та здоров'я особи; в) за злочини проти власності тощо.

За об'єктом – кримінальна відповідальність поділяється за: а) шпигунство; б) умисне вбивство; в) крадіжку; г) грабіж; д) розбій тощо.

За способом вчинення злочинів виділяється кримінальна відповідальність: а) за

насильницькі злочини; б) за ненасильницькі злочини; в) за злочини вчинені шляхом обману тощо.

За суб'єктом злочину: а) відповідальність за злочини, що вчинюються загальним суб'єктом; б) відповідальність за злочини, що вчинюються спеціальним суб'єктом.

За формою вини: а) відповідальність за умисні злочини; б) відповідальність за злочини, вчинені через необережність.

Найбільш визначальним у науці кримінального права є негативний або ретроспективний вид кримінальної відповідальності, що трактується як правовий наслідок реально вчиненого злочину.

Негативну або ретроспективну кримінальну відповідальність потрібно розглядати з позиції примусу, державно-примусового впливу, покарання, правового стану карання, засобу впливу, негативних наслідків, судимості тощо.

Отже, кримінальна відповідальність, будучи схожою на фундаментальному рівні з будь-яким іншим видом юридичної відповідальності, характеризується низкою особливих, притаманних лише їй, рис.

Висновки. Викладені вище положення дозволяють зробити висновок про те, що проблематика кримінальної відповідальності та її реалізація відносяться до найскладніших у теорії кримінального права України. Через багатогранність кримінальної відповідальності на даний час не існує однозначного розуміння її сутності.

Кримінальну відповідальність є найбільш суворим видом правової відповідальності, вона передбачає державний осуд особи, котра здійснила протиправний проступок, оскільки вирок виноситься від імені держави, вона покладається лише судом і лише звинувачувальним вироком, що вступив у законну дію.

Її зміст полягає в застосуванні до порушника передбаченого правовими нормами впливу за вчинення кримінального правопорушення. Будучи комплексним і системним феноменом, кримінальній відповідальності властиві відповідні підстави, види, форми та інші характеристики. Вона виконує регулятивну, каральну, відновлювальну та виховну функцію.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. з такими змінами. URL: zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр.
2. Актуальні питання кримінального законодавства України та практики його застосування : монографія / Тацій В.Я., Борисов В.І., Демидова Л.М. Київ : Право. 2017. 400 с.
3. Богатирьов І. Кримінальна відповідальність як сучасна проблема кримінального права України. І. Богатирьов, А. Савченко. *Кримінальне право*. 2016. № 2. С. 133–137.
4. Головін А.С. Кримінальна відповідальність в контексті сучасних тенденцій відправлення правосуддя. *Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 11-12 жовтня 2012 р.)* / редкол. : В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2012. С. 14–25.
5. Грищук В.К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. 736 с.
6. Козаченко О.В. Дефініція кримінальної відповідальності. Новітні кримінально-правові дослідження. Миколаїв : Іліон, 2016. 420 с.
7. Кримінальна відповідальність та форми її реалізації : підручник / О.В. Козаченко, О.М. Мусиченко, О.М. Сидоренко та ін. ; за ред. професора О.В. Козаченка. Миколаїв : Іліон. 2015. 142 с.
8. Митрофанов І.І. Вчення про механізм реалізації кримінальної відповідальності : монографія. Кременчук : Вид. ПП Щербатих О.В., 2012. 448 с.
9. Митрофанов І.І. Кримінально-правові засоби впливу у механізмі реалізації кримінальної відповідальності. *Застосування кримінального законодавства органами внутрішніх справ: проблеми теорії і практики : матеріали всеукраїнського науково-практичного семінару (м. Дніпропетровськ, 31 травня 2012 р.)* / упоряд. В.В. Шаблистий. Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. 2013. С. 35–37.
10. Момотюк В.О. Поняття кримінальної відповідальності у доктрині кримінального права. *Матеріали III Міжнародного молодіжного наукового юридичного форуму, м. Київ, Національний авіаційний університет, 14-15 травня 2020 р.* Тернопіль : Вектор. 2020. С. 339–341.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. За ред. 11-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор». 2019. 1384 с.
12. Пономаренко Ю.А. Кримінальна відповідальність, покарання та інші заходи кримінально-правового характеру в системі кримінально-правових наслідків вчинення злочину. *Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: Матеріали міжнар.наук.-практ.конференції 8-9 жовтня 2015 року*. Харків : Право, 2015. 528 с.
13. Титаренко О.О. Окремі питання кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в контексті (ст. 368-2 КК) та декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК). Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі : матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. (Київ, 9 груд. 2016 р.) / ред. кол. : В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ., 2016. 476 с.
14. Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності. Матеріали наукового полілогу / Баулін Ю.В., Пономаренко Ю.А. Харків: Право, 2018. 208 с.

Трибуна Молодого Вченого

УДК 342.7:340

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.25>

ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У СИСТЕМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ: ВИДИ ТА ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ



Кошляк Наталія Едуардівна,

аспірант кафедри загальноправових дисциплін

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті розкрито теоретико-прикладні аспекти проблеми функціонування органів державної влади у напрямі забезпечення прав та свобод внутрішньо переміщених осіб та визначено їх види. Наголошено, що аналіз діяльності органів державної влади шляхом висвітлення лише повноважень органів публічної адміністрації чи тільки органів виконавчої влади без урахування законодавчої гілки влади та судової гілки влади є обмеженим. Запропонована класифікація органів державної влади у системі забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб з урахуванням різних наукових підходів на три основні групи, які умовно можна назвати: загальні, спеціальні та допоміжні.

Акцентовано, що забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні здійснюють кілька десятків органів державної влади, діяльність яких регулюється понад сотнею нормативно-правових актів, що провокує виникнення великої кількості неузгодженостей. Разом із тим, якщо у 2014 р. такі проблеми пояснювали новизною умов, викликаних тимчасовою окупацією території України, то у 2022 р. такі аргументи недопустимими є виправданям та потребують негайного реагування.

Систематизовано проблеми забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб органами державної влади в Україні, серед яких: невизначеність компетенції та відсутність узгодженості в діяльності органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні; недосконалість обліку внутрішньо переміщених осіб та їх потреб; відсутність стратегії щодо державного фінансового забезпечення потреб внутрішньо переміщених осіб. Важливим напрямом удосконалення діяльності органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод ВПО є використання міжнародного досвіду через відповідні проекти.

Ключові слова: внутрішньо переміщені особи, права та свободи, органи державної влади, компетенції, тимчасово окупована територія.

Koshliak Nataliia. Government bodies in the system for ensuring the rights of internally displaced persons: types and problems of functioning

The article reveals the theoretical and applied aspects of the problem of the functioning of state authorities in the direction of ensuring the rights and freedoms of internally displaced persons and defines their types. It is emphasized that the analysis of the activities of state authorities by highlighting only the powers of public administration bodies or only executive authorities, without taking into account the legislative branch of power and the judicial branch of power, is limited. The proposed classification of state authorities in the system of ensuring the rights and freedoms of internally displaced persons, taking into account different scientific approaches, into three main groups, which can be conventionally called: general, special and auxiliary.

It is emphasized that ensuring the rights and freedoms of internally displaced persons in Ukraine includes several dozen state authorities whose activities are regulated by more than a hundred legal acts, which provokes the emergence of a large number of inconveniences. At the same time, if in 2014 such problems were explained by news conditions caused by the temporary occupation of the territory of Ukraine, then in 2022 such arguments are inadmissible as an excuse and require an immediate response.

The problems of ensuring the rights and freedoms of internally displaced persons by state authorities in Ukraine are systematized, including: the uncertainty of competence and the identification of consistency in the activities of state authorities regarding the protection of the rights and freedoms of internally displaced persons in Ukraine; imperfect accounting of internally displaced persons and their needs; check strategies for state financial support for the needs of internally displaced persons. The use of international experience through relevant projects is an important direction for improving the activities of state authorities in ensuring the rights and freedoms of IDPs.

Key words: *internally displaced persons, rights and freedoms, state authorities, competences, temporarily occupied territory*

Актуальність. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» держава вживає всіх можливих заходів, передбачених Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, щодо запобігання виникненню передумов вимушеного внутрішнього переміщення осіб, захисту та дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб [1]. Виходячи з цього, саме на органи державної влади покладається первинний обов'язок забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб.

Важливо чітко розмежовувати місце та значення органів державної влади у питанні забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб й не плутати їх повноваження з іншими суб'єктами державного управління чи органами місцевого самоврядування через змістовну різницю сутності цих інституцій. Отож питання щодо ролі та проблем функціонування органів державної влади у системі забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб має як теоретичне, так і прикладне значення.

Наукові розвідки. Питанню ролі та місця держави у забезпеченні прав і свобод внутрішньо переміщених осіб присвячені праці вітчизняних та зарубіжних дослідників, серед них: В. Антонюк, Б. Бабіна, О. Бандурка, І. Беззуб, О. Гончаренко, І. Грицай, Г. Гудвін-Гілла, М. Кобець, А. Коршун, О. Котляр, К. Крахмальова, О. Малиновська, Є. Мінакова, Є. Микитенко, А. Монаєнко, Р. Наджафгулієва,

Л. Наливайко, О. Новікова, О. Петришин, В. Потапова, М. Сіранта, О. Чепік-Трегубенко та ін. Результати досліджень вказаних науковців стали фундаментом формування авторської позиції щодо діяльності органів державної влади у системі забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб дозволили виявити основні недоліки та сформувані пропозиції щодо підвищення ефективності такої діяльності в сучасних умовах.

Мета статті – обґрунтувати теоретико-прикладні аспекти видів та особливостей функціонування органів державної влади як основних суб'єктів забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, які діють від імені держави та підлягають чіткому контролю, у тому числі й з боку громадянського суспільства. Важливо окреслити коло таких державних органів і з'ясувати їх повноваження щодо забезпечення реалізації статусу внутрішньо переміщених осіб та основних проблем, які перешкоджають цьому.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж перейти до висвітлення повноважень органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, необхідно визначитися з тим, які саме інституції має на увазі законодавець, вказуючи на те, що держава вживає всіх можливих заходів щодо захисту та дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб. Адже держава реалізує свої функції через органи державної влади як самостійні суб'єкти, а також органи місцевого самоврядування, які беруть участь в управлінні державою шляхом вирішення

питань місцевого значення в межах Конституції і законів України [2]. При цьому вказані суб'єкти мають свій механізм забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб.

З метою найбільш повної та змістовної характеристики діяльності органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод ВПО та враховуючи різні наукові підходи до їх класифікації, пропонуємо розмежувати їх на три основні групи, які умовно можна назвати: загальні, спеціальні та допоміжні. Такий підхід дозволить систематизувати їх за обсягом та напрямками повноважень та знизити рівень їх розосередженості, що негативно впливає на стан забезпечення прав і свобод ВПО [3; 4; 5; 6]. Так, до загальних органів державної влади, що забезпечують права і свободи внутрішньо переміщених осіб в Україні, слід віднести ті, які формують політику у даній сфері та для яких забезпечення прав і свобод ВПО не є основним видом діяльності. Такими органами є: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Рада національної безпеки і оборони України. До другої групи належать органи державної влади, для яких забезпечення прав і свобод ВПО входить до їх компетенції та прямо передбачене у чинних нормативно-правових актах, а саме: Міністерство з питань реінтеграції окупованих територій, Міністерство соціальної політики, Міністерство охорони здоров'я, Міністерство освіти та науки України, Державна міграційна служба України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, місцеві органи державної влади та їх посадові особи. Третю групу формують органи державної влади, які здійснюють свої повноваження в інтересах внутрішньо переміщених осіб або за запитом останніх, або за ініціативи інших суб'єктів, у разі порушення, обмеження чи відновлення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, а саме: органи судової гілки влади, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, органи прокуратури, Служба безпеки України, центральні органи виконавчої влади та інші. Такий поділ має умовний та дискусійний характер й може змінюватися залежно від трансформації державної політики у сфері забезпечення прав внутрішньо переміще-

них осіб. Враховуючи існуючі вимоги до об'єму наукових статей, авторкою буде розглянуто повноваження окремих органів державної влади у досліджуваному напрямі.

Серед органів державної влади, які забезпечують права і свободи внутрішньо переміщених осіб, особливе місце належить Верховній Раді України, діяльність якої полягає у прийнятті законів та підзаконних нормативно-правових актів з метою формування правового статусу внутрішньо переміщених осіб та вирішення проблем, які можуть виникнути з його реалізацією, що, зокрема, відображено в Законі України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 р.

У Президента України відповідно до ст. 93 Конституції України є право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України, а законопроекти, визначені Президентом України як невідкладні, розглядаються парламентом позачергово, що також надає повноваження щодо формування державної політики у забезпеченні прав внутрішньо переміщених осіб. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про військово-цивільні адміністрації» саме Президент України утворює у разі потреби військово-цивільні адміністрації, чії повноваження вже безпосередньо пов'язані з забезпеченням прав та свобод внутрішньо переміщених осіб [7]. До повноважень Президента України також входить видання указів, розпоряджень та доручень з питань забезпечення прав і свобод ВПО з метою деталізації та уточнення законів у цій сфері чи врегулюванні відносин, які залишились поза увагою законодавства. У своїй діяльності Президент України повинен реагувати на звернення громадян, зокрема й у сфері порушення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб.

З об'єктивних причин гарантування прав і свобод внутрішньо переміщених осіб є предметом особливої уваги Президента України через політико-правові питання, які потребують його першочергової участі [8, с. 497; 9]. Так, він активізує гарантування прав і свобод внутрішньо переміщених осіб через стимулювання діяльності, наприклад, органів виконавчої влади

Кабінет Міністрів України як вищий орган у системі органів виконавчої влади України відповідно до ч. 3 і 9 ст. 4, ч. 2 ст. 4-1, п. 2 ч. 1, ч. 8 і 9 ст. 7, ст. 10 і 17 Закону «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» [1] координує і контролює діяльність інших органів виконавчої влади на предмет вжиття заходів із забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, спрямовує їх діяльність на захист їхніх прав і свобод, на усунення обставин (умов), що сприяли внутрішньому переміщенню, сприяння поверненню і реінтеграції, а також проводить моніторинг внутрішнього переміщення, затверджує і контролює виконання комплексних державних цільових програм щодо підтримки та соціальної адаптації внутрішньо переміщених осіб із зазначенням джерел та обсягів фінансування тощо.

Серед спеціальних органів державної влади, що забезпечують права та свободи внутрішньо переміщених осіб, у Законі України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» безпосередньо передбачені: Міністерство з питань реінтеграції окупованих територій, Міністерство соціальної політики, Міністерство охорони здоров'я, Міністерство освіти та науки України, Державна міграційна служба України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, місцеві органи державної влади та їх посадові особи. Детальний аналіз положень вищевказаних центральних органів виконавчої влади показав, що у них міститься перелік їхніх завдань і функцій у загальних формулюваннях, не визначаючи ті, що безпосередньо спрямовані на забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, що не сприяє ефективності їх захисту.

Враховуючи те, що реалізація прав і свобод внутрішньо переміщеними особами відбувається за місцем проживання, найбільш активно відбувається взаємодія з місцевими органами державної влади. Зокрема, місцеві державні адміністрації забезпечують тимчасове проживання (перебування) і надання в тимчасове користування житла внутрішньо переміщеним особам, надання медичних (а місцеві державні адміністрації – ще і психологічних) послуг, набуття внутрішньо переміщеними особами прав на земельну

ділянку, допомогу з переміщенням рухомого майна внутрішньо переміщених осіб, влаштування дітей в навчальні заклади, забезпечення соціального захисту дітей-внутрішньо переміщених осіб і здійснення в повному обсязі повноважень органу опіки і піклування, виявлення дітей-внутрішньо переміщених осіб без батьків, надання житла дитячим будинкам сімейного типу та ін. [10, с. 115; 11].

Відповідно до Закону України «Про військово-цивільні адміністрації» від 03 лютого 2015 р. [7] такі адміністрації не мають на меті зміни та/або скасування конституційно закріпленого права територіальних громад на місцеве самоврядування, але при цьому в місцях, де вони утворені, військово-цивільні адміністрації виконують і повноваження місцевих органів виконавчої влади, і органів місцевого самоврядування (Преамбула і стаття 1 цього Закону).

Останньою групою органів державної влади є допоміжні, проте не менш важливі у забезпеченні прав і свобод внутрішньо переміщених осіб, адже можуть захищати чи відновлювати права і свободи внутрішньо переміщених осіб зі сторони тих органів державної чи їх посадових осіб, які були зобов'язані їх забезпечувати. Важливу роль у відновленні порушених чи обмежених прав внутрішньо переміщених осіб відіграють органи судової влади.

Конституційний Суд України є органом конституційної юрисдикції в Україні, що здійснює конституційне судочинство, об'єктом якого є, наприклад, конституційно-правовий статус людини і громадянина, в тому числі внутрішньо переміщених осіб. Так, реалізуючи функцію конституційного контролю, Конституційний Суд України безпосередньо впливає на гарантування у національному законодавстві прав і свобод внутрішньо переміщених осіб.

Конституційний суд розглядає конституційні скарги. Результатом реалізації цієї функції Конституційного Суду України є поновлення конституційних прав і свобод людини; скасування неконституційних актів чинного законодавства чи їх окремих положень [12, с. 492]. Отже, механізм захисту та відновлення прав і свобод людини і громадянина в Україні,

у тому числі внутрішньо переміщених осіб, удосконалено та посилено.

Загальні суди, виступаючи гарантом стабільності суспільних відносин та, сприяючи тим самим сталому розвитку, відіграють важливу роль, реалізуючи функцію правосуддя у адміністративних, кримінальних, цивільних та господарських справах, тим самим забезпечують права і свободи внутрішньо переміщених осіб. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» [13; 14] передбачає, що суди захищають та відновлюють, зокрема права і свободи внутрішньо переміщених осіб. Зважаючи на те, що практика Європейського суду з прав людини є частиною національного законодавства, на думку, як науковців, так і правозахисників для українських судів саме вона має бути основним взірцем та джерелом, зокрема у сфері забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб [15; 16]. Важливою проблемою у забезпеченні прав і свобод внутрішньо переміщених осіб є документальне підтвердження юридичних фактів.

Разом із тим українська судова система показала свою високу ефективність у захисті прав і свобод внутрішньо переміщених осіб. Більше того, українські суди проявили виключну увагу до захисту порушених прав і свобод внутрішньо переміщених осіб шляхом ініціативного застосування міжнародної судової практики. Так, рішенням Попаснянського районного суду Луганської області від 24.02.2016 встановлено факт смерті особи на окупованій території. При цьому під час оцінки в якості доказу медичного свідчення про смерть, виданого медичною установою, що знаходиться на тимчасово окупованій території, суд виходив із загальних принципів, сформульованих у висновку Міжнародного суду ООН («Намібійські винятки») та розвинутих у рішеннях ЄСПЛ [17; 18; 19]. Судді підкреслюють, що такі рішення не означають визнання документів, виданих окупаційною владою чи легітимізується ця влада; у даному випадку ці документи як виняток приймаються та оцінюються разом з іншими доказами та формують думку судді на ті чи інші події та факти.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини є одним з найважливіших

суб'єктів, який може забезпечувати реалізацію прав і свобод внутрішньо переміщених осіб завдяки своїм широким повноваженням. Так, відповідно до ч. 1 ст. 11 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» Уповноважений в межах виділених коштів, затверджених Верховною Радою України, має право призначати своїх представників отримує відомості щодо порушення прав і свобод людини і громадянина і має можливість реагувати на них двома видами актів: конституційним поданням або конституційним зверненням (ст. 15 і 16) [20]. Конституційне подання є зверненням до Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, які стосуються прав і свобод людини і громадянина, або про офіційне тлумачення Конституції України та законів України (пункт 3 частини 1 статті 13 Закону). А подання Уповноваженого є актом, який вноситься до органів державної влади і місцевого самоврядування, юридичних осіб, їх посадовим і службовим особам для вжиття заходів і усунення виявлених порушень у місячний строк (абзац 3 статті 15 Закону). Крім того, за пунктом 10 частини 1 статті 13 Закону Уповноважений з метою захисту прав і свобод людини і громадянина особисто або через свого представника має право звертатися до суду (для захисту прав і свобод тих осіб, які через фізичний стан, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність не можуть самі захистити себе), брати участь у судовому розгляді справ за своїми позовами і вступати у справи за позовами інших осіб на будь-якій стадії судового розгляду, а також ініціювати перегляд судових рішень. Це положення майже дублюється у абзаці 3 частини 1 статті 60 Кодексу адміністративного судочинства України щодо участі у адміністративних справах органів та осіб, яким законом надано право захищати права свободи та інтереси інших осіб.

Висновки. Підводячи підсумки, зауважимо таке.

1. Потрібно чітко розмежовувати місце та значення органів державної влади у питанні забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб. Аналіз діяльності органів державної влади шляхом висвітлення лише повноважень органів публічної адміністрації чи тільки органів виконавчої влади, без урахування законодавчої гілки влади та судової гілки влади буде неповним. Запропонована класифікація органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб з урахуванням різних наукових підходів на три основні групи, які умовно можна назвати: загальні, спеціальні та допоміжні. Такий підхід дозволить систематизувати їх за обсягом та напрямками повноважень та знизити рівень їх розосередженості, що є однією з основних проблем в реалізації покладених завдань.

2. Забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні здійснюють кілька десятків органів державної влади, діяльність яких регулюється понад сотнею нормативно-правових актів, що провокує виникнення великої кількості проблем та

неузгодженостей під час правозастосування. Разом з тим, якщо у 2014, 2015 чи навіть у 2016 роках такі проблеми пояснювали новизною умов, в яких опинилися державні органи, що ускладнювало регулювання суспільних відносин, які виникли через тимчасову окупацію території України, то у 2022 р. такі аргументи недопустимими є виправданям та потребують негайного реагування.

3. Вивчення проблем забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні та результати проведених раніше досліджень дозволили виділити основні: невизначеність компетенції та відсутність узгодженості в діяльності органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні; недосконалість обліку внутрішньо переміщених осіб та їх потреб; відсутність стратегії щодо державного фінансового забезпечення потреб внутрішньо переміщених осіб. Важливим напрямом удосконалення діяльності органів державної влади щодо забезпечення прав і свобод ВПО є використання міжнародного досвіду через відповідні проекти.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20 жовтня 2014 р. № 1706-VII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>.
2. Nalyvaiko L. State System Guarantees: Theoretical and Legal Characteristics. The issues of improving legal knowledge in the XXI century: the unity of theory and practice: collective monograph. Lviv-Toruń : Liha-Pres, 2019. P. 131–150.
3. Проценко Т.О. Державні органи влади та органи місцевого самоврядування як суб'єкти забезпечення прав та свобод внутрішньо переміщених осіб в Україні. *Наука і правоохорона*. 2016. № 3. С. 33–42.
4. Наливайко Л.Р. Державний лад України: поняття, система, гарантії : дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2010. 535 с.
5. Наливайко Л.Р., Бочковий О.В., Мінакова Є.В. Проблеми реалізації повноважень органів місцевого самоврядування з питань, пов'язаних з внутрішньо переміщеними особами в умовах децентралізації влади (за результатами опитування пілотних громад). *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. № 1. 2022. С. 129–136.
6. Наливайко О.І. Державний контроль у системі місцевого самоврядування в Україні: проблеми теорії та практики. *Право і суспільство*. 2015. № 3(2). С. 22–28.
7. Про військово-цивільні адміністрації : Закон України від 03.02.2015 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/141-19>.
8. Наливайко Л., Орешкова А. Теоретико-правова характеристика організаційно-правових (інституційних) гарантій прав і свобод внутрішньо переміщених осіб. *Impact of modernity on science and practice: In The 12 th International scientific and practical conference (13-14 April, 2020)*. Edmonton, Canada 2020. 678 p. 2020. p. 497.
9. Nalyvaiko L., Chepik-Tregubenko O. Main Directions of Effective Interaction of Public Authorities and Institutes of Civil Society. *Legislation of EU countries: history, shortcomings and prospects for the development*: collective monograph. Frankfurt (Oder): Izdevniecība «Baltija Publishing, 2019. P. 197–214.

10. Крахмальова К.О. Адміністративно-правове забезпечення статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні : дис. ... канд. юрид. Київ, 2017. 210 с.
11. Наливайко І.О. Теоретико-правові проблеми імплементації в Україні ст. 37 Стамбульської конвенції. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. №. 3. С. 25–29.
12. Федоренко В.Л. Конституційне право України : підруч. / До 20-ої річниці Конституції України та 25-ої річниці незалежності України. Київ : Ліра-К, 2016. 616 с.
13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.
14. Наливайко Л.Р., Олійник В.М. Теоретико-правова характеристика взаємодії органів судової влади та інститутів громадянського суспільства: монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2019. 192 с.
15. Христова Г. Національна судова практика з питань внутрішнього переміщення: застосування стандартів Ради Європи / Г. Христова, Ю. Трало, К. Буряковська; заг. ред. Г. Христова ; 3-тє вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2020. 301 с.
16. Наливайко І.О. Стандарти Ради Європи та правові позиції ЄСПЛ у сфері запобігання та протидії домашньому насильству: теоретико-правова характеристика. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 7.
17. «Mozer v. the Republic of Moldova and Russia». URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161055>.
18. Nalyvaiko L., Chepik-Trehubenko O. Application of the principle of the rule of law international and national courts. *KELM (Knowledge, Education, Law, Management)*. 2022. № 4(48). P. 413–419. DOI: <https://doi.org/10.51647/kelm.2022.4.65>.
19. Leheza Y., Nalyvaiko L., Sachko O., Shcherbyna V., Chepik-Trehubenko O. Principles of law: Methodological approaches to understanding in the context of modern globalization transformations. *Ius Humani. Law Journal*. 2022. 11(2). P. 55–79. URL: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v11i2.312>.
20. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. № 776/97-ВР URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0%B2%D1%80>.

УДК 347

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.26>

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ, У ДАВНЬОРИМСЬКИЙ ПЕРІОД

Хрущ Вікторія Леонідівна,
аспірант

Науково-дослідного інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії правових наук України



Статтю присвячено з'ясуванню особливостей нормативного врегулювання відносин із влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, у давньоримський період. Установлено, що проблема сирітства з урахуванням її здебільшого соціального характеру існує стільки ж, скільки й людство, а отже, мали місце різноманітні способи її вирішення, які, перш за все, зумовлювалися особливостями розвитку того чи іншого історичного типу суспільства. Об'єктивна потреба у влаштуванні дітей, позбавлених батьківського піклування, виникла у період родового ладу та була пов'язана з появою соціального сирітства як явища, що стало результатом переходу тогочасного суспільства до моделі родинного (сімейного) виховання. Первісне влаштування дітей, чиї батьки померли або відмовилися від них, містило деякі елементи функціонування сучасних дитячих будинків сімейного типу та передбачало взяття на виховання одного чи декількох дітей за винагороду, що надавалася родом. З огляду на тогочасну відсутність будь-якої диференціації форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, убачається, що інститут усиновлення на ранніх етапах розвитку людства слід сприймати не як одну із сучасних законодавчо закріплених форм виховання чужих дітей із чітко визначеними соціально-правовими особливостями, а як узагальнене поняття, що передбачало уособлення різноманітних способів виховання та захисту дітей-сиріт. Сучасна концепція функціонування дитячого будинку сімейного типу, як і будь-якої іншої форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, історично бере свій початок від інституту усиновлення, процедурні особливості здійснення якого отримали досить детальне впорядкування нормами перших римських правових актів, зокрема Законів XII таблиць. Із зародженням християнства та безпрецедентним впливом церковних канонів на організацію суспільного життя цінність дітей у суспільстві суттєво зросла. На основі ідей гуманізму та милосердя була започаткована система державної підтримки сиріт, основним досягненням якої стало заснування притулків для дітей, позбавлених батьківського піклування. Діяльність таких притулків згодом була детально регламентована у Кодексі Юстиніана (*Corpus juris civilis*). Зазначено, що саме зі створенням таких притулків відбулося перше історичне розгалуження інституту опікування над сиротами: поряд з усиновленням правове підґрунтя отримало створення спеціалізованих сиротинців. Зроблено висновок, що візантійська система дитячих притулків стала інноваційним елементом догляду за сиротами та успішним доповненням до традиційної опіки, успадкованої від стародавнього світу, а самі римські сиротинці стали першим історичним прототипом сучасних дитячих будинків сімейного типу.

Ключові слова: сім'я, діти-сироти, інститути підтримки сиріт, опікування, усиновлення, форми виховання, притулки для дітей, дитячі будинки сімейного типу.

Khrushch Victoria. Features of the legal regulation of relations regarding the arrangement of children deprived of parental care in the ancient Roman period

The article is devoted to establishing the peculiarities of the legal settlement of relations with the placement of children deprived of parental care in the ancient Roman period. It has been established that the problem of orphanhood, taking into account its mostly social nature, exists

as long as humanity, and, therefore, there were various ways of solving it, which, first of all, were determined by the specifics of the development of one or another historical type of society. The objective need to place children deprived of parental care arose in the period of the family system, and was connected with the emergence of social orphanhood as a phenomenon, which was the result of the transition of the society of that time to the family upbringing model. The initial placement of children whose parents died or abandoned them contained some elements of the functioning of modern family-type children's homes and consisted in taking one or more children to raise for a reward provided by the family. In view of the absence of any differentiation of forms of placement of children deprived of parental care at the time, it can be seen that the institution of adoption at the early stages of human development should not be perceived as one of the modern legally established forms of raising other people's children with clearly defined social and legal features, but as a generalized concept that involved the personification of various ways of raising and protecting orphans. The modern concept of the functioning of a family-type orphanage, as well as any other form of placement of orphans and children deprived of parental care, historically originates from the institution of adoption, the procedural features of which were regulated in detail by the norms of the first Roman legal acts, in particular, Laws of the XII tables. With the birth of Christianity and the unprecedented influence of church canons on the organization of social life, the value of children in society increased significantly. Based on the ideas of humanism and mercy, a system of state support for orphans was launched, the main achievement of which was the establishment of shelters for children deprived of parental care. The activities of such shelters were subsequently regulated in detail in the Justinian Code (Corpus juris civilis). It is noted that with the creation of such shelters, the first historical branching of the institution of orphan care took place: along with adoption, the creation of specialized orphanages received a legal basis. It is concluded that the Byzantine system of children's shelters became an innovative element of orphan care and a successful addition to the traditional care inherited from the ancient world, and the Roman orphanages themselves became the first historical prototype of modern family-type children's homes.

Key words: family, orphans, orphan support institutes, guardianship, adoption, forms of upbringing, shelters for children, family-type orphanages.

Інститут сім'ї як одна з найбільш поширених та соціально бажаних форм організації життя людей завжди відіграв чи не найважливішу роль у контексті цивілізаційного розвитку будь-якого суспільства. Думка про фундаментальність та цілісність сім'ї як ключової передумови належного виховання дітей і формування морально здорового соціуму покладена в основу ключових міжнародних нормативно-правових актів. Водночас проблема сирітства з урахуванням її здебільшого соціального характеру існує стільки ж, скільки й людство, а отже, мали місце і різноманітні способи її вирішення, які, перш за все, зумовлювалися особливостями розвитку того чи іншого історичного типу суспільства.

Історики стверджують, що свідомий початок розвитку людства характеризується наявністю певних організованих форм існування людських первісних общин. Проблема догляду та виховання дітей, набуття ними соціального досвіду є однією з ознак свідомого існування людського суспільства. За часів раннього матриархату, який датується 40–20 тис рр.

до нашої ери, люди проживали родами. У цей період діти належали усьому роду. Зрозуміло, що соціального сирітства за таких умов бути не могло. Діти утримувалися за однакових умов, а мета виховання зводилася до передачі практичного досвіду [1, с. 28].

Соціальне сирітство з'явилося тоді, коли дітей почали виховувати батьки. Історія свідчить, що аж до Середньовіччя ставлення до дітей не було гуманним, а з погляду сьогодення – жорстоким [2, с. 189]. Багато дослідників історії України та сімейного права дійшли висновку, що влада батьків над дітьми була визнана в нас ще з часів язичництва. Батьки вважалися повноправними власниками своїх дітей. Не дивно, що існували випадки, коли батьки залишали і навіть убивали небажаних дітей. Для того щоб вирішити цю проблему, спільно та поступово почали формувати інститути підтримки сиріт у межах свого роду, общинного простору [3, с. 86].

Власне тоді, у період створення первинних родинних відносин, подружжя або окремі особи могли брати на виховання

дітей та утримувати за це винагороду з боку роду, що був у ті часи, у початковому значенні цього поняття, прототипом сучасного соціального органу опіки (рід, родина, плем'я, громада тощо), а отже, здійснював нагляд за адаптацією дітей у сім'ї. Кількість дітей у таких сім'ях могла бути необмеженою [4, с. 89]. Безумовно, документальні підтвердження цьому знайти доволі складно, проте виходячи із зазначеного можна стверджувати, що перші історичні форми опікування над сиротами зародилися ще у часи існування родового ладу, причому таке опікування концептуально нагадує функціонування сучасних будинків сімейного типу виходячи з того, що: а) взяти дітей на виховання могла як подружня пара, так і самотня людина; б) передбачалася матеріальна підтримка вихователів із боку роду; в) як правило, на виховання бралися кілька дітей.

Водночас джерела свідчать, що перші документальні згадки про опікування над сиротами датуються ще V тис до н. е. і присвячені вони інституту усиновлення. Своє нормативне закріплення інститут усиновлення отримав у нормах давньовавильонського кодексу – Законах Хаммурапі. Діти у Давньому Вавилоні вважалися однією з головних цінностей у родині, а багатодітні сім'ї були у пошані. Батько міг розпоряджатися ними на свій розсуд: віддати дочку у храм, продати у рабство, віддати в рахунок відпрацювання боргу. Бездітні сім'ї намагалися усиновити дітей із метою отримання додаткових робочих рук (особливо коли не було за що купити рабів) [5]. Отже, зважаючи на тогочасну цінність дитини здебільшого як об'єкта правовідносин, який перебував під абсолютною владою батька та експлуатувався ним у господарських та генеалогічних цілях, закріплення інституту усиновлення у положеннях Законів Хаммурапі не видається дивним. Водночас в епілозі Хаммурапі вказував, що великі боги покликали його, «щоб захистити вдів і сиріт» [6]. Із цього вбачається, що сироти розглядалися тогочасним законом як найуразливіша верства суспільства, що потребує пріоритетного захисту з боку держави.

Таким чином, правова регламентація відносин щодо усиновлення у Вавилоні

ґрунтувалася не лише на намірах узаконити експлуатацію усиновлювачами чужих дітей, позбавлених батьківського піклування, шляхом прийняття їх у сім'ю, а й на усвідомленні слабкості і вразливості дітей як членів суспільства та необхідності забезпечити їм захист. Про це свідчить і аналіз статей 185–191 Законів Хаммурапі, які були присвячені впорядкуванню відносин щодо опіки над сиротами: офіційне усиновлення супроводжувалося суворим набором правил, щоб дитина могла повністю інтегруватися в нову сім'ю. Крім того, зважаючи на те, що Закони Хаммурапі датуються приблизно 1750 р. до н. е., коли законотворчість була рідкістю, а її якість – доволі низькою, варто констатувати, що положення Законів Хаммурапі, які регулювали відносини з усиновлення, були доволі прогресивними для тогочасного суспільства, адже визначали права та обов'язки як усиновлювачів, так і усиновлених.

У контексті аналізу давніх пам'яток правотворчості слід згадати й Закони Ману, положення яких також закріплювали інститут усиновлення, щоправда, у контексті відносин спадкування. Так, п. 141 Законів Ману, що датуються приблизно II ст. до н. е. – II ст. н. е., зазначалося: «Від людини, яка має усиновленого сина, сповненого усіма добрими якостями, саме той (син) прийме спадщину, хоча й узятий з іншої сім'ї» [7]. При цьому тогочасний нормотворець розрізняв поняття усиновленого, прийомного та покинутого синів. Характеристика прийомного сина здійснювалася так: «Той (хлопчик), рівний (за кастою), якого його мати або його батько ласкаво дарують під час лиха, (чоловікові) як його сина, мусить розглядатися як усиновлений син (Датріма). Але він уважається прийомним сином (Крітріма), якого (чоловік) робить своїм сином, (будучи) рівним (за кастою), знайомить із правильним і неправильним (та) наділяє синівськими чеснотами». Натомість покинутим сином уважався той, кого батьки покинули. Очевидно, що зазначена класифікація здійснювалася за критерієм обставин, за яких син утратив батьківське піклування, однак не зовсім зрозумілою є мета її проведення, адже у будь-якому разі всі категорії синів, які бралися на виховання у чужі сім'ї, мали

рівні права щодо спадкування: «Законний син тіла, син, народжений дружиною, син усиновлений, син прийомний, син таємно народжений і син покинутий (є) шістьма спадкоємцями та родичами». Варто зауважити, що про опікування над дочками у Законах Ману не йдеться, проте це не означає, що дівчатка-сироти не підлягали прийняттю в чужі сім'ї на виховання. Такий підхід є закономірним та зрозумілим, зважаючи, що усиовлення за цим зводом законів згадується лише у контексті спадкових відносин, а спадкоємцями на той час були лише особи чоловічої статі.

Таким чином, виходячи із зазначеного, можемо зробити декілька проміжних висновків. Перш за все зауважимо, що об'єктивна потреба в опікуванні над дітьми, які не мали батьків, виникла у період родового ладу та була пов'язана з появою соціального сирітства як явища, що стало результатом переходу тогочасного суспільства до моделі родинного (сімейного) виховання. При цьому первісне опікування над дітьми, чиї батьки померли або відмовилися від них, містило деякі елементи функціонування сучасних дитячих будинків сімейного типу та передбачало взяття на виховання одного чи декількох дітей за винагороду, що надавалася родом. Із розвитком цивілізації та зміною поглядів на суспільні інститути опікування над сиротами поступово трансформувалося в інститут усиовлення, перші згадки про який знаходимо у найдавніших документальних пам'ятках нормотворчості. Разом із тим, з огляду на тогочасну відсутність будь-якої диференціації форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, убачається, що інститут усиовлення на ранніх етапах розвитку людства, перш за все, слід сприймати не як одну із сучасних законодавчо закріплених форм виховання чужих дітей із чітко визначеними соціально-правовими особливостями, а як узагальнене поняття, що передбачало уособлення різноманітних способів виховання та захисту дітей-сиріт як найбільш уразливої верстви суспільства, що зумовлювалися специфікою того чи іншого періоду розвитку людства, адже інших форм піклування про дітей-сиріт на той час не було. Звідси робимо висновок, що сучасна концепція функціо-

нування дитячого будинку сімейного типу, як і будь-якої іншої форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, історично бере свій початок від інституту усиовлення, який сформував загальне ідеологічне підґрунтя виховання чужих дітей.

Більш якісного нормативного впорядкування відносини з влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, отримали у період розвитку римського права. У контексті цього доцільно навести тезу К.П. Победоносцева, який свого часу зазначав, що усиовлення вперше набуло юридичного вигляду саме у римському світі [8, с. 194–195]. Зважаючи на те, що закріплення цього інституту на нормативному рівні відбувалося набагато раніше, ніж були прийняті перші законодавчі акти римського права, ми не можемо повністю підтримати наведену тезу дослідника, однак варто погодитися з тим, що саме у період розвитку римського права сформувався більш досконалий механізм правового регулювання відносин з опікування над дітьми-сиротами.

Як зазначають зарубіжні дослідники, до приходу християн з їхньою концепцією закладів для сиріт і догляду за бездомними та знедоленими, ймовірно, у Стародавньому Римі не було закладів, які були б офіційними «сиротинцями», де б знаходили опіку діти без батьків. У сучасному суспільстві сиротами вважаються діти, які втратили обох батьків; однак римське право визнавало дитину сиротою, яка втратила обох батьків і при цьому не мала родичів, які могли б прийняти їх та виховати. З іншого боку, якщо обоє батьків померли, а живих родичів не було, дитина могла бути передана під опіку «опікуну», який, можливо, був рабом у родині або ще краще – вільновідпущеником. Звичайно, усиовлення було дуже поширеним у Стародавньому Римі, навіть якщо дитина не була сиротою і могла використовуватися для різних цілей, найпоширенішою з яких є забезпечення спадкоємця [9]. Усиовлення забезпечувало і гарантувало успадкування й престолу країни, коли імператори не мали законних дітей. Наприклад, Октавіан, Нерон, Траян, Юстиніан були усиовленими [10]. Однак усиовлена дитина також могла стати домашньою

прислугою або повією, якщо дитина була достатньо гарною, чи навіть використовуватися для жебракування. У деяких випадках дитина могла бути запропонована на усиновлення з метою сплати сімейних боргів, і в цьому разі особа, яка віддала дитину на усиновлення, могла вимагати її назад, якщо борг перед усиновлювачем був погашений. Найпоширенішою метою усиновлення було забезпечення спадкоємства сім'ї у разі відсутності природних спадкоємців, і воно могло залучати племінників або інших родичів. Є навіть приклади батьків (*pater familias*), які віддавали своїх синів на усиновлення у сім'ї, які запропонували б їм вигідне соціальне просування [9].

Окрему увагу варто присвятити й процедурі та способам здійснення усиновлення. Як зазначається в юридичній літературі, римське право закріплювало дві форми усиновлення: арогація (*arrogatio*) та адопція (*adoptio*). Арогація застосовувалася для усиновлення осіб свого права, тобто повнолітніх і самостійних у правовому відношенні. Вона здійснювалася у стародавньому праві народними зборами, а пізніше – на підставі грамоти імператора. Згода усиновителя була обов'язковою. Адопція застосовувалася для усиновлення осіб чужого права, тобто тих, хто перебував під владою домоволодільця. На підставі Законів XII таблиць адопція здійснювалася у формі мансипації шляхом удаваного триразового продажу сина будь-якій сторонній довіреній особі, після чого син повертався до батька. Потім усиновитель для форми пред'являв віндикаційний позов проти довіреної особи, яка не заперечувала проти цього. Наслідком цієї процедури була передача претором усиновленого усиновителю [11, с. 50].

Згідно з правилом *adoptio naturum imitatur* (усиновлення наслідує природу), між усиновлювачем і усиновленим обов'язковою була вісімнадцятирічна різниця у віці. Надалі потреба в санкціонуванні *arrogatio* народними зборами відпала. Усиновлення дозволялося проводити приватно. Важливо лише, щоб про це було привселюдно оголошено. В імператорський період було скасовано заборону на усиновлення дітей, котрі не досягли повноліття, а саме усиновлення оформля-

лося імператорським рескриптом. *Adoptio*, яке на відміну від *arrogatio* було приватноправовим актом від самого початку, не передбачало обмежень для усиновлення повнолітніх і жінок, тим більше що звільнення жінки від *patria potestas* наставало вже після її одноразового «продажу». При Юстиніані двостадійний процес *adoptio* було замінено заявою перед судом. Окрім того, усиновлений продовжував бути під *patria potestas* рідного батька, стаючи лише законним спадкоємцем усиновлювача [12, с. 50–51].

Таким чином, можемо зробити висновок, що усиновлення було загальноприйнятою практикою в римському суспільстві, але у той період воно не існувало у тому вигляді, у якому воно існує сьогодні. Фундаментальною причиною усиновлення було забезпечення можливості продовження сімейного роду з метою запобігання загрози його зникнення. При цьому найочевиднішою загрозою вимирання була відсутність дітей чоловічої статі, які могли б продовжувати родовід і піклуватися про спадщину родини. Іншими ж причинами усиновлення були експлуатація усиновлених у господарських цілях і навіть використання їх як способу забезпечення виконання боргових зобов'язань. Із зазначеного вбачається, що у давньоримському суспільстві опікування над сиротами, які не мали ані батьків, ані родичів, полягало в установленні батьківської влади та здійснювалося здебільшого не для захисту дітей як найслабшої та найуразливішої верстви, а для забезпечення інтересів усиновлювачів, що відповідало тогочасним тенденціям знецінення дітей у суспільстві.

Проте все змінилося після зародження християнства та суттєвого зростання впливу Церкви на організацію суспільних відносин, що особливо прослідковувалося у період існування Візантійської імперії. У юридичній літературі зазначається, що саме християнська Церква на той час набула значної політичної ваги та мала суттєвий вплив на суспільні відносини. Саме тому під її захистом забезпечувалося дотримання тих особистих прав дитини, які узгоджувалися з християнською позицією у той час [13, с. 78].

Відомий дослідник Тімоті Міллер зазначає, що, починаючи з правління імпе-

ратора Костянтина Великого, держава, керуючись законами милосердя, стала приділяти значну увагу підтримці сиріт. У 315 р. він із метою запобігання дітовбивства дав розпорядження префекту Преторію виділяти гроші малозабезпеченим батькам. Цей закон поширювався спочатку тільки на Італію, а в 322 р. аналогічний закон було видано для Африки. Костянтин давав церквам продовольство для підтримки дітей-сиріт. Проте найважливішою подією в постконстантиніанський період, безсумнівно, було заснування першого притулку для сиріт, або орфанотрофей (Ὀρφανοτροφῆσων), притулку для сиріт у Константинополі. Перший орфанотрофей в Імперії створено св. Зотиком Сирото-годувальником за царювання імператора Костянтина I [14, с. 176]. Кодекс Юстиніана регулює деякі питання діяльності таких установ: директори орфанотрофей (орфанотрофи) визначалися як квазіопікуни, їх відповідальність як опікунів була обмежена, оскільки вони поширювали свою турботу на велику кількість знедолених дітей [15]. Законодавство Юстиніана I (VI ст.) часто згадує притулки для сиріт [16], але лише за правління його наступника Юстиніана II (правління 565–578 рр.) заклад у столиці набув певних характеристик: Юстиніан і його дружина Софія за допомогою протовестіарія, також на ім'я Зотик, побудували сиротинець при церкві св. Павла. Юстиніан призначив притулку щорічну стипендію і зробив його майно невідчужуваним. Ймовірно, саме тоді столичні орфанотрофи почали призначатися імператорами [17].

Цікаво зауважити, що зі створенням системи притулків для сиріт у візантійський період акценти у визначенні цінності дітей суттєво змістилися під впливом ідеї християнського гуманізму. Так, найбільш відомий кодифікований акт римського цивільного права, *Corpus juris civilis* Юстиніана, сприйняв концепцію опіки Сервія Сульпіція Руфа, який визначав опіку як захисну владу над вільною людиною, яка занадто молода, щоб захистити себе. Дещо пізніше Платон у своїх Законах 927 р. писав: «Сироти повинні бути віддані під опіку державних опікунів. Люди повинні боятися самотності сиріт і душ своїх померлих батьків. Людина повинна любити нещасну сироту,

якою вона є. Опікун повинен поводитися із сиротою, як зі своєю власною дитиною, та бути таким самим дбайливим і стараним в управлінні майном сироти, як і своїм власним, або ще більш дбайливим» [18]. Таким чином, римська концепція опіки як особливого дару допомоги дітям-сиротам була покладена в основу діяльності тогочасних сиротинців – орфанотрофей – і залишалася незмінною протягом довгих років візантійського панування.

Отже, можемо зробити декілька висновків щодо особливостей правового регулювання відносин з опікуванням над сиротами у період розвитку римського права. Так, на етапі існування Стародавнього Риму єдиною формою виховання дітей, позбавлених батьківського піклування, залишалася усиновлення, процедурні особливості здійснення якого отримали досить детальне впорядкування нормами перших римських правових актів, зокрема Законів XII таблиць. Водночас, з огляду на незначну цінність дітей у тогочасному суспільстві та несприйняття їх як найбільш вразливої категорії населення, основними причинами усиновлення були: а) необхідність продовження роду за відсутності біологічних синів; б) здійснення експлуатації усиновлених як додаткової робочої сили під час ведення господарства; в) забезпечення інших інтересів усиновлювачів. Із зародженням християнства та безпрецедентним впливом церковних канонів на організацію суспільного життя цінність дітей у суспільстві суттєво зросла. На основі ідей гуманізму та милосердя була започаткована система державної підтримки сиріт, основним досягненням якої стало заснування у 355 р. в Константинополі першого притулку для дітей, позбавлених батьківського піклування – орфанотрофею. Діяльність таких притулків згодом була детально регламентована у Кодексі Юстиніана (*Corpus juris civilis*), який став основою для майбутніх цивільних кодексів європейських держав. Зазначимо, що саме зі створенням орфанотрофею відбулося перше історичне розгалуження інституту опікування над сиротами: поряд з усиновленням, яке впродовж декількох тисячоліть було єдиною відомою людству формою виховання дітей-сиріт, правове підґрунтя отримало створення спеціалізованих

сиротинців. Зважаючи на такі особливості їх функціонування, як: а) виховання значної кількості дітей до досягнення ними повноліття; б) забезпечення дітей доглядом та належним рівнем освіти; в) фінансування діяльності сиротинців за кошти державних асигнувань, убачається, що

візантійська система дитячих притулків стала інноваційним елементом догляду за сиротами та успішним доповненням до традиційної опіки, успадкованої від стародавнього світу, а самі римські сиротинці стали першим історичним прототипом сучасних дитячих будинків сімейного типу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Історія педагогіки / за ред. проф. М.В. Левківського, д.пед.н. О.А. Дубасенюк. Житомир: Житомирський державний педагогічний університет, 1999. С. 28.
2. Харук Т.Я. Становлення закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування на різних етапах розвитку суспільства в Україні. *Збірник наукових праць Хмельницького інституту соціальних технологій Університету «Україна»*. 2011. № 3. С. 189.
3. Кіреєва С. Історико-педагогічний аналіз проблеми соціального сирітства в Україні. *Соціальна педагогіка: теорія і практика*. 2007. № 4. С. 86.
4. Коваль К. Становлення дитячого будинку сімейного типу як освітнього феномену. *Нова педагогічна думка*. 2021. Т. 106. № 2(2021). С. 89.
5. Трофанчук Г.І. Історія держави і права зарубіжних країн : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 400 с. URL: https://pidru4niki.com/1628041456547/pravo/zakoni_tsarya_hammurabi (дата звернення: 20.02.2023).
6. The Code of Hammurabi / Translated by L.W. King. URL: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> (дата звернення: 20.02.2023).
7. The Laws of Manu George Bühler, translator (Sacred Books of the East, Volume 25). URL: <https://www.sacred-texts.com/hin/manu.htm> (дата звернення: 20.02.2023).
8. Курс гражданского права ; 3-е изд., с переменами и доп. Ч. 2: Права семейственные, наследственные и завещательные. Санкт-Петербург : Синодальная тип., 1889. С. 194–195.
9. Bob deWitt. How were orphans raised in ancient Rome? URL: <https://www.quora.com/How-were-orphans-raised-in-ancient-Rome> (дата звернення: 20.02.2023).
10. Silvia Timoftey. Adoption History. From Ancient Societies to Contemporary Societies. Proceedings of the 14th International RAIS Conference on Social Sciences and Humanities. 2019. URL: <https://zenodo.org/record/3386248/files/032ST.pdf> (дата звернення: 20.02.2023).
11. Калюжний Р.А., Ящурицький Ю.В. Основи римського приватного права : курс лекцій. Київ : Персонал, 2011. С. 50.
12. Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Ленинград : Ленинградский ун-т, 1975. С. 50–51.
13. Мельник О.В. Мета усиновлення у контексті особистих немайнових прав дитини: еволюція та перспективи. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 78.
14. Miller, Timothy S. The Orphans of Byzantium: Child Welfare in the Christian Empire. Washington: The Catholic University of America Press, 2003. P. 176.
15. Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex. Liber Primus (CJ. 1.3.31). URL: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex1.shtml> (дата звернення: 20.02.2023).
16. Scott S.P. The Civil Law, XII, Cincinnati, 1932. URL: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ1_Scott.htm#3 (дата звернення: 20.02.2023).
17. Bury, J.B. (1911). The Imperial Administrative System of the Ninth Century – With a Revised Text of the Kletorologion of Philotheos. London : Oxford University Press. URL: <https://archive.org/details/imperialadminist00buryrich/page/n3/mode/2up> (дата звернення: 20.02.2023).
18. Orphans and Orphanages. Catholic Encyclopedia. URL: <https://www.newadvent.org/cathen/11322b.htm> (дата звернення: 20.02.2023).

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПІДЗВІТНОСТІ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: КОМПАРАТИВНИЙ АНАЛІЗ



Голик Юрій Юрійович,

аспірант кафедри загальноправових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті проведено порівняльно-правовий аналіз реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування у країнах з різними моделями місцевого самоврядування. Визначено, що в зарубіжних країнах реалізація принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування залежить від моделі місцевого самоврядування. Принцип підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування в більшості країн англосаксонського права замикається переважно на місцевому рівні. У більшості європейських країн підзвітність та відповідальність мають централізовану структуру, що негативно впливає на реалізацію принципу підзвітності.

Наголошено, що в Україні модель місцевого самоврядування більше тяжіє до європейської, однак все ще має суттєвий вплив виконавчої вертикалі влади. Запропонована національним законодавством європейська модель публічної адміністрації на місцевому рівні має стати і умовою підвищення рівня у реалізації визначеного Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» принципу підзвітності та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб. Важливою є розробка організаційних механізмів, спрямованих на врегулювання питань підзвітності місцевої влади перед мешканцями громади.

Акцентовано, що в питаннях реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування слід зацентрувати увагу на визначенні форм і засобів підзвітності та відповідальності в структурах місцевого управління. Уніфіковане законодавство у галузі місцевого самоврядування більшості європейських країн містить стандартні форми підзвітності, тому необхідно враховувати цей досвід для гарантування того, що органи місцевого самоврядування працюють на благо громади. Наголошено, що партнерські програми, електронні скарги, юридичні консультативні послуги, платформи підзвітності на основі медіа та складання бюджету за участю громади – це ті сучасні способи підзвітності, що орієнтовні на задоволення конкретних потреб мешканців певної громади.

Ключові слова: принцип підзвітності та відповідальності, англо-американська модель місцевого самоврядування, континентальна модель місцевого самоврядування, децентралізація, євроінтеграція.

Holyk Yurii. Implementation of the principle of accountability and responsibility of local government bodies: comparative analysis

The article provides a comparative legal analysis of implementing the principle of accountability and responsibility of local self-government bodies in countries with different models of local self-government. It was determined that in foreign countries, the implementation of the principle of accountability and responsibility of local self-government bodies depends on the model of local self-government. The focus of accountability and responsibility of local self-government bodies in most countries of Anglo-Saxon law is closed mainly at the local level. In most European countries, accountability and responsibility have a centralised structure, which negatively affects the implementation of the principle of accountability.

It is emphasised that the model of local self-government in Ukraine tends more towards the European model but still significantly influences the executive vertical of power. The European model of public administration at the local level proposed by the national legislation should also become a condition for raising the level in the implementation of the principle of accountability and responsibility to territorial communities of their bodies and officials defined by the Law

of Ukraine "On Local Self-Government in Ukraine". It is essential to develop organisational mechanisms to settle issues of local authorities' accountability to community residents.

It was emphasised that in implementing the principle of accountability and responsibility of local self-government bodies, attention should be focused on determining the forms and means of accountability and responsibility in local government structures. The unified legislation in the field of local self-government in most European countries contains standard forms of accountability, so it is necessary to take into account this experience to ensure that local self-government bodies work for the benefit of the community. Furthermore, it was emphasised that partnership programs, electronic complaints, legal advisory services, media-based accountability platforms and budgeting with the participation of the community are the modern methods of accountability aimed at meeting the specific needs of the residents of a particular district.

Key words: principle accountability and responsibility, Anglo-American model of local self-government, continental model of local self-government, decentralisation, European integration.

Постановка проблеми. Зарубіжний досвід місцевого самоврядування достатньо часто стає предметом наукових пошуків вітчизняних авторів, які представляють різні галузі знань, органічно втілюючись у структури наукових праць. У більшості випадків під зарубіжним досвідом мається на увазі модель чи система органів місцевої влади та правова (організаційна) практика їх діяльності у певній країні світу. Тобто якщо ми говоримо про зарубіжний досвід реалізації принципу підзвітності та відповідальності місцевої влади, то ми маємо на увазі не стільки теоретичні погляди на ці питання та наявні правові норми, скільки реальну практику функціонування суб'єктів місцевого самоврядування, правовий статус яких визначено законодавством певної країни світу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні форми підзвітності та відповідальності місцевої влади в зарубіжній науці досліджували К. Альба, А. Веттер, Г. Вулман, Н. Гілард, Дж. Стокер, Дж. Хессе, Ф. Фукуяма, Л. Шарп та ін. Досвід зарубіжних країн у питаннях застосування відповідальності до органів місцевої влади докладно досліджує В. Яцук в роботі «Правові засади відповідальності органів місцевого самоврядування: досвід зарубіжних країн» (2011 р.) [1]. Політолог Ф. Фукуяма у праці «Політичний порядок і політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії» (2019 р.) простежує логіку встановлення демократичних урядів, яким властива відповідальність і підзвітність. Автор стверджує, що інститути виступають засадничою умовою будь-якого політичного життя. Інститути – це «стійкі, важливі, повторювані моделі поведінки, які зберігаються навіть після

зміни осіб, які займають ключові позиції. По суті їх можна назвати стійкими правилами, які задають, обмежують і спрямовують поведінку людей» [2, с. 15].

Метою статті є здійснення порівняльно-правового аналізу та визначення особливостей реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування у країнах з англо-американською та континентальною моделями місцевого самоврядування.

Викладення основного матеріалу. При вивченні досвіду зарубіжних країн щодо реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування звертає увагу певна залежність форм та засобів підзвітності і відповідальності органів, які представляють владу на місцях, від моделі місцевого самоврядування, що практикується в тій чи іншій країні. Цю залежність можна проілюструвати на прикладі двох розповсюджених у світі моделей місцевого врядування – англо-американської та континентальної. Так, *англо-американська модель* характеризується тим, відзначає Б. Калиновський, що на всіх субнаціональних рівнях управління функціонують органи місцевого самоврядування, а місцеві органи виконавчої влади загальної компетенції не створюються [3, с. 53]. Наприклад, у *Великобританії* особлива роль у місцевому самоврядуванні відводиться моніторингу, тобто комплексній інформації про динамічний стан системи (Система Показників надання високоякісних послуг – Best value performance indicators – BVPIs) [4].

Законодавчі акти Великобританії 1999–2000 рр. були спрямовані на розширення повноважень місцевих органів влади з економічних, соціальних та

екологічних питань, подальшу розробку стратегії розвитку адміністративних одиниць. З метою задоволення потреб громадян органи місцевого самоврядування зобов'язали співпрацювати з представниками бізнесу, громадськості, некомерційних організацій. Визначено нову схему центральномісцевих взаємин: центр здійснює оцінку якості виконання місцевою владою своїх функцій, за підсумками якої регіони можуть отримати доступ до нових ресурсів і більшу незалежність за допомогою ослаблення центрального регулювання [5]. Законодавством передбачено різні форми контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування.

Уряд Великобританії час від часу вживає заходи, спрямовані на покращення підзвітності місцевого самоврядування. Наприклад, наприкінці 2000-х рр. Казначейство вимагало від усіх організацій державного сектору, включаючи муніципалітети, прийняти Міжнародні стандарти фінансової звітності. Оскільки ці стандарти були розроблені для компаній приватного сектору, які повинні були звітувати виключно акціонерам, така ініціатива підкреслює, що місцева влада за свою фінансову діяльність була підзвітна «зверху» центральному уряду, а не «знизу» громадянам [6, с. 353].

В США місцевим органам влади надано широкі повноваження з розробки стратегії розвитку своєї адміністративної одиниці. Починаючи з 1978 р. в уряді США з'явилися федеральні генеральні інспектори, які відповідали, у тому числі, за підзвітність штатів. Н. Гіллард, авторка, що досліджувала це питання, стверджує, що, незважаючи на певні невдачі та обмеження, федеральні генеральні інспектори відіграють важливу роль у процесі демократичної відповідальності. Вони не завжди успішно сприяють «прямій» підзвітності у формі санкцій і негайних бюрократичних реформ, і справді, іноді підривають саму ефективність і добросовісність, яку вони мають просувати. Однак їхнє значення полягає насамперед у їхній сприятливій функції як творців нарративу та каналів інформації в ширшій «мережі підзвітності» [7].

Реалізація принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого само-

врядування в Канаді обумовлена універсальністю і масштабністю місцевого законодавства. Міністерства з муніципальних справ, деякі інші відомства мають право видавати циркуляри і різного роду інструкції, що дають тлумачення вмісту або окремих положень того або іншого закону, регулюючого діяльність муніципалітетів, роз'яснюють певні аспекти урядової політики, а також стандарти, які встановлені для відповідних місцевих служб, форми звітності і т.д. [5, с. 195; 8].

Для континентальної, або європейської моделі місцевого врядування, як зазначає О. Чернеженко, характерні підпорядкованість та підзвітність. Зокрема авторка наводить такі ознаки [9, с. 118]: поєднання виборності та призначуваності місцевих органів; рада і мер можуть обиратися населенням, причому за членів ради та за мера голосують окремо. Мер і його заступники також можуть обиратися радою (Франція). Іноді раду обирає правління на чолі з обраним війтом (Польща); рада має свій виконавчий орган; призначені із центру чиновники є представниками Президента, уряду, міністерства внутрішніх справ на місцях. Ці чиновники контролюють законність дій органів місцевого самоврядування. У деяких країнах такі чиновники можуть навіть звернутися до Президента із пропозицією розпустити обрану раду та призначити нові вибори, якщо вона систематично порушує законодавство або є непрацездатною [10].

Континентальна модель місцевого врядування відрізняється високою культурою адміністративних відносин та дотриманням принципу верховенства права. На відміну від англо-американської моделі, тут присутня подвійна підзвітність, коли суб'єкти місцевого самоврядування звітують і перед громадою, і перед призначеними центральною владою чиновниками. Так, у Польщі підзвітність органів місцевого самоврядування стосується переважно фінансових питань та питань цільового використання бюджетних коштів [11]. Фінансова звітність визначається в Республіці Польща на відомчому рівні, з цього приводу можна навести приклад Постанови Міністра фінансів щодо бюджетної звітності від 28 грудня 2011 р. та Постанови Міністра фінансів щодо детальної

класифікації доходів, витрат, доходів і витрат та засобів з іноземних джерел від 2 березня 2010 р.

Як зауважує Н. Камінська, створені в багатьох країнах Європи для сприяння процесу децентралізації, посилення місцевого самоврядування та участі громадян у плануванні, оцінці результатів розвитку інституційні структури регіонального розвитку є ключовими компонентами національної політики [12, с. 38]. Наприклад, Закон «Про місцеве самоврядування» Норвегії прямо передбачає різні форми міжмуніципального співробітництва, зокрема утворення об'єднань муніципалітетів та міжмуніципальних підприємств, окремих комітетів для вирішення спільних завдань, делегування завдань іншим органам місцевого самоврядування. Муніципалітети також можуть утворювати об'єднання за спільними інтересами, прикладами чого є Асоціація віддалених муніципалітетів (100 членів) або Асоціація муніципалітетів у сфері інформаційної безпеки (300 членів – муніципалітети, округи, міжмуніципальні утворення, представники галузі) [13, с. 56; 14].

В Швеції на законодавчому рівні дозволено органам місцевого самоврядування утворювати об'єднання, фонди, компанії для виконання спільних завдань. За даними офіційного огляду у 2016 році, в країні налічувалося 175 об'єднань, 159 спільних комітетів та близько 350 муніципальних компаній спільної власності. Також функціонують регіональні асоціації муніципалітетів та галузеві, такі як асоціація «Муніципальний житловий фонд Швеції» або Шведська асоціація з управління відходами, більшість членів якої складають муніципалітети, муніципальні асоціації або компанії [13, с. 70]. Судовий контроль за діяльністю місцевого самоврядування в Швеції є важливим елементом демократичного механізму захисту інтересів членів обшин від можливих незаконних дій обраних органів, оскільки будь-який член общини, фізична чи юридична особа має право оскаржити рішення місцевих органів [15, с. 184; 16].

Залучення до прийняття важливих рішень громадськості як форма підзвітності достатньо вдало і ефективно практикується в Чехії. Так, в законах «Про обці»

і «Про краї» передбачено, що краї та асоціації обців є «обов'язковими суб'єктами консультування» щодо законопроектів, які стосуються місцевого самоврядування [17]. Усі законопроекти вносяться в Електронну бібліотеку офісу уряду і таким чином стають відкритими для широкого загалу. До того ж крайові ради наділені правом законодавчої ініціативи, яке дозволяє їм вносити законодавчі пропозиції [18]. Болгарські общини активно використовують своє конституційне право на об'єднання як на місцевому, так і на загальнодержавному рівні.

Застосування інституту юридичної відповідальності часто пов'язано із дією наглядових органів, які здійснюють нагляд за діяльністю місцевої влади. Наприклад, в Данії після реформи місцевого самоврядування у 2007 р. за діяльністю представницьких органів місцевої влади здійснювали нагляд відокремлені державні адміністрації в кожному з п'яти регіонів. Однак у 2017 році такі повноваження були передані Національній колегії суспільних звернень (Ankestyrelsen), яка підпорядковується Міністерству соціальної політики та внутрішніх справ [13, с. 10]. Національна колегія суспільних звернень здійснює моніторинг загального дотримання органами місцевого самоврядування законодавства про діяльність органів влади, за винятком закону про працю та специфічних сфер, у яких інші державні органи наділені повноваженнями щодо нагляду. Особи, які постраждали внаслідок незаконних дій органів місцевого самоврядування, можуть поскаржитися до Колегії, а також звернутися до суду чи Омбудсмена. Колегія має право скасовувати рішення посадових осіб, застосовувати штрафи до членів місцевих рад та надсилати вимоги щодо відшкодування шкоди. Найбільш типовим результатом у випадку виявленого порушення законності є рекомендаційний акт, і органи місцевого самоврядування, зазвичай, виконують його приписи [13, с. 10]. Відповідно до Закону Латвії «Про місцеве самоврядування» 1994 року, здійснювати моніторинг діяльності місцевої влади уповноважується Міністерство навколишнього середовища та регіонального розвитку. Міністерство фінансів здійснює моніторинг місцевих фінансів, зокрема позик та кре-

дитних гарантій, на основі щомісячних звітів [13, с. 34].

Досвід європейських країн говорить про те, що успіх реформи місцевого самоврядування на пряму залежить від ступеню і глибини залучення до цього процесу інститутів громадянського суспільства та самих громадян, яким потрібна комунікація з представницькими органами. Так, в зарубіжних країнах (США, Швейцарія, Польща, Японія) вже давно практикуються форми залучення громадськості до застосування відповідальності відносно представників місцевої влади. Але при цьому представники громади приймають таку участь у крайніх випадках та за встановленою формою, зазвичай це референдум, на якому можуть бути винесені питання, що стосуються життя самоврядної спільноти, в тому числі про відкликання органів територіального самоуправління, вибраних прямими виборами (Польща, Швейцарія) [19, с. 160; 20; 21]. В українському законодавстві сьогодні не існує процедури місцевого референдуму, незважаючи на закріплення права на такий референдум в Конституції України (ст. 38) та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ст. 7). Безумовно, цю прогалину вітчизняного законодавства слід виправити, адже місцеві жителі повинні мати реальні інструменти свого волевиявлення стосовно дій місцевої влади.

О. Петришин звертає увагу на те, що важливим та цікавим для України є досвід реформ країн Балтії в цілому, і зокрема Латвії з ряду причин, серед яких і євроінтеграційний курс, і наявність низки подібних державницьких характеристик (унітарна форма державного устрою, демократичний політичний режим, республіканська, хоча і дещо відмінна, форма правління, схожі моделі адміністративно-територіального поділу тощо), і впровадження найбільш критичних та ключових реформ місцевого самоврядування, що були продовжені після вступу держави до Європейського Союзу [22, с. 158; 23; 24]. Багато вітчизняних авторів (В. Малиновський, В. Грובה, О. Бровко та ін. [25; 26]) висловлюють переконливу думку, що визначальним для України у сфері вдосконалення місцевого самоврядування виступає досвід Республіки Польща, де проведені реформи в цій

сфері небезпідставно вважаються взірцем таких перетворень у Центрально-Східній Європі. Водночас практика впровадження децентралізації влади в багатьох країнах світу засвідчує неоднозначність результатів реформ. Навіть в країнах із сталою демократією і економікою (Великобританія, Франція, Італія, Польща та ін.) в процесі здійснення реформи децентралізації виникали великі проблеми, зумовлені різними чинниками. І якщо у таких європейських державах, як Польща, Болгарія, Литва, Латвія та інших країнах з «молодою» демократією муніципальні реформи призвели до формування дієздатних територіальних громад та реального місцевого врядування, то в Україні ефект від діяльності органів місцевого самоврядування після впровадження елементів реформи децентралізації поки що є мінімальним.

Таким чином, підводячи підсумки проведеного компаративного аналізу реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування:

1. В зарубіжних країнах реалізація принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування певною мірою залежить від моделі місцевого врядування. Принцип підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування в більшості країн англосаксонського права (США, Великобританія, Канада) замикається переважно на місцевому рівні і являє собою безпосередній контакт місцевої влади із населенням. При цьому підзвітність центральним органам влади носить умовний характер, зазвичай не визначається у законодавчий спосіб, а питання відповідальності актуальні при порушенні фінансового законодавства. У більшості європейських країн, які практикують європейську модель місцевого врядування (Польща, Естонія, Латвія, Литва та ін.), підзвітність та відповідальність мають централізовану структуру, що негативним чином впливає на реалізацію принципу підзвітності, а також поширює практику комплексного звітування та притягнення до юридичної відповідальності за невиконання законодавчих приписів.

2. В Україні, незважаючи на прийняття ряду законів і постанов, модель місцевого самоврядування більше тяжіє до європейської, однак все ще має суттєвий вплив

виконавчої вертикалі влади. Реформа децентралізації із впровадженням в останні роки основних її елементів враховує практику формування та функціонування органів місцевого самоврядування різних систем і моделей ЄС, зокрема таких країн як Польща, Литва, Латвія та ін. Запропонована національним законодавством європейська модель публічної адміністрації на місцевому рівні має стати і умовою підвищення рівня у реалізації визначеного Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» принципу підзвітності та відповідальності перед територіальними громадами їх органів та посадових осіб. Однак аналіз основних параметрів проведення реформи децентралізації в Україні не дає підстави вважати питання ефективної реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування вирішеним. Вкрай важливо розробляти організаційні механізми, спрямовані на врегулювання питань підзвітності місцевої влади перед мешканцями громади.

3. В питаннях реалізації принципу підзвітності та відповідальності органів місцевого самоврядування слід зацентрувати увагу на визначенні *форм і засобів* підзвітності та відповідальності в структурах місцевого управління. Уніфіковане законодавство у галузі місцевого самоврядування більшості європейських країн містить стандартні форми підзвітності, тому необхідно враховувати цей досвід для гарантування

3. Калиновський Б.В. Місцева публічна влада в Україні: конституційно-правові засади функціонування та розвитку : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2017. 492 с.

4. Тимків В. Роль місцевого самоврядування у становленні українського громадянського суспільства в контексті досвіду Великобританії. *Актуальні теоретико-методологічні та в організаційно-практичні проблеми державного управління*: Матеріали наук.-практ. конф. за міжнар. участю, Київ, 2004 р.: у 2 т. Київ : Вид-во НАДУ, 2004. Т. 2. С. 161–162.

5. Зарубіжний досвід організації роботи місцевої влади : монографія / М.О. Пухтинський, П.В. Ворона, О.В. Власенко та ін. ; за заг. ред. П.В. Ворони. Харків : Магістр, 2009. 280 с.

6. Accountability and Transparency in English Local Government: Moving from 'Matching Parts' to 'Awkward Couple'? *Financial Accountability & Management*, 31(3), August 2015. pp. 345–361.

7. Hilliard N. The accountability state: US federal inspectors general and the pursuit of democratic integrity, 1978-2012. Degree: PhD, 2014, University of Oxford. URL: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:1a371120-4511-4764-b363-d647ee888b0f>.

8. Наливайко О.І. Державний контроль у системі місцевого самоврядування в Україні: проблеми теорії та практики. *Право і суспільство*. 2015. № 3(2). С. 22–28.

9. Чернеженко О.М. Конституційні основи місцевого самоврядування в державах-учасниках Європейського Союзу і в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2019. 521 с.

10. Фрицький О.Ф. Франція: проблеми місцевого самоврядування. *Міське та регіональне самоврядування України*. 1994. Вип. 3(8). С. 90–98.

11. Про самоврядування гміни : Закон Республіки Польща від 8 берез. 1990 р. URL:

того, що органи місцевого самоврядування працюють на благо громади. Партнерські програми, електронні скарги, юридичні консультативні послуги, платформи підзвітності на основі медіа та складання бюджету за участю громади – це ті сучасні способи підзвітності, що орієнтовні на задоволення конкретних потреб мешканців певної громади. Для впровадження дієвих режимів підзвітності потрібно ширше використовувати соціальні мережі та інші сучасні канали комунікації у питаннях забезпечення підзвітності органів місцевого самоврядування з метою встановлення надійного громадського контролю, захисту від свавілля влади, покращення її результативності, попередження корупційних проявів та захисту місцевої автономії. Передбачена національним законодавством така форма підзвітності як громадські слухання має номінальний характер та не завжди ефективна, що обумовлено необізнаністю більшої частини мешканців громади з тих чи інших питань, що виносяться на слухання.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Яцук В.А. Правові засади відповідальності органів місцевого самоврядування: досвід зарубіжних країн. *Економіка та держава*. 2011. № 4. С. 140–142.

2. Фукуяма Ф. Політичний порядок і політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії / пер. з англ. Т. Цимбал і Р. Корнута. Київ : Наш формат, 2019. 608 с.

<https://www.csi.org.ua/publications/zakon-pro-gminne-samovryaduvannya-vid-8-b/>.

12. Камінська Н.В. Децентралізація влади і досвід її проведення у зарубіжних державах. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 4. С. 35–40.

13. Місцеве самоврядування в країнах Скандинавії та Балтії. Огляд, 2020. URL: https://decentralization.gov.ua/uploads/library/file/720/Ukrainian_finalver_bluebook_compressed.pdf.

14. Наливайко Л.Р., Чепік-Трегубенко О.С. Децентралізація влади в Україні в умовах розбудови демократичного громадянського суспільства. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 10. С. 44–47.

15. Реформи для людини: зб. матеріалів про шляхи реалізації адмін.-терит. реформи в Україні / за ред. А. Москалюк. Київ : Геопрінт, 2005. 316 с.

16. Наливайко І.О. Сучасні механізми запобігання та протидії корупції в Україні. *The 5th International scientific and practical conference "Science, innovations and education: problems and prospects" (December 8-10, 2021)* CPN Publishing Group, Tokyo, Japan. 2021.

17. Закон Чеської Республіки №128/2000 «Про обці (громади)» (Zákon č. 128/2000 Sb. o Obcích (obecní zřízení)). URL: [www.zakony.cz/seznamy/128-2000-sb-zakon-o-obcich-\(obecni-zrizeni\).html](http://www.zakony.cz/seznamy/128-2000-sb-zakon-o-obcich-(obecni-zrizeni).html).

18. The Congress of Local and Regional Authorities 22nd Session. Strasbourg, 8 march 2012. CG (22)6. Local and regional democracy in Czech Republic. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1917389&Site=Congress>.

19. Референдуми в Європейському Союзі / О.Д. Чеботаренко, О.Ю. Грищук, Н.В. Колодзяна ; за ред. Д.С. Ковриженка. Київ : ФАДА, ЛТД, 2007. 186 с.

20. Муниципальное право зарубежных стран : навч. посіб. : у 2 ч. Ч. 2 / М.О. Баймуратов, О.В. Батанов, В.М. Кампо, О.А. Музыка. Київ : Знання України, 2006. 120 с.

21. Leheza Y., Nalyvaiko L., Sachko O., Shcherbyna V., Chepik-Trehubenko O. Principles of law: Methodological approaches to understanding in the context of modern globalization transformations. *Ius Humani. Law Journal*. 2022. 11(2). P. 55–79. URL: <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v11i2.312>.

22. Петришин О.О. Реформа місцевого самоврядування: досвід Латвії. *Інформація і право*. 2020. № 2(33). С. 158–169.

23. Наливайко Л.Р. Державний лад України: поняття, система, гарантії. Харків, 2010. 535 с.

24. Наливайко Л.Р. Принцип правової держави як принцип державного ладу України. *Соціологія права*. 2011. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39598/10-Nalivayko.pdf>.

25. Nalyvaiko L. State System Guarantees: Theoretical and Legal Characteristics. The issues of improving legal knowledge in the XXI century: the unity of theory and practice: collective monograph. Lviv-Toruń : Liha-Pres, 2019. P. 131–150.

26. Наливайко Л.Р., Бочковий О.В., Мінакова Є.В. Проблеми реалізації повноважень органів місцевого самоврядування з питань, пов'язаних з внутрішньо переміщеними особами в умовах децентралізації влади (за результатами опитування пілотних громад). *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. № 1. 2022. С. 129–136.

ОГЛЯДИ, РЕЦЕНЗІЇ

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.1.28>

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ «АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ»¹

Соболь Євген Юрійович,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
ректор

Центральноукраїнського державного університету
імені Володимира Винниченка



Сьогодні політичне, економічне, соціальне становище України вимагає нових кардинальних змін для розбудови правової держави, тому країна розпочала реформи в різних галузях суспільного життя. Проте події, що відбуваються сьогодні у світі та в Україні, мають наслідком порушення рівноваги практично в усіх сферах суспільно-політичного і соціально-економічного середовища. Тож підприємницький сектор України вимушений самостійно вирішувати проблеми власного розвитку та формувати механізми «виживання», у тому числі в умовах карантинно-обмежуючих вимог.

Більшість країн світу має позицію партнерського відношення щодо бізнес-сектору. Це зумовлено тим, що типологія відносин державного та приватного секторів лежить в основі дискусії щодо економічного розвитку будь-якої країни. Неможливо досягти економічного зростання без сильної держави, з якою можна було б співпрацювати підприємцю, пропонуючи їй ключові суспільні блага, які гарантовано забезпечені та захищені з боку останньої.

За кордоном захист прав суб'єктів підприємницької діяльності здебільшого розглядається як частина їх підтримки. Це реалізовано системою заходів, що спрямовані на поліпшення бізнес-клімату та вирішення таких питань, як: ефектив-

ність державного управління, податковий режим, особливості права власності, деєвроалізація, скорочення готівки в економіці і боротьба з неформальністю, електронний підпис, затримки з відшкодуванням державних зобов'язань, можливість фінансування економіки і т. д. Відповідно, акцент зроблено на забезпечення ефективності державної політики, постійне вдосконалення розроблення, прийняття та реалізації законодавчих актів, підвищення якості правового регулювання та підвищення його ефективності та послідовності, що в підсумку створює надійний механізм захисту прав підприємців.

Беручи до уваги зазначене, автори монографії зробили висновок, що «відсутність ефективних адміністративно-організаційних заходів захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності, наявність складнощів у процесі взаємодії суб'єктів підприємницької діяльності з органами публічної влади, недосконалість нормативно-правового забезпечення розвитку захисних механізмів щодо прав суб'єктів підприємницької діяльності, а також недостатня наукова розробленість проблематики адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні сукупно обґрунтовують актуальність цієї роботи».

¹ Боровик А.В., Парамонов Д.Ю. Адміністративно-правове забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні : монографія. Одеса : Гельветика, 2022. 268 с.

Отже, актуальність монографії А.В. Боровика та Д.Ю. Парамонова «Адміністративно-правове забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні» не викликає сумнівів і заперечень.

Робота складається зі вступу, трьох розділів, які містять дев'ять підрозділів та списку використаної літератури. Перший розділ стосується загальної характеристики адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні (містить чотири підрозділи); другий розділ розкриває зміст та сутність адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні (включає три підрозділи); а третій розділ авторами присвячено шляхам удосконалення адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні (включає у себе два підрозділи).

У монографії авторами в межах загальної характеристики адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні охарактеризовано категорію «підприємницька діяльність» через призму об'єктного складника адміністративно-правового регулювання, розкрито сутність та ознаки публічних правовідносин щодо захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні, а також визначено систему суб'єктів, принципи та нормативні засади адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні.

Доведено, що адміністративний аспект поняття підприємницької діяльності репрезентований її юридичною природою як одного з механізмів економічного розвитку країни, без урегулювання та впорядкування суспільних відносин адміністративно-правовими нормами, у межах якого унеможливлено забезпечення свободи підприємництва та його державна підтримка. Тому сутність адміністративно-правового регулювання підприємницької діяльності в Україні визначено через необхідність упорядкування публічних правовідносин щодо економічного розвитку країни, підтримки підприємницької діяльності

та захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності.

Цілий підрозділ у монографії (3.1) присвячено зарубіжному досвіду адміністративно-правового забезпечення захисту підприємницької діяльності, що, беззаперечно, лише додає авторитету рецензованій праці. Водночас результати аналізу досвіду Киргизької Республіки щодо наявності у цій країні відокремленої державної політики щодо захисту прав підприємців не репрезентують авторського висновку, чи потрібно Україні адаптувати такий досвід.

Заслуговують на увагу визначені авторами у роботі принципи адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні, які є, по-перше, закріпленими актами законодавства засадничими основами правил щодо його здійснення; по-друге, фундаментальними ідеями щодо належної діяльності публічних адміністрацій у досліджуваній сфері. Автори переконані, що ці принципи стосуються: а) у цілому адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні як системного правового явища; б) окремо діяльності суб'єктів владних повноважень, що відповідають за організацію та здійснення такого захисту.

Досить доречними є висновки авторів, про сутність публічних правовідносин судового захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні.

Таким чином, монографія «Адміністративно-правове забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні», підготовлена кандидатом юридичних наук, професором Андрієм Боровиком та доктором філософії в галузі права Денисом Парамоновим, становить безсумнівну цінність для науки адміністративного права та буде корисна для вчених, аспірантів, слухачів магістратури закладів вищої освіти юридичного профілю, прокурорів, адвокатів, суддів, а також для всіх осіб, які цікавляться питаннями адміністративно-правового забезпечення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в Україні.

НОТАТКИ

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 1

Коректура • Ирина Николаївна Чудеснова

Комп'ютерна верстка • Наталія Сергіївна Кузнєцова

Формат 60×84/8. Гарнітура Times New Roman.
Папір офсет. Цифровий друк. Ум. друк. арк. 25,34. Замов. № 0323/175. Наклад 300 прим.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

вул. Інглєзі, 6/1, м. Одєса, 65101

Тєл. +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.ua

Свідєцтвє суб'єктє видєвничєї спрєви

ДК № 7623 від 22.06.2022 р.