

Національна академія правових наук України
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого



ВІСНИК

НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

Науковий юридичний журнал

Заснований у 1993 році
Періодичність випуску – 4 номери на рік

Том 29, № 3
2022

Харків
«Право»
2022

УДК 34
DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3

ISSN 1993-0909
E-ISSN 2663-3116

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(протокол № 1 від 30 серпня 2022 р.)*

Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія КВ № 23993-13833ПП від 11.07.2019 р.

**Журнал внесено до Переліку наукових фахових видань України
(категорія «А») у галузі юридичних наук
(наказ МОН України № 735 від 29.06.2021 р.)**

**Видання включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus International**

Вісник Національної академії правових наук України / редкол.: О. Петришин та ін. – Харків : Право, 2022. – Т. 29, № 3. – 292 с.

Засновники:

Національна академія правових наук України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Видавець:

Національна академія правових наук України

Відповідальний за випуск

В. А. Журавель

Адреса редакційної колегії: 61024, Харків, вул. Пушкінська, 70, Національна академія правових наук України.

Офіційний сайт: visnyk.kh.ua

e-mail: visnyk_naprnua@ukr.net

© Національна академія правових наук
України, 2022

National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University



JOURNAL

OF THE NATIONAL ACADEMY
OF LEGAL SCIENCES OF UKRAINE

Scientific Legal Journal

Founded in 1993

Periodicity – 4 issues per year

Volume 29, Issue 3
2022

Kharkiv
«Pravo»
2022

UDC 34
DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3

ISSN 1993-0909
E-ISSN 2663-3116

*Recommended for publication by the academic Council
Yaroslav Mudryi National Law University
(Protocol № 1 dated August 30 2022)*

The certificate of state registration
KB № 23993-13833PIP date 11.07.2019

**Journal included in the List of scientific professional publications
(category «A») in the field of legal sciences**
(the order of MES of Ukraine No. 735 dated on 29.06.2021)

Journal included in the international scientometric databases
Index Copernicus International

Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine / editorial board:
O. Petryshyn et al. – Kharkiv : Pravo, 2022. – Vol. 29, № 3. – 292 p.

The founders:

National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University

Publisher:

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Responsible for the release of

V. Zhuravel

The Editorial Board address: 61024, Kharkiv, 70 Pushkinska Street, National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

Official website: visnyk.kh.ua
e-mail: visnyk_naprnu@ukr.net

© 2022 National Academy of Legal
Sciences of Ukraine

НАУКОВА РАДА

Василь Тацій – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України та НАПрН України (голова наукової ради) (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Юрій Барабаш – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Вячеслав Борисов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, Україна);

Валентина Борисова – кандидат юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Гаращук – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Голіна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Гончаренко – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Вячеслав Комаров – кандидат юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олександр Крупчан – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Україна);

Микола Кучерявенко – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Василь Лемак – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Конституційний Суд України, Україна);

Сергій Максимов – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Микола Панов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Пилипчук – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Державна наукова установа «Інститут інформації, безпеки і права Національної академії правових наук України», Україна);

Сергій Прилипка – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Україна);

Петро Рабінович – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна);

В'ячеслав Рум'янцев – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олександр Святоцький – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Видавництво «Право України», Україна);

Анатолій Селіванов – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Інна Спасибо-Фатєєва – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Володимир Тихий – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна);

Юрій Шемшученко – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України та НАПрН України (Інститут держави і права імені В. М. Корецького Національної академії наук України, Україна);

Михайло Шульга – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна).

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Олександр Петришин – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (голова редакційної колегії) (Національна академія правових наук України, Україна);

Володимир Журавель – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (заступник голови редакційної колегії) (Національна академія правових наук України, Україна);

Наталія Кузнєцова – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (заступник голови редакційної колегії) (Національна академія правових наук України, Україна);

Флаувіс Антоній Байас – професор (Бухарестський Університет, Румунія);

Юрген Базедов – професор (Інститут іноземного та міжнародного приватного права імені Макса Планка, Німеччина);

Владислава Батиргарєєва – доктор юридичних наук, професор, (Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, Україна);

Вільям Еліот Батлер – професор (Школа права, Університет штату Пенсильванія, США);

Юрій Баулін – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Серджо Биешу – доктор юридичних наук, професор (Факультет права, Молдавський державний університет, Молдова);

Юрій Битяк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Станіслав Бука – професор (Балтійська міжнародна академія, Латвія);

Єрмек Бурібаєв – доктор юридичних наук, професор (Казахський національний педагогічний університет імені Абая, Республіка Казахстан)

Чаба Варга – професор (Інститут правових досліджень, Угорська академія наук, Угорщина);

Марина Великанова – доктор юридичних наук, доцент (Київський регіональний центр Національної академії правових наук України, Україна);

Анатолій Гетьман – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Євген Гетьман – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національна академія правових наук України, Україна)

Сергій Глібо – кандидат юридичних наук, доцент (Науково-дослідний інститут правового забезпечення інноваційного розвитку Національної академії правових наук України, Україна)

Андрій Гриняк – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Київський регіональний центр Національної академії правових наук України, Україна);

Костянтин Гусаров – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Наталія Гуторова – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Полтавський юридичний інститут Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна);

Томас Давуліс – професор (Вільнюський державний університет, Литва);

Микола Іншин – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна);

Оксана Капліна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Фархад Карагусов – доктор юридичних наук, професор (Інститут приватного права Каспійського університету, Республіка Казахстан);

Емануель Кастелляран – професор (Університет Страсбурга, Франція);

Танел Керікмає – професор (Школа права, Талліннський технічний університет, Естонія);

Рольф Кніпер – професор (Університет Гете, Німеччина);

Олексій Кот – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Київський регіональний центр Національної академії правових наук України, Україна);

Олена Кохановська – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна)

Райнер Кульмс – професор (Інститут іноземного та міжнародного приватного права імені Макса Планка, Німеччина);

Дмитро Лук'янов – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Снєголе Матюльєне – професор (Університет імені Миколаса Ромеріса, Литва);

Катерін Меа – професор (Лісабонський університет, Португалія);

Василь Настюк – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олена Орлюк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна);

Світлана Серьогіна – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, Україна);

Ізабела Скомерська-Муховська – професор (Лодзинський університет, Польща);

Олександр Скрипнюк – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Україна);

Жанна Хамзіна – доктор юридичних наук, професор (Казахський національний університет імені Абая, Республіка Казахстан);

Віктор Шевчук – доктор юридичних наук, професор (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Валерій Шепітько – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Ханс Іоахім Шрамм – професор (Інститут Східного права Університету технології, бізнесу і дизайну, Німеччина);

Раймундас Юрка – професор (Університет Миколаса Ромеріса, Литва);

Іван Яковюк – доктор юридичних наук, професор (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна);

Олег Ярошенко – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна).

SCIENTIFIC COUNCIL

Vasyl Tatsiy – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine and the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Chairman of the Scientific Council) (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Yurii Barabash – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Viacheslav Borysov – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute for Study of Crime Problems named after Academician V. V. Stachys of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Valentyna Borysova – Phd (Law), Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Garashchuk – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Golina – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Goncharenko – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Viacheslav Komarov – Phd (Law), Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleksandr Krupchan – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Mykola Kucheriavenko – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Vasyl Lemak – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The Constitutional Court of Ukraine, Ukraine);

Sergii Maksymov – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Mykola Panov – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Pylypchuk – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (State Scientific Institution «Institute of Information, Security and Law of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine», Ukraine);

Sergii Prylypko – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F. G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Petro Rabinovych – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine);

Viacheslav Rumiantsev – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleksandr Sviatotskyi – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Publishing House «Law of Ukraine», Ukraine);

Anatolii Selivanov – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Inna Spasybo-Fateieva – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Volodymyr Tykhyi – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Yurii Shemshuchenko – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine and National Academy of Legal Sciences of Ukraine (V. M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine);

Mykhailo Shulga – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine).

EDITORIAL BOARD

Oleksandr Petryshyn – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Chairman of the Editorial Board) (The National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Volodymyr Zhuravel – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Vice-chairman of the Editorial Board) (The National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Nataliia Kuznietsova – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Vice-chairman of the Editorial Board) (The National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Flavius Antoniu Baias – Professor (The University of Bucharest, Romania);

Jürgen Basedow – Professor (Max Planck Institute of the foreign and international private law, Germany);

Vladyslava Batyrgarieieva – Doctor of Law, Professor (Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine);

William Eliot Butler – Professor (The School of Law, University of Pennsylvania, USA);

Yurii Baulin – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Sergiu Băieșu – Doctor in Law, University Professor (Faculty of law of Moldova State University, Moldova);

Yurii Bytiak – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Stanislav Buka – Professor (Baltic International Academy, Latvia);

Yermek Buribayev – Doctor of Law, Professor (Abai Kazakh National Pedagogical University, Kazakhstan);

Csaba Varga – Professor (The Institute of Legal Studies, Hungarian Academy of Sciences, Hungary);

Maryna Velykanova – Doctor of Law, Associate Professor (Kyiv Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Anatolii Getman – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Yevhen Hetman – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (The National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Serhii Hlibko – Phd (Law), Associate Professor (Scientific and Research Institute of Providing Legal Framework for the Innovative Development of National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine)

Andriy Hryniak – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Kyiv Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Konstantyn Gusarov – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Nataliia Gutorova – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Poltava Law Institute of the Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Tomas Davulis – Professor (Vilnius State University, Lithuania);

Mykola Inshyn – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Oksana Kaplina – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Farkhad Karagusov – Doctor of Law, Professor (The Institute of private law of Caspian university, Republic of Kazakhstan);

Emanuel Castellarin – Professor (The University of Strasbourg, France);

Tanel Kerikmäe – Professor (The School of Law, Tallinn Technical University, Estonia);

Rolf Knieper – Professor (Coethe University Frankfurt, Germany);

Oleksii Kot – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Kyiv Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Olena Kokhanovska – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Rainer Kulms – Professor (Max Planck Institute of the foreign and international private law, Germany);

Dmytro Lukianov – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Snieguolė Matulienė – Professor (The University of Mykolas Romeris, Lithuania);

Catherine Maia – Professor (The University of Lisbon, Portugal);

Vasyl Nastyuk – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Olena Orlyk – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine);

Svitlana Serohina – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Ukraine (Scientific and Research Institute of State Building and Local Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine);

Isabela Skomerska-Mukhovska – Professor (The University of Lodz, Poland);

Oleksandr Skrypniuk – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (V. M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine);

Zhanna Khamzina – Doctor of Law, Professor (Abai Kazakh National Pedagogical University, Kazakhstan);

Viktor Shevchuk – Doctor of Law, Professor (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Valerii Shepitko – Doctor of Law, Professor, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Hans Joachim Schramm – Professor (The Institute of Eastern Law of the University of Technology, Business and Design, Germany);

Raimundas Jurka – Professor (The University of Mykolas Romeris, Lithuania);

Ivan Yakoviychuk – Doctor of Law, Professor (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine);

Oleg Yaroshenko – Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine).

Зміст

ТЕОРІЯ ТА МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВА

- РАБІНОВИЧ П. М., РАБІНОВИЧ С. П., ПАНКЕВИЧ О. З.
Пошук верховенства права як балансування соціальних інтересів 15
- ЛАВРИК Г. В.
Верховенство права (правовладдя) в умовах, що сприяють запобіганню
свавільному втручанню влади у права людини 36
- РАБІНОВИЧ П. М., ДУДАШ Т. І.
Аргументи у правовій аргументації: деякі загальнотеоретичні аспекти 47

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

- КОЛІСНИК В. П., БЕРЧЕНКО Г. В., СЛІНЬКО Т. М.
Конституційна ідентичність як втілення установчої влади 69

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО. ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство. ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ

- ПЕТРИШИН О. В., КАГАНОВСЬКА Т. Є., ПЕРЕДЕРІЙ О. С.
Трансформація в Україні правової культури суспільства під впливом
процесів європейської інтеграції 89

ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

- КУЧЕРЯВЕНКО М. П., БОНДАРЕНКО І. М., БРОЯКОВ С. В.
Податок як системна державницька конструкція, або до чого може призвести
нехтування «податковим правом» 108

ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

- ЯРОЦЬКИЙ В. Л., НАДЬОН В. В., МЕНДЖУЛ М. В.
Правові колізії застосування технології сурогатного материнства
іноземцями в Україні та шляхи їх подолання 124
- ДОВГЕРТ А. С., ЦІРАТ Г. А.
Актуальні питання кодифікації міжнародного приватного права
та міжнародного цивільного процесу 137
- СИНЕГУБОВ О. В.
Неплатоспроможність фізичних осіб: критерії пошуку ефективності
у процедурах банкрутства 160

ВІННИК О. М., ПОПОВИЧ Т. Г., ДЕРЕВ'ЯНКО Б. В. Регулювання відносин цифрової економіки: окремі аспекти.....	181
ПРИЛИПКО С. М., КОЛОСОВ І. В., ВЕННИКОВА В. В. Профспілки у Північній Америці та Австралії: ключові особливості, вплив та роль у підтриманні соціального діалогу.....	205
ШЕВЕРДИНА В. І. До питання розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства	222

ПРОБЛЕМИ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

ЩУР Б. В., БАСИСТА І. В. Судове провадження у режимі відеоконференції та трансляція з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду: окремі підходи до розуміння та проблеми реалізації	242
---	-----

РЕФОРМА СУДОВОЇ СИСТЕМИ. ПРОКУРАТУРА. РОЗВИТОК АДВОКАТУРИ

КОЛОДІЙ А. М., ХАЛЮК С. О. Дисциплінарні повноваження Вищої ради правосуддя в Україні та відповідних органів у зарубіжних країнах: порівняльний аналіз	268
--	-----

Contents

THEORY AND METHODOLOGY OF LAW

RABINOVYCH P. M., RABINOVYCH S. P., PANKEVYCH O. Z. The search for the rule of law as a balance of social interests	15
LAVRYK H. V. Rule of law under conditions promoting prevention of unwarranted infringement on human rights by authorities	36
RABINOVYCH P. M., DUDASH T. I. Arguments in Legal Argumentation: Some Theoretical Aspects	47

CONSTITUTIONAL LAW. DEVELOPMENT OF UKRAINIAN STATES

KOLISNYK V. P., BERCHENKO H. V., SLINKO T. M. Constitutional identity as the constituent power embodiment	69
--	----

INTERNATIONAL LAW. COMPARATIVE JURISPRUDENCE. EUROPEAN INTEGRATION

PETRYSHYN O. V., KAGANOVSKA T. Ye., PEREDERII O. S. Transformation of the legal culture of society in Ukraine under the influence of the processes of European integration	89
--	----

PROBLEMS OF PUBLIC LAW

KUCHERYAVENKO M. P., BONDARENKO I. M., BROIAKOV S. V. Tax as a systematic government institution or possible consequences of neglecting «tax law»	108
---	-----

PROBLEMS OF PRIVATE LAW

YAROTSKIY V. L., NADON V. V., MENDZHUL M. V. Legal conflicts of application of turnover technology by foreigners in Ukraine and ways to overcome them	124
DOVGERT A. S., TSIRAT G. A. Current issues of codification of private international law and international civil procedure	137
SINEGUBOV O. V. Insolvency of natural persons: criteria of searching for effectiveness in bankruptcy procedures	160

VINNYK O. M., POPOVYCH T. G., DEREVYANKO B. V.
Regulation of digital economy relations: certain aspects..... 181

PRYLIPKO S. M., KOLOSOV I. V., VIENNIKOVA V. V.
Trade unions in north America and Australia: mainly features, impact and role
in social dialogue's maintaining 205

SHEVERDINA V. I.
On the issue of distinguishing responsibility in labor law and responsibility f
or violations of labor law 222

PROBLEMS OF CRIME PREVENTION AND FIGHTING

SHCHUR B. V., BASYSTA I. V.
Court proceeding in a video-conference mode and broadcasting it from other rooms,
including those outside the court premises: specific approaches for understanding
and the problems of implementation 242

**REFORM OF THE JUDICIAL SYSTEM. PROSECUTOR'S OFFICE.
DEVELOPMENT OF ADVOCATYRE**

KOLODIY A. M., KHALIUK S. O.
Disciplinary powers of the Supreme council of judiciary in Ukraine
and corresponding bodies in foreign countries: a comparative analysis..... 268

ТЕОРІЯ ТА МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВА

УДК 340.12

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-15

Петро Мойсейович Рабінович

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

*Кафедра теорії та філософії права
Львівський національний університет імені Івана Франка
Львів, Україна*

Сергій Петрович Рабінович

*Кафедра конституційного права
Львівський національний університет імені Івана Франка
Львів, Україна*

Олег Зіновійович Панкевич

*Кафедра загально-правових дисциплін
Львівський державний університет внутрішніх справ
Львів, Україна*

ПОШУК ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ЯК БАЛАНСУВАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ

Анотація. *Актуальність дослідження зумовлена триваючими процесами гармонізації українського законодавства і судової практики з європейським правом, однією з визначальних засад якого є принцип верховенства права, а також різноманітним доктринальним підходам до визначення поняття верховенства права та практикою політичної інструменталізації зазначеного принципу. Метою пропонованої статті є вироблення поняття верховенства права на основі розгляду методологічних й соціологічних аспектів дослідження проблеми балансування соціальних інтересів в юридичній діяльності. Основні методи дослідження. З оперттям на діалектичну методологію розкривається конкретно-історична зумовленість уявлень про верховенство права, пропонується визначення поняття верховенства права як конкретно всезагальної категорії, яка виражає розвиток соціальних потреб та інтересів, виявляється взаємна доповнюваність базових вимог верховенства права. На основі потребового підходу встановлюються соціальні витоки політичної інструменталізації цих вимог. Значення проведеного дослідження. У статті доведено методологічні переваги діалектичного підходу до розкриття проблем верховенства права. Запропоновано визначення поняття верховенства права як встанов-*

люваного у судовій практиці динамічного балансу значимостей конкуруючих інтересів учасників правовідносин. Обґрунтовано, що найбільш проблемні моменти у застосуванні принципу верховенства права пояснюються потребою зумовленістю підходів до трактування змісту цього принципу; широкими можливостями вибору нормативних інструментів для нейтралізації окремих вимог верховенства права; високим ступенем їх невизначеності і внутрішньої суперечливості.

Ключові слова: верховенство права, баланс цінностей, зважування інтересів, пропорційність, юридична визначеність, справедливість.

Petro M. Rabinovych

National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine

Department of Theory and Philosophy of Law
Ivan Franko National University of Lviv
Lviv, Ukraine

Serhii P. Rabinovych

Department of Constitutional Law
Ivan Franko National University of Lviv
Lviv, Ukraine

Oleh Z. Pankevych

Department of General Legal Disciplines
Lviv State University of Internal Affairs
Lviv, Ukraine

THE SEARCH FOR THE RULE OF LAW AS A BALANCE OF SOCIAL INTERESTS

Abstract. *The relevance of the study is conditioned upon the ongoing processes of harmonization of Ukrainian law and judicial practice with European law, one of the defining principles of which is the rule of law, as well as a variety of doctrinal approaches to defining the rule of law and the practice of its political instrumentalization. The purpose of the proposed article is to develop the concept of the rule of law based on the consideration of methodological and sociological aspects of the study of the problem of balancing social interests in legal activities. Main research methods. Based on the dialectical methodology, the specific historical conditionality of ideas about the rule of law is revealed, the definition of the rule of law as a specific universal category expressing the development of social needs and interests is proposed, the complementarity of the basic requirements of the rule of law is revealed. Based on the need-based approach, the social origins of the political instrumentalization of these requirements are established. The value of the study. The article proves the methodological advantages of the dialectical approach to revealing the problems of the rule of law. It is proposed to define the concept of the rule of law as a dynamic balance of the values of competing interests of the participants in legal relations established in judicial practice. It is substantiated that the most problematic moments in*

the application of the principle of the rule of law are explained by the need-based conditionality of approaches to the interpretation of the content of this principle; wide possibilities of choice of normative instruments for neutralization of separate requirements of the rule of law; high degree of their uncertainty and internal contradiction.

Keywords: *the rule of law, balance of values, weighing of interests, proportionality, legal certainty, fairness.*

ВСТУП

Стрімке й часто не цілком прогнозоване розгортання політичних процесів породжує потребу в засобах швидкого реагування на виклики сьогодення. Відповідаючи на них, національні уряди нерідко змушені, так би мовити, заплющувати очі на букву конституцій і законів. На цьому тлі зараз, мабуть, як ніколи раніше, затребуваними стають соціальна стабільність і передбачуваність. Останні ж, як відомо, чималою мірою забезпечуються за допомогою юридичних інструментів, серед яких особливе місце посідає принцип верховенства права.

Дедалі ширше використання цього принципу в законодавстві та юридичній практиці України зумовлено, зокрема, триваючим процесом гармонізації національного права з європейським, однією з визначальних засад якого є *the rule of law*. Нині цей конституційний принцип закріплено, зокрема, в шести кодексах України, чотири з яких (Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс, Кримінальний процесуальний кодекс і Кодекс адміністративного судочинства) містять окремі статті, присвячені застосуванню означеної застави судом. Звернення до вимог верховенства права вже стали атрибутом практики вирішення юридичних спорів вищими судовими інстанціями та невід'ємною складовою юриспруденції Конституційного Суду України (далі – КСУ). Проте, як видається, такі звернення, на жаль, далеко не в кожному випадку можна вважати однаковою мірою коректними та доречними. Зокрема, застосування судами вимог верховенства права часто відбувається вибірково та без урахування логіко-смилових взаємозв'язків між такими вимогами. Не можна не визнати й те, що попри широку вживаність у юридичному регулюванні термінопоняттєвої конструкції «верховенство права», інтерпретація її змісту продовжує викликати дискусії. Так, відомий американський науковець Р. Дворкін стверджував, що «в основу верховенства права закладено парадокс. Цей ідеал вимагає визначеності і засуджує неоднозначність у праві. Утім водночас він сам значною мірою є невизначеним і неоднозначним...» [цит. за: 1, с. 156].

Певний брак визначеності у змісті термінопоняття верховенства права відображено у присвячених йому документах авторитетних міжнародних експертних організацій (зокрема, Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) [2]). В її Доповіді відзначається різноманіття тлумачень поняття *the rule of law* (п. 15) і той факт, що «розбіжності значень, що їх надано поняттю «верховенство права», навіть «можуть викликати сумніви в його корисності як основоположної концепції публічного права» (п.34) [2, с. 176].

Не є дивним, що аналогічна ситуація спостерігається й у сучасній вітчизняній юридичній науці. У працях її представників (С. Головатого, М. Козюбри, Ю. Шемшученка та інших) висвітлені не тільки різноманітні інтерпретації явища верховенства права, але і неспівпадаючі концептуальні підходи до виявлення його природи та сутності. Тож навряд чи ця ситуація сприяє забезпеченню єдності практики юридичного регулювання. А без такої єдності неможливо реалізувати його гуманні демократичні засади: безумовне поважання людської гідності, абсолютна заборона нелюдського поводження, рівність усіх однойменних суб'єктів перед законом і судом, недискримінація.

Тим не менш, сучасна політико-правова практика демонструє активне звернення до термінопоняття «верховенство права»: так, наприклад, лише два роки тому Європейська Комісія запровадила публікацію щорічних доповідей про ситуацію у сфері верховенства права в Європейському Союзі (далі – ЄС) [3].

На цьому тлі є вельми прикметним також феномен політичної інструменталізації та ідеологізації посилянь на верховенство права [4–5].

Аналіз вітчизняної судової практики свідчить, що під час застосування вимог верховенства права неодмінно відбувається процес балансування значимостей різних соціальних благ для тих чи інших суб'єктів, а саме – для задоволення потреб та інтересів останніх. У зв'язку з цим дотепер не втрачає актуальності функціональне й релятивістичне розуміння поняття цінності саме як значимості різноманітних явищ для життя і діяльності людини, соціальних спільнот, груп, та й, зрештою, усього суспільства в цілому. Оскільки ж цінність визначається як властивостями певного об'єкта – носія цінності, так і потребами суб'єкта, вона втілює єдність об'єктивного і суб'єктивного, опосередковує специфічне суб'єкт-об'єктне відношення. А тому базовими, фундаментальними антропо-соціальними явищами, знання про які стають необхідними для виявлення і забезпечення верховенства права, є різноманітні людські потреби та інтереси, рівень задоволення яких має збалансовуватися через ухвалення юридичних (найчастіше нормозастосовних) актів задля досягнення верховенства права, а отже, справедливості. Зазначеними обставинами, як видається, й зумовлюється *актуальність* цієї статті і того методологічно-дослідницького підходу, який покладено в її основу, а саме – так званого потребового підходу, запропонованого одним з її співавторів ще понад тридцять років тому.

З урахуванням сказаного *метою* пропонованої розвідки є наукове обґрунтування інтерпретації термінопоняття верховенства права на основі розгляду методологічних і соціологічних аспектів дослідження проблеми балансування соціальних інтересів у процесі практичної юридичної діяльності. З огляду на це далі буде: 1) обґрунтована методологія нашого пошуку, яка відповідає сутнісним особливостям досліджуваного предмета; 2) розглянуто конкретно-історичну зумовленість та соціальні функції уявлень стосовно *the rule of law*; 3) виявлено соціальні джерела формування нормативної структури вимог верховенства права

та визначальні елементи цієї структури. Зрештою, на цій основі буде запропоновано авторське визначення поняття верховенства права.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Попри те, що юснатуралістичні уявлення про розрізнення права і закону сягають часів античності, першою завершеною формою викладу концепції *the rule of law* стала праця видатного британського конституціоналіста А. Дайсі (1885 р.) [2, с. 169], яка, своєю чергою, систематизувала й розвивала ідеї іншого видатного англійського правника – судді Е. Коука. Особливістю цієї концепції став її нерозривний зв'язок із британською правовою культурою і традиціями сім'ї загального права. Така її особливість, сукупно із деякою історичною однобічністю поглядів на дискрецію виключно як на джерело свавілля призвела до того, що розглядувана концепція не стала загальноновизнаною. Натомість, позбавившись жорсткого зв'язку із концепцією А. Дайсі, надалі *the rule of law* набуло рис загального уявлення, політико-правового ідеалу найабстрактнішого змісту. Тому з конкретно-історичного погляду можна стверджувати, що *the rule of law* являє собою вироблене в західній правовій культурі Нового часу, передусім у діяльності суддів і правознавців, й надалі використовуване й в інших культурах, зокрема незахідних, ціннісно-нормативне уявлення про належні засади організації та функціонування державного механізму, відносин органів державної влади з індивідом та цих органів між собою.

Внутрішня суперечливість верховенства права впливає з парадоксу барона Мюнхгаузена, закладеного в ідеї самообмеження державної влади. Відтак, приреченість на невдачу спроб побудови такої інтерпретації вимог верховенства права, яка була би позбавлена формально-логічних протиріч, вказує на діалектичну логіку (Е. Ільєнков) як на єдино коректний методологічний підхід до побудови не абстрактного чи міфологізованого, а соціально конкретного поняття верховенства права.

Потреба опертя на діалектичний філософсько-світоглядний методологічний підхід зумовлюється передовсім історичною динамікою самого предмета дослідження. Як відомо, вихідним постулатом цього підходу є розгляд будь-якого явища соціального буття не статично, а в його розвитку, шляхом розкриття взаємозв'язку та єдності окремих суперечливих моментів цього розвитку. На протигагу формальній логіці, яка оперує абстрактними поняттями як пустими й тому відірваними від життя формами, логіка діалектична ґрунтується на методологічному принципі єдності буття та мислення. З огляду на це, пізнані закономірності юридичної діяльності є водночас і законами діалектичного мислення. Саме діалектична логіка дозволяє розплутати той клубок суперечностей, яким часто постає верховенство права в розвідках формалістичного характеру. Так, на основі методологічного принципу діалектичної єдності логічного та історичного нижче розкриватиметься конкретно-історична зумовленість уявлень про верхо-

венство права, пропонуватиметься визначення поняття верховенства права не як абстрактної, а як конкретно всезагальної категорії, яка виражає динаміку соціальних потреб та інтересів, їхню нерідко конфліктну взаємодію. На основі діалектичного принципу протиріччя й засад єдності протилежностей виявлятиметься сутнісне призначення державно-владної діяльності з балансування інтересів.

Необхідність використання діалектичної методології зумовлюється тим, що завдання сконструювати поняття верховенства права, яке б несуперечливо включало конкуруючі підходи до його розуміння, практично нерозв'язуване з позицій наукового позитивізму [6, с. 49]. Натомість формально-логічна взаємовиключність відповідей на питання про те, що ж саме слід вважати верховенством права з позицій діалектичної логіки може розглядатися як результат поняттєвого відображення різних аспектів права як складного, багатогранного феномена.

Звернення до виявлення конкретно-історичних закономірностей юридичної діяльності зумовлює поєднання діалектичного методологічного підходу з підходом потребним [7] (який, своєю чергою, є особливим різновидом методологічного діяльнісного підходу).

На базі потребового підходу і методів соціологічного аналізу у статті виявляються соціальні витоки феномену політичної інструменталізації вимог верховенства права в діяльності публічно-владних інституцій, осмислюється легітимізаційне функціональне призначення звернення до верховенства права у політико-правовій аргументації.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Проблематика верховенства права як об'єкт наукового дослідження

У західній і міжнародній політико-правовій думці верховенство права набуло значення деякого всеосяжного правового ідеалу, зазнавши різноаспектної змістової розробки і видозмін. Процеси конвергенції загального і континентального права сприяли [пор.: 8, с. 106] визнанню правовладдя складовою «спільної спадщини європейських народів поряд із такими її складниками, як правдива демократія й людські права» (Рішення Другого сенату КСУ № 5-р(II)/2020 від 18.06.2020) в найважливіших договорах Ради Європи (далі – РЕ) та ЄС, і подальшому використанню терміноспослуки *the rule of law* (або ж семантично близьких їй термінів «*Rechtsstaat/Etat de droit*») на позначення ідеалів державно-правового розвитку в конституціях низки держав.

Інтерес українських і зарубіжних правознавців до розгляду проблем верховенства права не вщухає. Прикметно, що протягом останніх років в Україні вишло щонайменше три монографії з цих питань [1; 8; 9], а також ґрунтовні теоретичні й науково-методичні розробки, орієнтовані на потреби національної правозастосовної практики [10]. Останнім часом в українському правознавстві загальнотеоретичні й методологічні аспекти застосування принципу верховенства права та його вимог досліджувалися в працях П. Рабіновича, О. Луціва [1], С. Погребняка [11] та ін.

Історичним, загальнотеоретичним і термінологічно-правовим аспектам верховенства права присвячено публікації С. Головатого і С. Серьогіна [8]. Варто звернути увагу, зокрема, на статтю С. Головатого «Верховенство права» не працює» [12], Коментар до документу РЄ *Rule of Law Checklist* (Мірило правовладдя) і на його «Вступ» до збірки НАУКМА [10, с. 5–24]. В останній праці дослідник визнає помилковим вираз «верховенство права», запропонований ним свого часу проєктантам Конституції України як переклад терміносполуки *the rule of law*. Вважаючи, що двослівна лінгвістична конструкція «не працює» саме через можливість її поелементного смислового аналізу, цей автор переклав зазначені два слова вже одним: «правовладдя». Така лінгвістична операція спрямована на запобігання пословесній інтерпретації означеного терміносполучення. С. Серьогін же, зі свого боку, пропонує запровадити у вітчизняному правознавстві новий термін, який був би відповідником англійського слова *law* і синонімом до слова «закон» в його історичному значенні. На його думку, ним може стати термін «правотвір», який дослівно означає «те, що створює право» [8, с. 112]. З приводу обох означених вище пропозицій зауважимо, що з погляду граматики іменники «правовладдя» і «правотвір» належать, вочевидь, до складних. Тому обґрунтована інтерпретація їх змісту навряд чи можлива без з'ясування сутності кожного з тих явищ, котрі позначаються за допомогою обох складників згаданих термінів – явища права і явища владарювання (влади) у першому випадку, явища права і його створення – в другому.

У сучасному правознавстві більш-менш чітко сформувалися два вихідні підходи до розуміння верховенства права, які, кажучи умовно, можуть бути названі: а) інтегральним, або ж «унарним» (П. Рабінович, Д. Вовк, М. Цвік та ін.) та б) поелементним (Ф. Гаєк, С. Головатий, Й. Раз та ін.) [1, с. 28–96]. Доповнюваність, взаємообумовленість обидвох підходів зумовлюється тим, що вони спрямовані на з'ясування двох відмінних питань: а) чим є за своєю суттю верховенство права і б) які саме вимоги включає в себе концепція верховенства права, який її деонтичний зміст [1, с. 120, 122–124]. При цьому об'єктивна логіка дослідження змушує прихильників інтегрального підходу не обмежуватися спробою подати самі лише визначення загального поняття верховенства права, а й конкретизувати його через низку суттєвих ознак, властивостей, аспектів, елементів того явища, яке ним відображається. З іншого боку, прибічники поелементного підходу теж не завжди ухилялися від спроб вказати на якісні, гранично загальні параметри, на сутнісну (родову) інтерпретацію феномену, елементи якого вони вирізняють. До такого поєднання підходів спонукає діалектика взаємозв'язку, взаємозалежності загального й особливого, родового та видового [1, с. 119].

Полюси розбіжностей у трактуванні переліку вимог верховенства права та їхнього змісту позначені, з одного боку, формальними, а з іншого – субстантивними (а радше, формально-матеріальними [1, с. 88–96]) концепціями, втілюваними судовою практикою та юридичною доктриною. Попри деякі відмінності, які

існують між окремими формальними концепціями верховенства права (Й. Раз, Л. Фуллер), їх об'єднує байдужість до соціального змісту верховенства права і тих соціальних цілей, які досягатимуться за посередництвом його вимог [1, с. 82–83]. Б. Таманага, відзначаючи «порожнечу формальної законності», цитує пасаж, який належить ізраїльському філософу права Й. Разу: «Недемократична правова система, заснована на запереченні прав людини, на повсюдній злиденності, на расовій сегрегації, на статевій нерівності та переслідуванні за расовими ознаками, може, в принципі, відповідати вимогам верховенства права краще, ніж будь-яка правова система більш просвічених західних демократій...» [цит. за: 13, с. 108].

В Україні набули поширення формально-матеріальні версії верховенства права, які трактують *the rule of law* як панування прав людини, до яких, втім, зазвичай не включаються соціально-економічні права. Розуміння верховенства права як панування прав людини виступає джерелом потенційної невизначеності під час конкретизації змісту вимог цього принципу і на практиці означає «передання спірних питань зі сфери політики на вирішення суддям» [13, с. 120]. Окрім цього, даючи правам людини традиційне ліберальне тлумачення, не можна не зважати на розвиток концепції класичного лібералізму в ході діалогу з соціалістичними доктринами й практиками. Відмінності ж у змісті й обсязі прав людини з позицій класичного ліберального і неоліберального підходів є доволі суттєвими [14, с. 452–453]. Ілюстрацією може слугувати розвинута Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) шляхом еволюційного тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод доктрина позитивних зобов'язань держави, базове розуміння якої було закладено 1968 р. у *Бельгійській мовній справі*, де заявники вимагали від Суду визнання за державою «обов'язку зробити що-небудь» (англ. *obligations to do something*). Знаковим є також і рішення ЄСПЛ у справі «*Ejri проти Ірландії*» (1979), в якому Суд встановив порушення державою-відповідачем класичних прав «першого покоління» через невиконання державою зобов'язань соціально-економічного характеру. Тенденція до «розширення обсягу громадянських і політичних прав» під впливом концепції позитивних зобов'язань держави відображена також у Мірилі правовладдя (п. 35) [15].

У сучасних правових системах *the rule of law* перетворилося на загальне й «парасолькове» позначення деякого відкритого переліку морально-правових і політико-правових вимог – вимог до діяльності не тільки держави, а й усіх суб'єктів національного, транснаціонального і міжнародного рівнів, які мають «можливості порушувати особисті права» (Доповідь 2011, п. 66 [2, с. 182], Мірило, п. 17 [15]). Таким чином, визначальною характеристикою верховенства права стає зв'язок із дотриманням прав людини та людської гідності як їх буттєвої основи: «В імперативі дієвості верховенства права «йдеться насамперед про сукупність національних інституцій, механізмів і процедур, що є доконечними для того, щоб особа була спроможною володіти людською гідністю та захистити себе від свавільних дій держави (її органів і посадових осіб)» (Рішення Другого сенату КСУ

№ 5-р(II)/2020 від 18.06.2020). При цьому, наголосимо, в Мірилі верховенство права не ототожнюється з правами людини. Натомість зв'язку між обома цими феноменами надається, з одного боку, функціонально-цільовий характер: «міцний режим правовладдя є першорядним для захисту людських прав». З іншого ж боку, забезпечення умов, у яких права людини захищені, вважається необхідним для повної реалізації правовладдя. Окрім цього, визнається також і часткове перекриття правовладдя і окремих прав людини, як-от, наприклад, на справедливе судочинство або свободу вираження (п. 31) [15].

2.2 Соціально-функціональний вимір «верховенства права»

Як зауважує (мабуть, не без частки іронії) Б. Таманага, «видається, що, незважаючи на всі... суперечності, усі сторони погоджуються в одному єдиному пункті: в тому, що «верховенство права» є добрим для всіх. У західних країнах таке уявлення панує беззастережно» [13, с. 8–9]. Зайве нагадувати, що бути добрим для всіх – в сенсі сприйняття конкретних заходів як беззастережно «добрих» всіма індивідами і соціальними групи, в соціально-диференційованих і стратифікованих суспільствах неможливо. Ця обставина зменшує оптимізм стосовно універсальності ціннісного пізнання конкретного змісту «верховенства права», але аж ніяк не применшує значимості соціологічної демістифікації відповідного уявлення і аналізу його справжніх соціальних функцій. Провідними з них, на нашу думку, є дві: *легітимацийна* і *адаптивна (приспосувальна)*.

Легітимация являє собою складний, багаторівневий процес пояснення та виправдання існуючих соціальних відносин, рішень і дій органів публічної влади. Її суб'єктами є такі, що ведуть перманентну боротьбу за гегемонію, групи-носії відмінних соціальних інтересів, наділені різного роду ресурсами [16, с. 136–137, 179]. В ході цієї боротьби може йтися про легітимацию діяльності не тільки національних і наднаціональних органів влади, і навіть пропонованих такими органами механізмів офіційної легітимации такої діяльності, а також її принципів.

Класичне вираження зв'язку між легітимациєю і домінуванням, або ж пануванням (нім. – *Herrschaft*) містять праці М. Вебера, живий інтерес до яких сьогодні не зникає [17; 18]. Одним із трьох чистих типів легітимного панування є панування раціональне, або ж «легальне», засноване на *вірі* в легальність установлених порядків. Своєю чергою, найчистішим типом легального панування є панування за допомогою бюрократичного штабу управління, яке означає (в суспільних уявленнях. – *автори*) «панування формалістичної безособовості» [19, с. 35, 39, 45]. Спираючись на наведені засновки, можна стверджувати, що в модерних суспільствах уявлення про верховенство права неодмінно включають в себе ірраціональну складову і функціонують як своєрідна форма секулярної віри, сповідуваної її носіями щиро або й не дуже. Попри це, відповідна термінополука, як не дивно, покликана вказати на деякі раціональні підстави політико-правової організації суспільства. Органи влади, уповноважені офіційно тлумачи-

ти зміст верховенства права, тим самим наділені правом «виробляти і нав'язувати» (П. Бурдье) критерії легітимності актів суб'єктів владних повноважень і власної діяльності, здійснюваної від імені держави. Відтак, такими органами виробляються критерії легітимації розподілу в суспільстві соціальних благ як ресурсів домінування. Гадаємо, що один із найбільших парадоксів верховенства права полягає в тому, що воно є легітимаційною формулою панування безособовості, реалізованого, однак, не інакше аніж як за посередництвом суддівського корпусу. Відтак неминуча особистісність такої безособовості верховенства права зумовлює потребу в вірі у незалежність судової влади та в постійному підтриманні авторитету судових органів.

Іншим же – не менш важливим, генеральним і наскрізним напрямом використання терміносполуки «верховенство права» в аргументуванні юридичних рішень (найчастіше – правозастосовних та правоінтерпретаційних), є, як уже зазначалося, його пристосувальна (адаптивна) функція. Йдеться про пристосування юридичного регулювання передовсім до актуалізованих політико-економічних потреб та інтересів домінуючої частини суспільства, а також до змін у культурних та інших соціальних умовах реалізації цих потреб, які можуть спричинювати переоцінку співвідносних значимостей розподілюваних соціальних благ. Особливу цінність для такого пристосувального процесу має *відносна невизначеність* змісту вимог верховенства права.

Глибока соціальна вкоріненість змісту вимог верховенства права зумовлює появу емпірично орієнтованих розвідок розглядуваної проблематики. Так, в монографії американського правознавця П. Гаудера представлена егалітаристська концепція верховенства права та розроблена на її основі методологія оцінювання стану дотримання верховенства права в сучасних суспільствах [20]. Базовими елементами «сильної версії» верховенства права в його концепції є субстантивна загальність і рівність: «Якщо люди з найнижчих соціально-економічних класів уже не стосуються влади, то виникають довгострокові ризики для загальності правової системи» [20, с. 287], – зауважує цей дослідник.

Новозеландський і американський філософ права Дж. Волдрон торкається у своїх працях проблеми зважування соціальних цінностей, обговорюючи питання верховенства права в зв'язку з визначенням «міри власності». Він звертається до соціальних функцій і цілей верховенства права, зокрема, в контексті нагальних екологічних проблем. Дж. Волдрон критикує лібералістичні економічні уявлення, які асоціюються суто з моделлю очікувань інвесторів і яких нині дотримується Світовий банк [21].

Виявленню соціально-економічних передумов реалізації засад правовладдя в сучасному суспільстві присвячено, зокрема, публікації Р. Burgess [22]; В. Dima, F. Varna й М.-L. Nachescu [23]. Соціолого-теоретичних і практичних аспектів проблеми дієвості *the rule of law* торкаються: R. Deinhammer (розглядає верховенство права як ідеал політичної моралі) [24]; A. Buysse, K. Fortin, В. М. Leyh та J. Fraserm (пропонують ідею

побудови концепції «верховенства права знизу») [25], J. Sawicka (досліджує взаємозв'язок між *the rule of law* та активністю громадян у публічній сфері) [26].

2.3 Верховенство права і діалектика зважування цінностей

Кожна концепція верховенства права включає той чи інший набір *цінностей* і відповідних їм *принципів*. Останні ж у деонтично-регулятивному аспекті постають також і *вимогами*, звернутими як до органів публічної влади, так і до інших учасників правовідносин, які у своїй діяльності можуть, так чи інакше, порушувати права людини.

Особливості формулювання частини першої статті 8 Конституції України певною мірою спричинилися до того, що в українському правознавстві верховенство права іноді подається як принцип, який «містить в собі» як «складові», «складники» чи «елементи» (Рішення КСУ № 8-рп/2005 від 11.10.2005, № 2-р(П)/2021 від 28.04.2021, № 3-р/2017 від 21.12.2017, № 7-р/2018 від 11.10.2018, № 13-р/2020 від 27.10.2020) окремі вимоги, яким у доктрині надається статус «підпринципів». Із таким підходом складно погодитися, оскільки логіко-смысловий зв'язок між так званим «принципом верховенства права» та окремими «принципами верховенства права» не має характер зв'язку цілого та його частин, а натомість, має функціонально-цільовий характер. Це передбачає розуміння змісту верховенства права як цілі/цінностей, із досягненням/забезпеченням яких функціонально пов'язані інші принципи, що мають слугувати засобами реалізації згаданої цілі / цінності в державно-владній діяльності. З огляду на це верховенство права не може вважатися деяким «мега-» чи «мета-принципом» [27, с. 11; 28, с. 6; 29; 30, с.7]. Емпірично даний у практиці ЄСПЛ, а також частково – КСУ зміст мети/цінностей верховенства права свідчить, що нею є досягнення стану балансу між правами людини та суспільними інтересами, а не пріоритетне забезпечення індивідуальних прав людини. З огляду на це принципи (вимоги) верховенства права – ніщо інше, як ціннісно-оцінювальні й інтелектуально-вольові інструменти – діяльнісні засоби досягнення такого балансу.

Трансплантація концепту верховенства права в континентальні й міжнародні правопорядки призвела до відриву його смислу від соціо-культурного контексту і, зрештою, до збіднення конкретного змісту поняття, позначуваного відповідною терміносполукою. Це породило потребу певним чином операціоналізувати перелік вимог верховенства права, виробити засоби вимірювання рівня верховенства права в різних державах. Відповіддю на цей запит стало ухвалення органами РЄ документа «Мірило правовладдя» [15]. «Мірило» включає тести для оцінювання головним чином нормотворчих гарантій і частково – правозастосовної практики (п. 25) [15], вироблені на підставі стандартів інституцій РЄ та ЄС. Поряд із цим визнається, що «повне досягнення правовладдя все ще лишається поточним завданням навіть у країнах твердо вкоріненої демократії» (п. 29) [15]. Автори Доповіді й укладачі Мірила йшли шляхом виокремлення спільних принципів, які в практиці національних і міжнародних інститу-

цій розглядаються як стрижневі «елементи» верховенства права – як формальні, так і субстантивні: (1) законність; (2) юридична визначеність; (3) заборона свавільності; (4) доступ до правосуддя в незалежних і безсторонніх судах; (5) поважання людських прав; і (6) заборона дискримінації та рівність перед законом (Доповідь, п. 41) [2, с. 177].

Визнаючи неабияку значимість ухвалення розглядуваного документа, який, безумовно, являє собою крок вперед на шляху до більшої конкретизації змісту концепції верховенства права, порівняно із Доповіддю 2011 року, не можна не звернути увагу й на те, що згідно з Мірилом, воно «є ні вичерпним, ні остаточним: його мета – охопити стрижневі елементи правовладдя. З часом Мірило може зазнати змін та розвитку, аби охопити інші аспекти чи набути подальшої деталізації. Можуть виникнути нові питання, що обумовлюватимуть його перегляд» (п. 30) [15]. Запровадження еталонних тестів, які загалом підвищують рівень визначеності вимог верховенства права, не знімає повністю означену Р. Дворкіним проблему невизначеності, оскільки остання має структурний характер і викликана існуванням субстантивних, тобто – соціально-змістових складових розглядуваної концепції. Необхідність використання під час застосування вимог верховенства права процедури зважування, присутність серед вимог верховенства права контрарних, конкуруючих між собою принципів підживлює питання меж суддівського розсуду та нерідко – передбачуваності соціальних і політичних наслідків застосування вимог верховенства права. Це підтверджується, зокрема, практикою КСУ, в якій (на противагу, зокрема, усталеній практиці ЄСПЛ) поки що явно відчувається брак використання чітких алгоритмів і методик такого застосування.

У міжнародній і національній судовій практиці «верховенство права» як «парасолькове» уявлення пов'язується із відкритим переліком формально-процедурних і змістових вимог – підстав легітимації як тих рішень і дій органів законодавчої та виконавчої влади, які є об'єктами судового контролю, так і самої судової практики зі здійснення такого контролю. Ключовим, відтак, стає питання про наповнення конкретним соціальним змістом тих «формул оптимізації», якими слугують вимоги верховенства права. Це засвідчує виняткову роль ціннісно-оцінювальних процедур балансування значимостей соціальних благ (номінально йдеться про їхню значимість «для всіх», реально ж – для домінуючих соціальних груп) і вирішення суперечностей, що виникають під час такої діяльності.

Серед праць, присвячених теоретико-методологічним аспектам означеної проблематики, особливий інтерес становлять роботи Г. Радбруха [31] і Р. Алексі [32; 33]. Публікації обох знаних німецьких правознавців засвідчують певний евристичний потенціал кантіанських і неокантіанських підходів у розробці проблем верховенства права, демонструють можливості цих підходів у розкритті власної, відносно автономної логіки юридичного поля.

Так, у концепції Радбруха визначено базові принципи верховенства права, між якими існує діалектична напруга: юридична визначеність і справедливість.

Є підстави для висновку, що нормативний зміст кожного із виокремлених Радбрухом принципів виражає а) відносно автономність юридичної системи стосовно інших систем соціальної регуляції (вимога юридичної визначеності); б) змістовий зв'язок юридичної системи із іншими соціорегулятивними системами (вимога справедливості). Як видається, практика ЄСПЛ підтверджує слухність ідей Г. Радбруха: в ній, з одного боку, набуло поширення поняття належного балансу (*fair balance*) інтересів (в базі HUDOC лише в практиці Великої Палати ЄСПЛ є 487 рішень, в обґрунтуванні яких використовується це поняття), а, з іншого – відбувається постійне зважування формальних і матеріальних вимог верховенства права.

Важливою заслугою Р. Алексі є, зокрема, розробка формально-структурних аспектів методології балансування цінностей. Виведений Алексі закон зважування («правило балансування») звучить так: чим вищий ступінь невиконання або зменшення значимості одного принципу, тим більшою мусить бути важливість виконання іншого [33, с. 251]. Деталізацією правила балансування є формула зважування, яка визначає вагу конфлікуючих принципів відносно один одного в окремій справі, враховуючи абстрактну вагу обох принципів, інтенсивність втручання в один із цих принципів, міру порушення іншого і надійність емпіричних припущень [34, с. 93].

Тут, однак, не можна не згадати про відоме вразливе місце підходів кантіанського спрямування: формалізм та надмірна абстрагованість. На противагу цьому, шлях до досягнення дійсної ролі впливу соціально-емпіричних факторів на способи інтерпретації «верховенства права», до осмислення правового розвитку в єдності форм правового буття і правового мислення відкриває діалектичний підхід. З позицій діалектики державно-владна діяльність, яка отримує назву «застосування вимог верховенства права», є за своєю соціальною сутністю нічим іншим як специфічною ціннісно-оцінювальною формою розподілу соціальних благ. Всезагальною ж і, в той же час, – і найбільш конкретною (Е. Ільєнков) формою зважування цінностей є судова (незалежно від того, як саме називаються ті органи чи посадові особи, які її здійснюють) діяльність.

Отже, вимоги верховенства права набувають свій реальний юридичний зміст саме в процесі зважування значимостей соціальних благ. Таке зважування, своєю чергою, відбувається у контексті специфічних обставин справи, за певних емпіричних соціальних умов, під впливом дії низки культурно-цивілізаційних, психологічних та інших чинників, серед яких суттєву роль відіграють інституційний контекст, досвід, переконання, установки суддів й поділювані ними забобони тощо (п. 34) [15]. Як наголошується в Мірилі, «при оцінюванні слід зважати на весь контекст питання та уникати будь-якого механічного застосування конкретних складових Мірила» (п. 27). Звідси випливає, що й конкретно визначати поняття верховенства права можливо не на основі деякого апріорно проголошеного й соціально беззмістовного блага чи ідеалу (будь то «демократія», «права людини»

чи «природна справедливість»), а на підставі аналізу соціальної сутності державно-владної діяльності із балансування соціальних цінностей, яка зовні зазвичай набуває форм встановлення і застосування вимог верховенства права.

Трансформації політичних, економічних і культурних відносин зумовлюють потребу в динамічному пристосуванні юридичних інститутів до триваючих соціальних змін і особливостей конкретних розподільчих ситуацій, що виникають у державно-владній діяльності. При цьому конфлікти змінюваних соціальних цінностей та інтересів стають джерелами суперечності між *принципами юридичної визначеності та справедливості*. Так, з одного боку, йдеться про дотримання вимог позитивного права (*принцип юридичної визначеності*), а з іншого – про легітимність такого дотримання, зумовлюваної уявленнями панівних соціальних груп про належний розподіл благ та їхню співвідносну значущість (*принцип справедливості*). Означені суперечності ж, своєю чергою, потребують пристосувального (п. 60 Мірила) застосування вимог верховенства права як балансувальних принципів та їх динамічного й діалектичного, тлумачення в нормотворчості і судовій практиці, завданнями яких є підтримка соціальної стабільності балансу потреб та інтересів. При цьому навіть «нові ситуації можуть бути достатньою підставою для законодавчих змін, що спричиняють виникнення відчуття краху легітимних очікувань у виняткових випадках» (п. 61).

Сьогодні є доволі очевидним, що у національній правовій системі загрози для реалізації вимог верховенства права є не тільки екзогенними, але й ендогенними [35]. Ці загрози можуть ставати результатом функціонування самої правової системи, яка регулярно сповідуючи свою прихильність до верховенства права, водночас також створює та підтримує правила, які підривають саму цінність цього принципу. Особливо значними можливостями вибору юридичних засобів для нейтралізації окремих вимог верховенства права наділені суди [35]. Тому саме на судочинство покладається особлива відповідальність у сфері забезпечення динамічної рівноваги значимостей розподілюваних благ, здійснення постійної оцінки й переоцінки такої значимості. Як свідчить міжнародна судова практика, умовами, що уможливають певну передбачуваність у застосуванні вимог верховенства права і, тим самим, деяке обмеження правозастосовного свавілля, є: 1) формально-структурна визначеність низки вимог верховенства права; 2) алгоритмізація інтелектуальних процедур їх застосування та 3) певна усталеність відповідної судової практики.

Алгоритми застосування вимог верховенства права, вироблені ЄСПЛ та імплементовані сьогодні в законодавство України, виявляють зв'язок між формальними і матеріальними вимогами цього принципу. Чи не найбільш рельєфно це дістає прояв в антидискримінаційному тесті, який включає в себе матеріальні елементи: тест на порівнянність і тест на пропорційність [36, с. 494–506; 37, с. 99–100, 104]. На жаль, про зв'язок між обома тестами практично не згадує спеціалізований орган конституційної юрисдикції в Україні. Попри це, саме така двоєдина, формально-матеріальна структура тесту не тільки заперечує антагоніс-

тичне протиставлення юридичної рівності рівності фактичній. Така структура засвідчує діалектичну єдність прийомів зрівнювання й диференціації як засобів здійснення дискреційної влади номінації (П. Бурдьє). Ця влада реалізується у віднесенні людей до соціальних груп, в оцінюванні окремих груп як таких, що підлягають, або ж, навпаки – не підлягають порівнянню з іншими групами, а відтак – в оцінці наявності підстав для правового захисту.

Характерною ілюстрацією широти політичного розсуду під час процедури застосування тесту може слугувати наступна юридична позиція КСУ, сформульована в Рішенні від 14.07.2021 № 1-р/2021: «...«російськомовні громадяни» України не становлять одноцільної соціальної одиниці – такої, що як група осіб (коло осіб) має право на юридичний захист як етнічна або мовна одиниця (група), а є політичним конструктом, а не юридичною категорією, на яку може поширюватися режим юридичного захисту, гарантований відповідними приписами Конституції України та інструментів міжнародного права» (абз. 3 п. 5 мотивувальної частини). Усвідомлюючи всю гостроту сучасного політичного контексту проблеми і виняткову значимість політики дерусифікації для успіху в боротьбі за незалежність нашої держави, зауважимо, тим не менш, що наведена теза являє собою ніщо інше як приклад суто формального й відверто політико-інструментального підходу до використання вимог верховенства права – у спосіб, який вочевидь не узгоджується з європейськими стандартами балансування інтересів мовно-культурних груп суспільства (пор.: Висновок Венеційської комісії від 9.12.2019 № 960/2019, пп. 132–140).

Звернення до принципу верховенства права для обґрунтування взаємовиключних політичних і правових позицій свідчить про значний маніпулятивний потенціал вказаного принципу, який використовується в практиці національного конституційного судочинства, зокрема й в Україні (Рішення КСУ № 22-рп/2003 від 25.12.2003, 20-рп/2010 від 30.09.2010, № 1-рп/2016 від 15.03.2016, № 7-р/2020 від 11.06.2020, № 13-р/2020 від 27.10.2020 та ін.). Це дозволяє вважати, що іноді термінологічна конструкція «верховенство права» є не більш аніж правовим евфемізмом, за допомогою якого намагаються виправдати необхідність (реальну або ж удавану) для політичних гравців вийти за межі вимог формальної законності і буквального розуміння змісту конституційних приписів [4, с. 158].

ВИСНОВКИ

З урахуванням усього викладеного вище можна запропонувати наступне визначення поняття верховенства права як конкретно всезагальної діалектичної категорії: *це встановлювана у судовій практиці динамічна рівновага (баланс) значимостей конкуруючих інтересів різних учасників правовідносин. Такий баланс досягається й підтримується в процесі оцінювання, «зважування» згаданих інтересів, які, своєю чергою, постійно змінюються і розвиваються.* Специфічною морально-правовою вимогою такого зважування слугує принцип

пропорційності.

Структурні особливості концепцій верховенства права зумовлюють притаманну їм соціальну й морально-політичну амбівалентність. З одного боку, поєднання формальних і ціннісно-моральнісних вимог, невичерпність їхнього переліку (яка, своєю чергою, пояснюється змінюваністю суспільних запитів та інтересів) надають концепціям верховенства права необхідної гнучкості та соціальної адаптивності. З іншого ж боку, – ці ж чинники, слугуючи засобами реалізації потребованих підходів судової практики до трактування вимог верховенства права, належать також і до джерел основних проблем у їх застосуванні.

Отже, аби просуватись далі на шляху до розв'язання проблем соціальної дієвості вимог верховенства права та вивчення їхніх соціальних функцій, варто уникати як рожевих окулярів правового ідеалізму, так і крайнощів правопізнавального скепсису.

У найзагальнішому ж вигляді можна резюмувати, що у практичному юридичному регулюванні безпосереднє посилення на верховенство права (особливо за умов швидких соціальних змін, перетворень) покликане сприяти адаптації такого регулювання до потреб та інтересів, котрі – з тих чи інших причин – не знайшли відображення в актах позитивного права.

Отож можна стверджувати, що у певному сенсі поняття верховенства права може відігравати в юридичному регулюванні таку ж роль, яку здатне відігравати гранично оціночне поняття «справедливість». Адже не випадково вважається, що саме остання є стрижнем верховенства права.

Втім будь-які оціночні поняття використовуються у практичній юриспруденції задля того, аби забезпечити її адаптивність (гнучкість, пристосовуваність) до соціальних змін. І поняття «верховенство права» не становить винятку у цьому аспекті.

Водночас не можна не відзначити неминучу суперечність означеної ролі (функції) апеляції до верховенства права одній з його визначальних вимог: вигоди юридичної визначеності. Долати таку суперечність можливо застосовуючи діалектичні закони єдності і конкуренції («боротьби»).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Рабінович П. М., Луців О. М., Добрянський С. П., Панкевич О. З., Рабінович С. П. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики. Львів : Сполом, 2016. 200 с.
- [2] Доповідь «Верховенство права», схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). *Право України*. 2011. № 10. С. 168–184.
- [3] Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions (2021). Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union COM/2021/700 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1634551652872&uri=CELEX%3A52021DC0700> (дата звернення: 23.02.2022).

- [4] Рабінович С. П. Деякі проблеми посилання на верховенство права в конституційно-правовій аргументації. *Право України*. 2016. № 8. С. 150–159.
- [5] Вовк Д., Барабаш Ю. «У судей есть политическое чутье». Юриспруденция Конституционного Суда Украины в политически чувствительных делах. *Ideology and Politics Journal*. 2021. № 2 (18). С. 312–334. URL: <https://www.ideopol.org/wp-content/uploads/2021/12/13.-ENG.-Vovk-Barabash-final.pdf>
- [6] Rabinovych P. M., Rabinovych S. P., Pankevych O. Z. Integration of legal understanding as a methodological issue. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. № 28(3). P. 47–55.
- [7] Napla M. Theory of Needs as Justification of Human Rights: Current Approaches and Problems of Uncertainty and Normativeness. *The Age of Human Rights Journal*. 2018. Vol. 10. P.1–21.
- [8] Сergygin C. B. Верховенство права в Україні: проблеми розуміння та застосування. Дніпропетровськ : Грані, 2014. 121 с.
- [9] Куровська І. А. Верховенство права в сучасному міжнародному праві: актуальні питання. Київ : Людмила, 2019. 502 с.
- [10] Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри; передмова: Головатий С.; упорядники та автори коментарів: В. Венгер, С. Головатий, А. Засць, Є. Зверев, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». Київ, 2021. 152 с.
- [11] Погребняк С. П. Верховенство права в Україні: передумови та перспективи. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 29–36.
- [12] Головатий С. «Верховенство права» не працює. Коментар до тексту документа Венеційської Комісії «Доповідь про правовладдя» («Report on the Rule of Law»), що її ухвалено на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року (CDL-AD(2011)003rev). *Право України*. 2019. № 11. С. 39–82.
- [13] Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.
- [14] Панкевич О. З. Лібералізм як основа європейської політико-правової філософії сучасності (до постановки питання). *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2014. Вип. 2. С. 449–459.
- [15] Мірило правовладдя, ухвалено Венеційською Комісією на 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 року). CDL-AD(2016)007-ukr. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-ukr)
- [16] Шульга А. Легитимация и «легитимация»: феноменологический анализ. Киев : Ин-т социологии НАН Украины, 2012. 208 с.
- [17] Rubin Z. 'Group Held Values' as Legitimate Domination: A Critique of Weber's Typology of Authority in an Intentional Community. *Max Weber Studies*. 2020. Vol. 20(2). P.142–167.
- [18] Fitz G. Max Weber's concept of 'modern politics'. *Journal of Classical Sociology*. 2019. Vol. 19(4). P. 361–376.
- [19] Вебер М. Типы господства. *Личность. Культура, общество*. 2008. Вып. 1 (40). С. 31–47.
- [20] Гаудер П. Верховенство права в реальному світі. Харків : Право, 2018. 392 с.
- [21] Уолдрон Дж. Верховенство права и мера собственности. Москва : Изд-во Института Гайдара, 2020. 144 с.

- [22] Burgess P. The rule of law: beyond contestedness. *Jurisprudence*. 2017. Vol. 8. Issue 3. P. 480–500.
- [23] Dima B., Barna F., Nachescu M.-L. Does rule of law support the capital market? *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*. 2018. Vol. 31. Issue 1. P. 461–479.
- [24] Deinhammer R. Vladavina prava: vrline i granice. *Obnovljeni Život*. 2019. Vol. 74 (1). P. 33–44.
- [25] Buyse A., Fortin K., Leyh B. M., Fraser, J. The Rule of Law from Below – A Concept Under Development. *Utrecht Law Review*. 2021. Vol. 17(2). P. 1–7.
- [26] Sawicka J. Does a Democratic Rule of Law Create Opportunity for Civic Engagement? *Krytyka Prawa. Niezależne Studia Nad Prawem*. 2019. Vol. 11(1). P. 150–163.
- [27] Братасюк М., Росоляк О. Співвідношення принципу верховенства права та принципу законності. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. Вип. 1 (13). С. 11–17.
- [28] Верховенство права: традиція доктрини і потенціал практики / М. Г. Патеї-Братасюк, В. Д. Гвоздецький, О. Г. Мурашин та ін. Київ : Вид-во Європейського університету, 2010. 536 с.
- [29] Головатий С. П. Верховенство права: ідея, доктрина, принцип : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. 44 с.
- [30] Цувіна Т. А. Принцип верховенства права у цивільному судочинстві: теоретико-прикладне дослідження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. 39 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/TsvivinaT/a_TsvivinaT.pdf
- [31] Радбрух Г. Філософія права. Київ : Тандем, 2006. 316 с.
- [32] Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford : Oxford University Press, 2002. 506 p.
- [33] Alexy R. Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation. In: M. Becker / R. Zimmerling (Hg.). *Politik und Recht*. Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36. 2006. S. 250–258.
- [34] Максимов С. І. Філософія права Роберта Алексі. *Вісник Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія*. 2016. Вип. 1(28). С. 89–97.
- [35] Shinar A. One rule to rule them all? Rules of law against the rule of law. *The Theory and Practice of Legislation*. 2017. Vol. 5(2). P.149–170.
- [36] Рабінович С. П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2010. 576 с.
- [37] Рабінович С., Панкевич О. Тест на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини: оцінювальні аспекти. *Право України*. 2017. №4. С. 97–107.

REFERENCES

- [1] Rabinovych, P. M., Lutsiv, O. M., Dobrianskiy, S. P., Pankevych, O. Z., & Rabinovych, S. P. (2016). *The principle of the rule of law: problems of theory and practice*. Lviv: Spolom.
- [2] Report on the rule of law – Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). *Law of Ukraine*, 10, 168–184.
- [3] Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions (2021). Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union COM/2021/700 final. Retrieved from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1634551652872&uri=CELEX%3A52021DC0700>

- [4] Rabinovych, S. P. (2016). Some problems refer to the rule of law in the constitutional and legal argumentation. *Law of Ukraine*, 8, 150–159.
- [5] Vovk, D., Barabash, Iu. (2021). «Justices have a political sense.» The Constitutional Court of Ukraine’s jurisprudence in politically sensitive cases. *Ideology and Politics Journal*, 2 (18), 312–334. Retrieved from: <https://www.ideopol.org/wp-content/uploads/2021/12/13.-ENG.-Vovk-Barabash-final.pdf>
- [6] Rabinovych, P. M., Rabinovych, S. P., & Pankevych, O. Z. (2021). Integration of legal understanding as a methodological issue. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 47–55.
- [7] Hapla, M. (2018). Theory of Needs as Justification of Human Rights: Current Approaches and Problems of Uncertainty and Normativeness. *The Age of Human Rights Journal*, 10, 1–21.
- [8] Seryogin, S. V. (2014). *The rule of law in Ukraine: problems of understanding and application*. Dnepropetrovsk: Grani.
- [9] Kurovskaya, I. A. (2019). *The rule of law in modern international law: current issues*. Kyiv: Lyudmyla.
- [10] Wenger, V., Holovaty S., Zaiets, A., Zverev, E., Koziubra, M., Matveeva, Y., & Tseliev, O. (2021). *Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine*. Kyiv: Center for the Study of the Rule of Law and its Implementation in the National Practice of Ukraine of the National University «Kyiv-Mohyla Academy».
- [11] Pogrebnyak, S. P. (2013). The rule of law in Ukraine: prerequisites and prospects. *Philosophy of law and general theory of law*, 1, 29–36.
- [12] Holovaty, S. (2019). «Rule of Law» does not work. Commentary to Venice Commission «Report on the Rule of Law», adopted at the 86th Plenary Meeting, March 25–26, 2011 (CDL-AD(2011)003rev). *Law of Ukraine*, 11, 39–82.
- [13] Tamanaga, B. (2007). *On the rule of law. History, Politics, Theory*. Kyiv: Kyiv-Mohyla Academy Publishing House.
- [14] Pankevych, O. Z. (2014). Liberalism as the basis of European political and legal philosophy of today (before the question). *Scientific Bulletin of Lviv State University of Internal Affairs. The series is legal*, 2, 449–459.
- [15] Rule of Law checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session (Venice, 11–12 March 2016). CDL-AD(2016)007-ukr. Retrieved from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-ukr)
- [16] Shulga, A. (2012). *Legitimation and «legitimation»: phenomenological analysis*. Kyiv: Institute of Sociology of the National Academy of Sciences of Ukraine.
- [17] Rubin, Z. (2020). ‘Group Held Values’ as Legitimate Domination: A Critique of Weber’s Typology of Authority in an Intentional Community. *Max Weber Studies*, 20(2), 142–167.
- [18] Fitzi, G. (2019). Max Weber’s concept of ‘modern politics’. *Journal of Classical Sociology*, 19(4), 361–376.
- [19] Weber, M. (2008). Types of domination. *Personality. Culture. Society*, 1 (40), 31–47.
- [20] Gowder, P. (2018). *Rule of law in the real world*. Kharkiv: Law.
- [21] Waldron, J. (2020). *The rule of law and the measure of property*. Moscow: Publishing House of the Gaidar Institute.
- [22] Burgess, P. (2017). The rule of law: beyond contestedness. *Jurisprudence*, 8:3, 480–500.
- [23] Dima, B., Barna, F. & Nachescu, M.-L. (2018). Does rule of law support the capital market? *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 31:1, 461–479.
- [24] Deinhammer, R. (2019). Vladavina prava: vrline i granice. *Obnovljeni Život*, 74 (1), 33–44.

- [25] Buysse, A., Fortin, K., Leyh, B. M. & Fraser, J. (2021). The Rule of Law from Below – A Concept Under Development. *Utrecht Law Review*, 17(2), 1–7.
- [26] Sawicka, J. (2019). Does a Democratic Rule of Law Create Opportunity for Civic Engagement?. *Krytyka Prawa. Niezależne Studia Nad Prawem*, 11(1), 150–163.
- [27] Bratasyuk, M., Rosoliak, O. (2018). Relationship between the rule of law and the principle of legality. *Current issues of jurisprudence*, 1(13), 11–17.
- [28] Patey-Bratasyuk, M. G., Gvozdetsky, V. D., Murashin, O. G. et al. (2010). *The rule of law: the tradition of doctrine and the potential of practice*. Kyiv: European University Press.
- [29] Holovaty, S. P. (2009). *The rule of law: idea, doctrine, principle*. (Doctoral thesis, Kyiv, Ukraine).
- [30] Tsvina, T. A. (2021). *Principle of Rule of Law in Civil Procedure: Theoretical and Practical Study*. (Doctoral thesis, Kharkiv, Ukraine).
- [31] Radbruch, G. (2006). *Philosophy of Law*. Kyiv: Tandem.
- [32] Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford : Oxford University Press.
- [33] Alexy, R. (1985). Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft NF*, 25, 13–29.
- [34] Maksymov, S. I. (2016). The Legal Philosophy of Robert Alexy. *The Bulletin of Yaroslav Mudryi National Law University. Series: Philosophy, Philosophies of Law, Political Science, Sociology*, 1(28), 89–97.
- [35] Shinar, A. (2017). One rule to rule them all? Rules of law against the rule of law. *The Theory and Practice of Legislation*, 5:2, 149–170.
- [36] Rabinovych, S. P. (2010). *Natural legal approaches in legal regulation*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs.
- [37] Rabinovych, S., Pankevych, O. (2017). Test for non-discrimination in the practice of the European Court of Human Rights: evaluative aspects. *Law of Ukraine*, 4, 97–107.

Петро Мойсейович Рабінович

Доктор юридичних наук, професор
Академік Національної академії правових наук України
Національна академія правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Професор кафедри теорії та філософії права
Львівський національний університет імені Івана Франка
79000, вул. Університетська, 1, Львів, Україна

Сергій Петрович Рабінович

Доктор юридичних наук, професор
Професор кафедри конституційного права
Львівський національний університет імені Івана Франка
79000, вул. Університетська, 1, Львів, Україна

Олег Зіновійович Панкевич

Кандидат юридичних наук, доцент

Доцент кафедри загально-правових дисциплін
Львівський державний університет внутрішніх справ
79000, вул. Городоцька, 26, Львів, Україна

Petro M. Rabinovych

Doctor in Law, Professor
Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

Serhii P. Rabinovych

Doctor in Law, Professor
Professor of the Department of Constitutional Law
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

Oleh Z. Pankevych

Ph.D. in Law, Associate Professor
Department of General Legal Disciplines
Lviv State University of Internal Affairs
79000, 26 Horodotska Str., Lviv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Рабінович П. М., Рабінович С. П., Панкевич О. З. Пошук верховенства права як балансування соціальних інтересів. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. №3. С. 15–35.

Suggested Citation: Rabinovych, P. M., Rabinovych, S. P., & Pankevych, O. Z. (2022). The search for the rule of law as a balance of social interests. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 15–35.

Стаття надійшла / Submitted: 12.03.2022
Доопрацьовано / Revised: 11.08.2022
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

Галина Володимирівна Лаврик

Кафедра правознавства
Вищий навчальний заклад Укоопспілки
«Полтавський університет економіки і торгівлі»
Полтава, Україна

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА (ПРАВОВЛАДДЯ) В УМОВАХ, ЩО СПРИЯЮТЬ ЗАПОБІГАННЮ СВАВІЛЬНОМУ ВТРУЧАННЮ ВЛАДИ У ПРАВА ЛЮДИНИ

Анотація. У статті розкривається ціннісний потенціал верховенства права в умовах, що сприяють процесу змістовного наповнення та розвитку принципу запобігання свавільному втручання органів влади, напрям і спрямованість якого визначаються безумовним пріоритетом прав людини. Вони стають тим орієнтиром, під впливом якого будується і оснащується юридичними засобами вітчизняна правова система, налагоджується взаємодія із урядовою системою, заснованою на здійсненні широкої довірливої або дискреційної влади. Наголошується на особливостях впровадження принципу запобігання свавільному втручання органів влади, обумовлених специфікою встановлення підстав, передбачення варіативності реалізації дискреційних повноважень цих органів, а також меж, способів, умов (обставин) такої реалізації задля досягнення рівноваги між публічними і приватними інтересами. Звертається увага на необхідність забезпечення міцності логічної конструкції «дискреція – реалізація – публічні і приватні інтереси» в разі виникнення в демократичному суспільстві потреби в обмеженні прав і свобод людини. Метою дослідження є розгляд важливого елемента верховенства права (правовладдя), зміст якого полягає в передбаченні національним законодавством правових засобів захисту від свавільного втручання органів влади у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, а також здійснення кроків в напрямі визначення найприйнятнішого для правової системи України, варіанту вимог цього принципу, з поміж яких особливе місце відводиться забезпеченню достатності повноважень владних інститутів та їх посадових осіб. Підґрунтям для цього слугують історико-герменевтичні, ціннісні (аксіологічні) уявлення про походження та рівень практичної застосовності вимог щодо запобігання (недопущення) надмірному втручання органів влади в права людини в умовах конкретного суспільства і держави, спеціальні юридичні (порівняльно-правові, аналітичні) методи.

Ключові слова: верховенство права, права людини, принципи, запобігання свавілля, публічні і приватні інтереси, дискреція.

Halyna V. Lavryk

Department of Law
Higher Educational Establishment of Ucoopsilka
«Poltava University of Economics and Trade»
Poltava, Ukraine

RULE OF LAW UNDER CONDITIONS PROMOTING PREVENTION OF UNWARRANTED INFRINGEMENT ON HUMAN RIGHTS BY AUTHORITIES

Abstract. *The article reveals the value potential of the rule of law under the conditions that promote the process of content acquisition and development of the prevention principle of unwarranted infringement on human rights by authorities. Its direction is defined with absolute precedence of human rights. They are converted into the benchmark, which affects the development of domestic legal framework and provides it with relevant legal remedies. It arranges the interaction with the government system, which is based on the exercise of wide arbitrary or discretionary power. The author focuses on the introduction peculiarities of the prevention principle of unwarranted infringement by authorities caused by the specifics of reason definition, stipulation of varied implementation of discretionary powers by these authorities as well as the limits, ways, and conditions (circumstances) of such implementation aimed at the balancing private and public interests. The attention is concentrated on the need for the provision of strong and clear structure «discretion – implementation – public and private interests» provided the need for the restriction of human rights and freedoms arises in democratic society. The research is aimed at the consideration of the important element of the rule of law. Its content comprises national law stipulation of legal remedies against unwarranted infringement on the rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as taking steps towards the definition of the version of this principle requirement that is the most appropriate for the Ukrainian legal system. The provision of adequate authority to government institutions and officials takes a particular place in this hierarchy. On the one hand, it should be based on the historic hermeneutic ideas and values (axiological concepts) concerning the origin and practical application of the requirements on the prevention (avoiding) of unwarranted infringement on human rights by the authorities implemented within a particular society and state. On the other, it should involve specific legal (comparative legal and analytic) remedies.*

Keywords: *rule of law, human rights, principles, prevention of arbitrary actions, public and private interests, discretion.*

INTRODUCTION

The experts of Rule of Law Research Centre at National University of Kyiv Mohyla Academy supported by the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission) and the Council of Europe Office in Ukraine have carried out the applied research of practical tools for the implementation of the rule of law and its components. It has resulted in the preparation of the special manual «Rule of law

checklist at national level: case of Ukraine». It comprises a detailed list of criteria presented with the set of questions essential for the evaluation of the state of the rule of law in both law-making and enforcement activities. In addition, this manual contains the algorithm for searching better forms and methods to evaluate the state of the rule of law. According to the authors, it shall be a continuous process of daily use of the regulations of the law combined with the awareness of the essence and content of the rule of law and its components. In this case modern concept of the rule of law dominates. It is treated as a phenomenon closely connected with a human, his or her rights and freedoms as a versatile value regardless nations, ideologies, religions, etc [1, p. 24–25].

Deeper research of human rights, their content and scope is automatically launched by the construction of the rule of law in the context of human rights as well as an inevitable interdependence of scientific achievements in this area, organization of public authority, and identification of the essence of the rule of law on the basis of dialectical connection of «componential» and «integral» approaches [2, p. 13]. That, in its turn, produces quite a different concept of human rights, compared to the one that had to be created in the minds of the representatives of communitarian camp [3, p. 73]. Due to the efforts of prominent German scientist, Robert Alexy this concept of human rights is represented by sufficient and necessary discursive and theoretical arguments, including the arguments for not only private but also public autonomy of human rights. Among them, there is an argument for democracy, which *prima facie* indicates the necessity for the existence of the legal framework with particular content and structure [3, p. 85, 95–96]. All of them are actually intended to contradict one of the most important meanings and contexts and the entire concept of the rule of law by reputable English scientist constitutionalist Albert Dicey, which is presented in his fundamental work «Introduction to the Study of the Law of the Constitution». First, the scientists treated the rule of law as some kind of opposition to any government system based on the exercise of wide and unwarranted arbitrary power by the officials [4, p. 141].

As for now, there is a huge array of international instruments and patterns of theoretical ideas. Due to them the rule of law acquires peculiar construction in the manner typical for «common heritage of political traditions, ideals, and freedoms» [5], European values [6, p. 70]. This phenomenon can be also explained by some powerful impulses [7, p. 743, 764, 783, 785–791; 8, 544, 571, 573; 9], integral orientation of all the states to the restriction of the abuse of power, and provision of adequate protection against it [10, p. 180, 185, 189, 191], etc.

Despite this fact, the development of compulsory international standards in the area of human rights still requires new sense features of the rule of law. They should be considered in case of the need and opportunity for the identification of practical application of its elements only for the formulation of human right problem in terms of the state and putting it to the agenda [11, p. 209].

Our research considers the important element of the rule of law, which concerns the national law stipulation of legal remedies for unwarranted infringement by authorities

on the rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter Convention). Moreover, the steps towards the determination of the most appropriate variant of these principle requirements for the Ukrainian legal framework are taken. The provision of the sufficiency of the powers of government institutions and their officials takes a special position among these requirements.

1. MATERIALS AND METHODS

In order to reach this aim, the historical and hermeneutical, value-based (axiological) ideas and concepts about the origin and level of practical application of the requirements for the prevention (avoiding) of the excessive authority infringement on human rights within a particular society or state are examined. As well as specific legal (comparative legal and analytic) remedies are involved.

The experience of reputable expert bodies and institutions in modern democratic society, which have been studying the value potential of the rule of law in terms of its implementation into law-making and enforcement activities of varied components of this principle alongside with the preventive measures of disproportionate restrictions of human rights [12; 13], shows high efficiency of such an approach. Since it provides the development of clear and reliable theoretical ground for the establishing and genuine implementation of its efficiency under modern human-centred globalisation transformations [14, p. 143, 154].

The use of heuristic value of scientific, philosophic and special legal methods allows us to consider the opportunity for further consideration of principal requirements for the prevention of arbitrary power while drafting domestic law, developing the methods of public and government administration of a society as well as political and legal system of public life with its own unique atmosphere.

2. RESULTS AND DISCUSSION

Recognition and clear perception of unconditional precedence of human rights and freedoms take place together with the preservation of the principle of the rule of law. It incorporates new constructive and prospective elements, which are primarily directed to the real achievement of mutual state and individual responsibility, legal equality of not only the citizens but also the citizens and the state. Primarily, this equality prioritizes essential human rights in terms of the rights of any community (social group or class, nation, religious denomination, etc.), human rights in the context of the state rights. It also guarantees and protects human and citizen rights and freedoms; provides the conditions for their full enjoyment [15, p. 445] as well as for the other existing requirements mediated by this theoretical and applied aspect of public responsibilities. It is quite an obvious fact, that the list of such requirements includes not only the inadmissibility of violations or disproportionate restrictions of human rights but also the provision of the opportunities for their implementation.

The principle of the rule of law is established by the long-term practice of law-making and law enforcement within different legal frameworks. It produces an important element, whose sense lies in the fact that «national law shall stipulate legal remedies for the protection from the arbitrary infringement by the state authorities on the rights guaranteed by the Convention» (see together with the other sources the judgement of the European Court of Human Rights (hereafter – ECLJ) in the case of Hasan and Chaush v. Bulgaria on 26 October 2000, application № 30985/96, p. 84) [16]. The statement of the requirements for «the prevention of arbitrary power» in ECLJ decisions is primarily based on the provision of accessibility, clarity of the formulation of the national law provisions, the predictability of their exercise by defining particular grounds and reasons for granting powers to state authorities and their officials in terms of solving basic issues connected with the human rights and freedoms as well as setting limits for the exercise of such powers.

It should be mentioned here, that the interpretation of the common and well-known phrase «provided by law» («according to the law», «under the law») is used as above all for the national law with the sufficient level of predictability concerns «the relevant instructions to the persons in terms of the conditions and circumstances under which the authorities will have the right to resort to measures which will cause the consequences concerning their rights according to the Convention» (see together with the other sources, the Judgment of ECLJ in case «Olexandr Volkov v. Ukraine» on 9 January 2013, application No 21722/11, p. 170) [17].

In the interpretation of this phrase ECLJ appeals to the law quality, repeatedly setting the requirements for the law to be «accessible to all the interested persons and formulated clearly enough to provide them with the opportunity to regulate their conduct in order to be able to – if the need arises or in case of appropriate consultations – predict to the extent, reasonable under relevant circumstances, the consequences of his or her actions» [18] and meet the principle of the rule of law [19]. It is stressed that for the issues concerning the basic rights, granting legal discretion to the executive authorities in the form of unlimited powers would be incompatible with the principle of the rule of law, which is one of the major principles of a democratic society guaranteed by the Convention. Accordingly, the law shall clearly determine the limits of such discretion granted to the competent authorities and the procedure for its exercising [19; 20]. The attention is focused on the need for the existence of specific procedural safeguards in this context. However, in this key the type and character of the required safeguards will depend to some extent on the character and scope of this infringement [20].

In such a way, the content acquisition and further development of the principle of prevention of authority arbitrary actions take place with the consideration of the sense of the concept «the rule of law» or spirit of legality domination suggested by one of the founders of its theoretical substantiation, professor of Oxford University Albert Dicey at the end of the 19th and beginning of the 20th centuries. The application of articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms of 1950 by ECLJ as well as the activity of other bodies of the Council of Europe connected with the application and implementation of the relevant judgements and decisions by ECLJ are accompanied with the ascertaining whether the general provisions (formulations) of the national law are compliant with the Convention. In addition, on the one hand, they should meet common qualitative requirements for the law and correspond to the principle of the rule of law. According to the qualitative requirements for the law, the national law must be accessible enough, clearly drafted and formulated and quite predictable as for its exercise.

The existence of general prohibition of the state infringement on the person's exercise of the rights under these articles can be substituted for the infringement on these rights that can occur only in case of taking into account «the absolute precedence of objective right contrasted to the impact of arbitrary actions». This idea concurrently «excludes any arbitrary actions, prerogative power or even discretionary power of the government» [4, p. 147, 152].

Considering the nature and exercise of discretionary power in terms of different governmental activities most of modern domestic and foreign scientists and practitioners tend to treat them according to the formula «power» as «right and duty combination which can be exercised in public interests only» [21, p. 259]. They are ready to assume the occurrence and existence of discretionary powers mainly in case of the need for balancing out the requirements of public interest and protection of human rights in the context of the application of article 1 of the 1st Protocol of the Convention [22].

Turning to the sense of the concept «interest» developed by the mankind, special importance of the protection of rights, freedoms and interests in the area of public relations, where national interests, national security interests, interests of the economic well-being, interests of territorial integrity, public order, health and morality of the population, political, economic, social and cultural interests, interests of society, interests of all the compatriots, citizen's interests, state interests, common interests of village, settlement and town communities, etc. [23], the Grand Chamber of the Supreme Court comes to the definition of «public interest» as the needs, important for the significant number of individuals and legal entities, and met by the subjects of public administration in accordance with the legally defined jurisdiction [24]. Therefore, according to the opinion of the Supreme Court judges, public interest is nothing but the specific body of private interests [24].

On the basis of the tradition of the rule of law, we may expect practically *nemine dissentiente* in the scientists' ideas that the reliability of logical structure «right and duty combination – exercise – public and private interest» lies in the «respect to human rights» [25, p. 8]. Since the complicated in its structure system of correlations between public and private interests not only within legislation but objective law in general assumes some variability of the exercise of discretionary powers, as well as its limits, ways, conditions (circumstances). Concurrently, according to the experience of developed countries, the inalienable and imprescriptible human rights and freedoms

preserve their role of the basis of «check and balances» in the state power which from the viewpoint of M. I. Koziubra, usually tends to get out of control of the society. According to his opinion, they constitute the restrictive barriers which neither legislative, nor executive, nor judicial powers can overcome discretionally» [26, p. 36].

The definition of discretionary power presented in the Recommendation No. R(80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities, approved at the 316th meeting of this body on 11 March 1980 has its supporters. According to it, the discretionary power is the power, which can be exercised by the administrative authority while taking a decision with some extent of free discretion, i.e. when such authority is entitled to choose between several legally admissible decisions the most appropriate one under the particular circumstances [27]. This definition as well as its citation in Ukrainian case law [28] often does not provide a sufficient response on the question whether any powers are discretionary or not. Since the exercise of wide discretionary power is always a matter of interest. In some cases (situations), the existence of such powers is mainly recognized on the basis of special permit principle, according to which state and local authorities, their officials have a responsibility to act only on the basis of or to exercise their authority within the framework, stipulated by the Constitution and Laws of Ukraine. It gives the reason to monitor and verify draft laws, existing laws and administrative practice systematically as for their compliance with the standards laid down by the Convention [29] as well as to control the efficiency of current national remedies in respect of the Convention infringement and violation under any circumstances and in case of the need for the development of new efficient remedies of such type [30] in general.

Provided under different circumstances only in terms of the concept of standard-requirements for the rule of law [1, p. 119], developed during the centuries to affirm and provide human rights in democratic society, discretionary powers are exercised according to the list of standard-requirements such as constitutional principles and up to procedural requirements for their exercise in law-making and enforcement activities. The studies of each of them at the very stage of content identification (construction) involves the substantiation of the legitimacy of exercising or not exercising «some action» or solving a problem in «some way». Therefore, the issue of the measures and remedies the body should employ in order to respond on the conduct or activity of a particular subject arises. This issue can be verbalized as the opportunity «to act or not to act, and if to act to choose the solution or decision from the list directly or indirectly provided by the law» [31].

The exercise of discretionary powers according to the recommendations presented in interpretive acts, e.g. in Methodology of carrying out anti-corruption expert examination, approved by the order of the Ministry of Justice of Ukraine on 24 April 2017 [32], allows consistent actions directed to the support of coherent approach to the interpretation of discretion, accepted in a particular area of human activity and concurrently paying attention to the completeness of the examination of the issue of

discretionary powers, their limits and conditions under which they are transformed into corruptogenic factors. «The Institute of Legislative Ideas», taking into account the definition of the concept of discretionary powers, their features, identifiers and keywords, which allow us to find such kind of powers, etc., assures us that the issue of discretionary powers is explained «full enough» or even «detailed enough and more complete than in some anticorruption methodologies and recommendations of foreign countries» [33].

CONCLUSIONS

Therefore, the principle of the rule of law with all its components is vital for the recognition and unconditional acceptance of human right precedence. All its components should be adequately reflected in law-making and enforcement activities and vice versa due to the existence of this principle and its exercise the opportunity for the provision of the appropriate respect to human rights as the protected value appears. Constructive and prospective elements developed thanks to the efforts of many generations of philosophers and legal scholars come into play. Their content lies in the national law provision of some remedies for the protection against the unwarranted authority infringement on the human rights guaranteed by the Convention. Nowadays their existence complies with the achievement of the balance between public and private interests. Any accessible, clearly formulated and predictable as for their application provisions of national law are approved in strict accordance with the requirements of public (common and general) interest and protection of human rights.

A significant achievement of the examination of the correlation system with complicated structure of relations between public and private interests, not only within legislation but objective law in general appears to be its dynamics represented with the variability of discretionary power exercise by the public authorities and their officials as well as the limits, ways, conditions (circumstances) of such exercise. Taking into account the tradition of the rule of law, ECLJ practice of the application of articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention as well as the activity of other bodies of the Council of Europe based on the application and exercise of relevant ECLJ judgements almost general prohibit to infringe on the exercise of the human rights stipulated by these articles functions on the daily basis being addressed to the public authorities and officials. The infringement on these rights is accepted provided it is considered necessary and appropriate for the needs of a democratic society for the restriction of human rights and freedoms.

RECOMMENDATIONS

Filled with real sense ever new constructive and progressive components of the rule of law allow the scientists, public authorities and officials as well as the representatives of different social groups to unite around its multiple interpretations and focus on the substantiation of the need for the prevention of authority arbitrary actions. To this end, they should single out and consider the major requirements, which contribute to

the health of domestic legal system and optimization of its interaction with the government system, based on the exercise of wide discretionary powers. These requirements have emerged due to the accepted approaches to the treatment of the prevention of excessive authority infringement on the basic human rights and freedoms as well as thanks to the ECLJ practice of the application of relevant provisions of the Convention. They should be taken into account in the process of domestic law-making drafting, official interpretation and definition of the content and volumes of human rights and freedoms as well as such criteria for the legal restriction under such modern challenges and threats as adequacy.

Prevention of the authority infringement on human rights is the requirement which should serve the foundation for scientific development of the forms and methods of public administration in modern society as well as social initiation and enhancement of the existing political and legal regime.

REFERENCES

- [1] Venger, V., Zayecz, A., Zvyeryev, Ye., Kozyubra, M., Matvyeyeva, Yu., & Cel'yev, O. (2020). *Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine* / in general ed. M. Kozyubry; Centr doslidzhennya problem verkhovstva prava ta jogo vtilennya v nacional'nu praktyku Ukrayiny Nacional'nogo universytetu «Kyyevo-Mogylyans'ka akademiya». Kyiv. Retrieved from <https://rm.coe.int/rule-of-law-checklist-at-national-level-case-of-ukraine/1680a07dd0>
- [2] Rabinovych, P., & Lutsiv, O. (2012). The Rule of Law: Modern Domestic Approaches to Interpretation. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2, 3–16.
- [3] Alexy, R. (2013). Discourse theory and human rights. *Filosofiya prava i zagal'na teoriya prava*; trans. from English S. I. Maksymova, O. O. Uvarovoyi, 1, 73–98.
- [4] Dicey, A. V. (1891). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* / trans. O. V. Poltoraczkoj, in general ed. P. G. Vynogradova. S.-Peterburg: Yzdanie L. F. Panteleva. Retrieved from <https://dlib.rsl.ru/viewer/01003659742#?page=171>
- [5] The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, November). Retrieved from http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004
- [6] Golovatyy, S. (2019). «The Rule of Law Does Not Work». Comment on the «Report on the Rule of Law» Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). Study No. 512/2009. CDL-AD (2011)003rev. *Pravo Ukrayiny*, 11, 39–82.
- [7] Krygier, M. (2019). What's the Point of the Rule of Law? *Buffalo Law Review*, 67, 743–791. Retrieved from <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol67/iss3/16>
- [8] Krygier, M. (2019). The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 15(3), 544–573. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.1017/S1574019619000294>
- [9] Krygier, M. (2020). The Potential for Resilience of Institutions to Sustain The Rule of Law. *Hague J Rule Law*, 12, 205–213. Retrieved from <https://doi.org/10.1007/s40803-020-00138-y>
- [10] Arajaryi, N. (2021). The Core Requirements of the International Rule of Law in the Practice of States. *Hague J Rule Law*, 13, 173–193. Retrieved from <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00152-8>

- [11] Dvorkin, R. (2004). *Taking Rights Seriously* / trans. from English Makyeyeva, L. B. Moskov: ROSSPEN.
- [12] User's manual on the evaluation of rule of law exercise in public administration (2016). [Folke Bernadotte Academy; United Nations Development Program]. Kyiv. Retrieved from goo.gl/9LrZB3
- [13] Tseller, E., Kuybida, R., & Mel'nyk, R. *Discretion of administrative authorities and judiciary control over its exercise (project)*. (2020, September). Retrieved from https://8aa.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/sud4857/zvit_dyskrecciia.pdf
- [14] Koziubra, M. (2017). Principles of Law: Methodological Approaches to Understanding Nature and Classification in the Contemporary Globalization Transformations. *Pravo Ukrainy*, 11, 142–164.
- [15] Tatsiy, V., & Danilyan, O. (2020). Theoretical and Practical Aspects of the Development of the Rule of Law State in Ukraine. *Amazonia Investiga*, 9(26), 442–449. Retrieved from <https://doi.org/10.34069/AI/2020.26.02.51>
- [16] Judgment in the case of Hasan and Chaush v. Bulgaria. Retrieved from <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIIdx=328>
- [17] Case of «Olexandr Volkov v. Ukraine» (on 9 January 2013. Application No 21722/11, p. 170). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947
- [18] Case «Vierientsov v. Ukraine» (on 11 January 2013, application No 20372/11, p. 52). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945#Text
- [19] Case «Kotii v. Ukraine» (on 5 March 2015, application No 28718/09, p. 67). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a82#Text
- [20] Case «Zosymov v. Ukraine» (on 7 July 2016, application No 4322/06, p. 60). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c94#Text
- [21] Tykhomyrov, Yu. A. (2005). Administrative law and process: full course. Moskva: Edition of Mr. Tikhomirov M. Yu. Retrieved from <http://www.twirpx.com/file/553072>.
- [22] Manual on article 1, Protocol #1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Retrieved from https://protocol.ua/ua/posibnik_za_statteyu_1_protokolu_1_konventsii_pro_zahist_prav_lyudini_ta_osnovopolognih_svodob_1/
- [23] Judgement of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional application of 50 people's deputies of Ukraine about the official interpretation of separate provisions of article 4, part 1, of Civil Practice Act of Ukraine (case about the interest protected by law). (2004, December, N 18-пп/20). *Ofitsiynyy visnyk Ukrainy*. 2004, 50.
- [24] The ruling of the Supreme Court of Ukraine (2019, February, N 810/2763/17 (K/9901/44258/18). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883398>
- [25] European Commission for Democracy through Law. Rule of law checklist: Comment. Glossary. (2017). Kyiv: USAID.
- [26] Koziubra, M. I. (2012). Rule of Law and Ukraine. *Pravo Ukrainy*, 1–2, 30–63.
- [27] The Recommendation No. R(80)2 of the Committee of Ministers concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities, approved at the 316th meeting of this body on 11 March 1980. Retrieved from http://pravo.org.ua/files/zarub_zakon/Rec_1991.pdf
- [28] The ruling of the Supreme Court of Ukraine (2019, August, No 278/2478/17). Retrieved from <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/76032695>
- [29] The Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice

with the standards laid down in the European Convention on Human Rights (2004). *Practice of the European Court of Human Rights. Decision. Comments*, 4. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_574#Text.

- [30] Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on the verification of draft laws, existing laws and administrative practices for compliance with the standards set out in the European Convention on Human Rights. (2004). *Practice of the European Court of Human Rights. Decision. Comments*, 4. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_718#Text] (retrieved on 19.02.2021).
- [31] Scientific conclusion concerning the limits of discretionary powers of the authority and judicial control of its exercise. Retrieved from https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018.
- [32] On the approval of the Methodology of anti-corruption examination: Order of the Ministry of Justice of Ukraine (2017, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17>
- [33] Discretionary powers as a corruptogenic factor: through the lens of domestic and international experience. Retrieved from <https://issuu.com/antkiv/docs/>

Halyna V. Lavryk

Full Professor

Head of the department of Law

Higher Educational Establishment of Ucoopspilka

«Poltava University of Economics and Trade»

36000, Koval Str., 3, Poltava, Ukraine

Рекомендоване цитування: Лаврик Г. В. Верховенство права (правовладдя) в умовах, що сприяють запобіганню свавільному втручанням влади у права людини. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 36–46.

Suggested Citation: Lavryk, H. V. (2022). Rule of law under conditions promoting prevention of unwarranted infringement on human rights by authorities. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29 (3), 36–46.

Submitted: 03.08.2022

Revised: 26.08.2022

Accepted: 29.08.2022

УДК 340.1

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-47

Петро Мойсейович Рабінович

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

*Кафедра теорії та філософії права
Львівський національний університет імені Івана Франка
Львів, Україна*

Тамара Іванівна Дудаш

*Кафедра теорії та філософії права
Львівський національний університет імені Івана Франка
Львів, Україна*

АРГУМЕНТИ У ПРАВОВІЙ АРГУМЕНТАЦІЇ: ДЕЯКІ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Анотація. *Актуальність цього дослідження обумовлена тим, що аргументи, які наводять зокрема правотворці під час обговорення законопроектів і судді під час ухвалення правотлумачних та правозастосовчих рішень, часто зазнає критики. Допомогти вирішити актуальне завдання з покращення правової аргументації може саме загальнотеоретичне осмислення аргументів, що є метою даного дослідження. У статті взято за основу так зване європейське розуміння аргументу й обґрунтовано різновиди аргументів, що їх використовують у правотворчій, офіційній правотлумачній та правозастосовчій аргументувальній практиці в Україні. Для цього використано такі методи дослідження як загальнотеоретичний, типології, класифікації, аналізу правотворчої, правотлумачної й правозастосовчої аргументувальної практики й реконструкції виявлених аргументів. Виявлено, що методологічне підґрунтя, яке покладено в основу аргументів, є підставою для виокремлення тих їхніх різновидів, що названі типами аргументів, а саме: герменевтичних й топічних; етичних; прагматодіалектичних. Обґрунтовано, що класифікувати аргументи можна, зокрема, за такими критеріями: 1) за засобами формування засновків аргументу; 2) за формою висновування, яка є в основі аргументу; 3) за доказовою силою аргументу; 4) за об'єктом аргументування; 5) за роллю в аргументувальній структурі; 6) за стадією правового регулювання; 7) за джерелом походження аргументів. Перелік критеріїв класифікації аргументів не є вичерпним. Практична цінність статті полягає у тому, що виявлення різновидів аргументів у праворегулятивній аргументації є важливим для покращення аргументувальної практики інституційних аргументувачів.*

Ключові слова: *правовий аргумент, позапprawовий аргумент, аргумент щодо фактів, гіпотетичний аргумент, праворегулятивний аргумент, доктринальний аргумент.*

Petro M. Rabinovych

*National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

*Department of the Theory and Philosophy of Law
Ivan Franko National University of Lviv
Lviv, Ukraine*

Tamara I. Dudash

*Department of the Theory and Philosophy of Law
Ivan Franko National University of Lviv
Lviv, Ukraine*

ARGUMENTS IN LEGAL ARGUMENTATION: SOME THEORETICAL ASPECTS

Abstract. *The relevance of the research is determined by the fact that the arguments given by law-makers during the discussion of draft laws and judges for the purpose of legal interpretation and legal application are often criticized. The general theoretical view of arguments, which is the goal of this research, can help solve the current task of improving legal argumentation. The article is based on the so-called European understanding of the argument and substantiates the types of arguments that are used in law-making, official legal interpretation and legal application in Ukraine. For this, such methods of research as general theoretical, typology, classification, analysis of argumentative practice and reconstruction of identified arguments were used. It was found that the methodological basis of arguments is the criterium for distinguishing those varieties of them, which are called types of arguments, namely: hermeneutic and topical; ethical; pragmadialectic. It is substantiated that it is possible to classify arguments, in particular, according to the following criteria: 1) the means for construction of premises of the argument; 2) the form of inference, which lies the base of the argument; 3) probative force of the argument; 4) the object of legal argumentation; 5) the role in the argumentative structure; 6) the stage of legal regulation; 7) the source of the argument. The list of criteria for classification of arguments is not exhaustive. The practical value of the article consists in the fact that identifying the types of arguments in legal argumentation is important for improving the argumentative practice of institutional arguers.*

Keywords: *legal argument, extralegal argument, factual argument, hypothetical argument, law-regulatory argument, doctrinal argument.*

ВСТУП

Аргументувальний характер права зобов'язує надавати якісну правову аргументацію у правотворчості, офіційному правотлумаченні й правозастосовуванні. Якісна правова аргументація часто отримує оцінку як переконлива чи сильна. Вибудовування переконливої для різних адресатів правової аргументації є непростим завданням і потребує спеціальних навичок аргументувача. Правова

аргументація, що міститься у рішеннях національних судів, часто зазнає критики як слабка чи не переконлива. Аргументувальна компетентність правотворця прямо впливає на зміст правового регулювання. Допомогти вирішити актуальне завдання з покращення правової аргументації може загальнотеоретичне осмислення правової аргументації, зокрема в частині її засобів – аргументів. Саме воно дозволить запропонувати комплексну відповідь на питання про те, які аргументи можна використовувати для правового аргументування, зокрема праворегулятивного, щоб побудувати переконливу правову аргументацію.

Актуальність дослідження правових аргументів підтверджує факт того, що в підручниках з теорії права останніх років у найбільш загальних рисах викладені питання про аргументи [1, с. 444–448]. Деякі спеціальні питання аргументів у правовій аргументації стали предметом українських юридичних досліджень, зокрема у працях О. Меленко та О. Стратій, С. Рабіновича, Л. Луць, Я. Белих та інших. Йдеться про систему аргументів у конституційній аргументації [2, с. 4–8], природно-правові аргументи [3, с. 103–113], юридичні та інші аргументи у правотворчій діяльності [4, с. 169], використання аргументів з практики Європейського суду з прав людини як нормативних або риторичних [5, с. 15–17]. Проте аргументи у правовій аргументації досліджені лише фрагментарно в українській правовій науці.

У зарубіжних наукових розвідках аргументи в правовій аргументації є предметом аналізу, зокрема в працях таких авторів як Д. Волтон [6]; Н. Мак-Кормік [7]; Е. Фетеріс [8]; Р. Алексі [9; 10]; Ж. Плаг [11]. З-поміж інших аспектів, представники різних підходів до правової аргументації вивчають типи аргументів, особливості окремих типів аргументів.

Пропонуючи виокремлення різновидів аргументів, потрібно насамперед з'ясувати поняття аргументу. Як було встановлено у попередніх наших дослідженнях, аргумент можна розуміти як процес, як процедуру і як результат [12, с. 20; 13, с. 85–103].

І справді, у визначеннях аргументів, що їх пропонують у дослідженнях правової й загальної аргументації, можна простежити різні аспекти аргументу. Наприклад, М. Атієнза розуміє аргумент як комплексний мовленнєвий акт та як діяльність, яка розпочинається з осягненням проблеми й завершується її вирішенням [14, с. 114]. М. Гінтон розуміє аргумент як висловлювання в мові обґрунтування [15, с. 48]. Вони зосередились на розумінні аргументу як процесу. Проте для реконструювання й оцінювання аргументів у правовій аргументації найчастіше доводиться мати справу з аргументами-результатами. Таким чином, з огляду на виявлену тризначність поняття аргументу, маємо обумовити його розуміння і слововжиток у цій статті. Ми розуміємо аргумент широко – як твердження про щось. Воно містить засновки і висновок. Тому ми дотримуємось європейського розуміння аргументу, на яке вказував ще К. Тіндаль: аргумент охоплює як засновки аргументу, так і висновок – точку зору, позицію [16, с. 45]. Такий підхід вважаємо

слухним через те, що без урахування як засновків, так і висновку, неможливо зрозуміти зв'язок між ними.

Про типи (категорії) аргументів у правозастосовчій аргументації йдеться у працях Р. Алексі, Н. Мак-Корміка, Д. Волтона. Проте підстави виокремлення типів аргументів не артикульовані в відповідних працях.

Р. Алексі виокремив чотири категорії юридичних аргументів: 1) лінгвістичні, 2) генетичні, 3) системні і 4) загальні практичні аргументи [10, с. 84].

Н. Мак-Кормік, доповнюючи свою концепцію правового обґрунтування, наголосив на тому, що правозастосовування завжди пов'язане з тлумаченням права, бо для того, щоб застосувати нормативний акт, треба його зрозуміти [7, с. 121]. Він запропонував такі *категорії* правотлумачних аргументів¹: 1) лінгвістичні; 2) системні; 3) телеологічно-оцінювальні (як аргументи з наслідків) [7, с. 124–137].

Д. Волтон вважає типи аргументів формами висновування, виокремивши такі, що мають практичну застосовність у правовій аргументації: 1) аргумент зі знаку; 2) аргумент з аналогії; 3) аргумент зі встановленої норми; 4) аргумент з виняткової справи; 5) аргумент з прецеденту 6) аргумент з позиції знання, зокрема аргумент зі свідчень; 7) аргумент з висновку експерта; 8) аргумент *ad hominem*; 9) аргумент з вербальної класифікації [6, с. 325–335]. До кожного типу він запропонував критичні запитання.

З урахуванням викладеного, *мета цієї статті* полягає у тому, щоб, ґрунтуючись на певному розумінні поняття аргументу, запропонувати критерії класифікації й виявити різновиди аргументів у правовій аргументації, а також навести приклади таких аргументів в українській правоаргументувальній практиці.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Для досягнення мети наукового дослідження, представленого у цій статті, було використано низку загальнонаукових і спеціальних методів: методи типології й класифікації, загальнотеоретичний метод, метод аналізу й реконструкції правоаргументувальної практики.

В основу дослідження покладено світоглядну аксіоматичну ідею про те, що правове аргументування здійснюють у правовому дискурсі, а його результат – правова аргументація – несе відбиток такого дискурсу, оскільки є його результатом.

Дослідження виходить з розмежування таких методів як типологія й класифікація.

Згідно з наукознавчими дослідженнями, спільною ознакою типології і класифікації є те, що вони мають однакову мету – впорядкування й систематизацію

¹ Н. Мак-Кормік запропонував скористатися напрацюваннями групи науковців «*bielefelder Kreis*» (до якої входив і він сам), що досліджували правотлумачення у нормативних актах та прецедентах у правових системах різних типів з 1980 по 1990 рр. Зазначене дослідження виявило подібність у них типів переконливих аргументів, тобто таких, що ґрунтуються на найкращому тлумаченні правового тексту у ситуації спору чи сумніву [7, с. 124].

сукупності об'єктів, їхнє представлення схематичним способом. Обидва методи можна розглядати як процес розподілу множинності об'єктів на підмножини і як методи пізнавальної діяльності, що дозволяють отримати нове знання про обсяг, склад, побудову й розвиток. Відмінність між класифікацією й типологією полягає у тому, що їх застосовують щодо різних предметних сфер і за різними підставами поділу. При класифікаційному поділі кожен з об'єктів множинності потрапляє в одну з груп, між якими є чітко фіксовані відмінності. Жоден об'єкт не залишають осторонь класифікації. Типологізаційно розподіляють ті множинності, в яких плавність переходів якісних станів не дозволяє проводити чіткі межі між групами об'єктів, що є предметами вивчення [17, с. 5–8].

І. Демидова, також відрізняючи типологію від класифікації, наголосила на тому, що тотожною до класифікації ж емпірична типологія, а відмінними від неї є теоретична типологія (яка вбудовує ідеальну модель об'єкта), спрямована на створення типу як абстракції (тип є завідомим спрощенням, логічною функцією і виконує роль інструменту пізнання) [18, с. 87–101].

Домінівними характеристиками типології є здатність типів концептуально-методологічно виразити онтологію цілісності. Тоді як ціль класифікації – окреме і послідовне виявлення ознак явища [18, с. 90–91].

Класифікація, на відміну від типології, повинна відповідати таким логічним правилам: 1) ґрунтуватись на єдиному критерії; 2) застосовувати до всіх частин матеріалу однаку шкалу розподілу, навіть при різних критеріях поділу матеріалу; 3) неможливість потрапляння будь-якого об'єкту одразу в два однопорядкові класи; 4) охоплювати кожним класом всі підкласи, а всіма класами – всю сукупність об'єктів [18, с. 90–91].

З огляду на зазначене розмежування типології й класифікації, вважаємо, що виявлені в джерелах типи аргументів мали б бути результатом їх типологізації (на основі побудови певної моделі аргументу). Види ж аргументів мають бути результатом їхньої класифікації за чітко визначеними критеріями.

З огляду на зазначене, потребує осмислення як типологія, так і класифікація аргументів. Адже саме класифікація аргументів за певними критеріями дозволяє окреслити обсяг поняття аргументу, а їхня типологія – уточнити зміст поняття аргументу. У типології немає чітких меж між типами, вони виокремлені на основі узагальнення та спрямовані на пізнання сутності аргументу. Тоді як класифікація має протилежні ознаки.

Загальнотеоретичний метод дозволив застосувати загальнотеоретичні категорії та конструкції для осмислення різновидів аргументів у правовій аргументації. Зокрема, використавши загальнотеоретичний метод, було запропоновано критерії класифікації аргументів у правовій аргументації. Ними є, зокрема, стадії юридичного регулювання та джерело походження аргументів.

Метод аналізу допоміг виявити й дозволив реконструювати аргументи у правовій аргументації, а також вичленувати їхні засновки та висновки. Аналіз право-

творчої, офіційної правотлумачної й правозастосовчої судової аргументувальної практики дозволив виявити такі твердження, які б були ілюстрацією теоретично запропонованих різновидів аргументів. Реконструкція цих тверджень як аргументів уможливила встановлення їхніх засновків та висновків.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Як було зазначено, у зарубіжних дослідженнях правової аргументації йдеться здебільшого про типи аргументів. При цьому, підстав для виокремлення типів аргументів дослідники переважно не наводять, але наголошують на реальному використанні таких типів у аргументувальній практиці [7, с. 124].

Е. Фетеріс звернула увагу на наукове підґрунтя, яке, на її думку, стало підставою для виокремлення типів аргументів. Вона наголосила, що однакові типи аргументів можуть стати предметом аналізу з різних точок зору [8, с. 347]. Таким чином, вона веде мову про методологічне підґрунтя аргументу як підставу виокремлення типів аргументів. За цим критерієм вона виокремила: *аргументи, що ґрунтуються на правовій тонації* (так звані, спеціальні форми правових аргументів: з аналогії, від супротивного, *a fortiori*) й *герменевтиці* (лінгвістичні, системні, телеологічні та інші); *аргументи, що ґрунтуються на етиці* у контексті правової аргументації (аргументи від застосування загальних принципів практичної раціональності, як от аргументи з послідовності та когерентності, та аргументи з наслідків для подібних майбутніх справ); *аргументи, що ґрунтуються на теорії аргументації*, яка бере за основний критерій виокремлення специфіку відношення між засновками та висновком (як-от: причиново-наслідкове відношення, відношення порівнювання та симптоматичне відношення), які доповнені критичними запитаннями, що слугують критеріями оцінювання для застосування аргументів [8, с. 347].

Якщо погодитися з Е. Фетеріс, що в основі типу аргументу є певне методологічне підґрунтя, то йдеться про класифікацію аргументів за методологічним підґрунтям. Останнє править за критерій такої емпіричної класифікації. Зазначене підтверджує, що типологію можна вважати різновидом класифікації. У іншому ж разі потрібно обґрунтовувати теоретичну модель типу аргументу, щоб вести мову саме про типологію аргументів.

За результатами аналізу наукових джерел й правоаргументувальної практики запропонуємо далі деякі критерії класифікації аргументів у правовій аргументації, які, вважаємо, мають практичну значущість.

Найголовнішим критерієм вбачаємо *засоби формування засновків аргументу* (або, іншими словами, джерела, з яких аргументувач віднаходить аргументи). За цим критерієм аргументи у правовій аргументації можна поділити на *правові* й *позапорові*. Як правові, так і позапорові аргументи можуть мати підставу у джерелі права (основному чи додатковому). Адже позитивне право, надаючи інституційному аргументувачу повноваження з аргументування, не забороняє,

а інколи й прямо зобов'язує аргументувати не лише, використовуючи норми чи принципи позитивного права, але й позаправові засоби – моральну, економічну чи соціальну характеристику тощо. Так, наприклад, передбачено щодо пояснювальної записки до законопроекту, яка повинна містити з-поміж іншого обґрунтування очікуваних соціально-економічних, правових та інших наслідків застосування закону після його прийняття (ст. 19) [19]. Водночас, саме лише повноваження інституційного аргументувача обґрунтовувати певне рішення означає, що він має надати правові та позаправові аргументи свого рішення. При цьому, засновки правового аргументу побудовані суто з використанням норм та принципів права, тоді як принаймні один із засновків позаправового аргументу (залежно від того, як такий аргумент реконструювати він може мати два або декілька засновків) не пов'язаний з таким використанням, а враховує інші чинники, характеристики предмета обґрунтування чи наслідки певного висновку аргументу.

Аргументувачі можуть будувати й використовувати позаправові аргументи на власний розсуд огляду на потреб та інтересів в межах своєї аргументувальної компетентності, праворозуміння й передрозуміння предмету аргументування і можливої взаємодії з адресатом аргументації чи правовою аудиторією. Потреба у них залежить від конкретної аргументувальної ситуації. Наприклад, як було зазначено, в обґрунтуванні нормативно-правового акта у правовій аргументації у правотворчості зазвичай переважають позаправові аргументи: ініціатор законопроекту обґрунтовує економічні й соціальні наслідки законопроекту, а саме:

«Прийняття зазначеного законопроекту надасть можливість підвищити якість вирішення спорів судами України, що сприятиме зміцненню законності, захищеності громадян і юридичних осіб, та затвердженню конституційних засад України як правової держави» [20].

У цитованому фрагменті йдеться про аргумент з наслідків одним з засновків якого є позаправовий – соціальний.

Або ж, якщо звернутись до правозастосовчої аргументації, то там також поширеним є використання аргументів неюридичними наслідками. Наприклад, представник відповідача у справі про дифамацію використав такий аргумент під час судових дебатів:

«якщо вирізати з книжки 9 оспорених фраз, вона втратить матеріальну й інтелектуальну цінність» [21].

Ще одним критерієм виокремлення різновидів аргументів є *форма висновування*, яка є в основі аргументу. За цим критерієм аргументи у правовій аргументації можуть бути *дедукційними*, *індукційними* та *абдукційними*. Якщо у дедукційному аргументі зв'язок між засновками та висновком є необхідним, то у індукційному й абдукційному – ймовірним (*probable*) чи правдоподібним (*plausible*).

Історично склалося так, що домінівним для правової аргументації вважали дедукційне висновування. У спеціальних працях, присвячених логіці для правників, дедукційне виведення висновку пояснюють як рух від загального до конкрет-

ного, а індукційне виведення висновку – як рух від багатьох конкретних проявів до загального або як від одного конкретного до іншого конкретного [22, с. 28]. Проте таке пояснення не дозволяє задовільно розмежувати ці два різновиди виведення. Складність полягає у тому, що, як вказав Л. Алдісерт, дедукційно правильний аргумент може мати універсальні твердження своїм висновком та засновками. Фундаментальна відмінність між цими двома різновидами аргументів (дедукційними та індукційними), як зазначив Л. Алдісерт, полягає у тому, який взаємозв'язок є між засновками та висновком. У дедукційному аргументі останній слідує із засновків з абсолютною необхідністю, а у індукційному – з певним ступенем ймовірності [22, с. 29].

На юридичному силіогізмі ґрунтується юридична кваліфікація факту як базовий спосіб правозастосовчого обґрунтування, при якому виведення відбувається від універсального правила юридичної норми до висновку щодо конкретного факту. На це вказували Р. Алексі [23, с. 448], Н. Мак-Кормік [7, с. 147]. Д. Волтон назвав аргумент, що ґрунтується на юридичному силіогізмі, аргументом зі встановленої норми [6, с. 327].

Наприклад, як дедукційний можемо реконструювати аргумент з рішення Дарницького районного суду міста Києва у справі, адже йдеться про кваліфікацію фактів нормами права:

«Статтею 16 ЦК України визначені можливі способи захисту цивільних прав та інтересів, серед яких, зокрема, припинення дії, яка порушує право, а також інші способи, що встановлені договором або законом.

Статтею 278 цього Кодексу передбачено такий спеціальний спосіб захисту порушеного особистого немайнового права фізичної особи як заборона (припинення) поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права.

Частина друга цієї норми закріплює положення про те, що у разі, якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене в номері (випуску) газети, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які випущені у світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунення порушення неможливе, вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення.

Отже, з огляду на те, що внаслідок публікації та розповсюдження книги були порушені особисті немайнові права позивача, передбачені Конституцією України та Цивільним кодексом України, а саме: право на використання імені, право на повагу честі та гідності позивача, на недоторканість його ділової репутації, суд вважає належним і ефективним способом захисту порушених особистих немайнових прав позивача на повагу до гідності та честі, недоторканості ділової репутації та на використання імені позивача покладення на відповідачів [автора книжки] та ТОВ «Видавництво «Віват» обов'язку видалити із книги [Справа Василя Стуса*¹], а саме: із розділів під назвами «Кримінальна справа №5 – кни-

¹ Позивача, відповідачів та інших фігурантів справи реконструйовано на підставі джерела [21].

га життя і смерті [Василя Стуса]» та «Чи вбивав адвокат [Позивач М] поета [Василя Стуса] ?» інформацію про особу [Позивача М], заборонити відповідачу – 1 [автору книжки] та відповідачу – 2 [ТОВ «Віват»] розповсюджувати надрукований тираж книги [Справа Василя Стуса] та подальше його тиражування до усунення порушеного особистого немайнового права [Позивача М], заборонити відповідачу – 1 та відповідачу – 2 при поширенні інформації пов'язаної із книгою під назвою [Справа Василя Стуса] у пресі, по радіо, телебаченню, у мережі Інтернет та в інших засобах масової інформації, використовувати інформацію, яка міститься в розділах під назвами «Кримінальна справа № 5 – книга життя і смерті [Василя Стуса]» та «Чи вбивав адвокат [Позивач М] поета [Василя Стуса]?» та дає можливість ідентифікувати [Позивача М], як персонажа (дійову особу) твору без його згоди» [24].

Проявів *індукційних аргументів* у правовій аргументації може бути декілька. Як зазначає Л. Алдісерт, індукційними є аргументи, побудовані від конкретних фактів до універсального правила (індуковане узагальнення шляхом перелічування прикладів) або від конкретного до конкретного (застосування аналогії) [22, с. 49].

Яскравим прикладом індукційного правового аргументу можемо вважати такий правотлумачний аргумент:

«Історичний аналіз правових норм, які регламентували питання депутатської недоторканності, свідчить про те, що з моментом притягнення особи до кримінальної відповідальності пов'язується факт пред'явлення їй обвинувачення у вчиненні злочину.

Зокрема, відповідно до частини четвертої статті 111 Конституції (Основного Закону) України 1978 року (888-09) (з наступними змінами) народний депутат України не міг бути без згоди Верховної Ради України притягнений до кримінальної відповідальності, заарештований або підданий заходам адміністративного стягнення, які накладалися в судовому порядку.

Законом України «Про статус народного депутата України» (2790-12) від 17 листопада 1992 року визначено, що для одержання згоди Верховної Ради України на притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності Генеральний прокурор України вносить подання до Верховної Ради України до пред'явлення депутату обвинувачення або дачі санкції на арешт (частини перша і друга статті 28 названого Закону). Стаття 29 Закону України «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів» (3949-12) визначала, що депутата ради не можна було притягнути до кримінальної відповідальності або арештувати без згоди ради (стаття виключена Законом № 11/98-ВР від 13 січня 1998 року).

Згідно з частинами першою і другою статті 1 Закону України «Про порядок одержання згоди Ради народних депутатів на притягнення депутата до відповідальності» (3120-12) (Закон втратив чинність на підставі Закону № 11/98-ВР від 13 січня 1998 року) для одержання згоди ради на притягнення депутата до кри-

мінальної відповідальності, його арешт відповідний прокурор повинен був внести в раду подання перед пред'явленням депутату звинувачення або дачею санкції на арешт.

У частині третій статті 80 Конституції України стосовно народних депутатів України також використано термін «притягнені до кримінальної відповідальності».

Отже, притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину» [25].

У цьому аргументі Конституційний Суд зробив засновками для висновку про момент початку притягнення до кримінальної відповідальності норми трьох законів, які вже втратили чинність, але раніше врегульовували це питання. Тому тут, вважаємо, висновок щодо моменту початку притягнення до кримінальної відповідальності є ймовірним, а не необхідним.

На підтримання такого міркування, наведемо тезу Д. Волтона про те, що у індукційному аргументі правильність висновку не забезпечена формою аргументу, навіть якщо всі засновки правильні і скільки б багато їх не було. Створення великого засновку методом індукційного перелічування не гарантує правильності висновку, а лише те, що висновок буде ймовірно правильнішим, ніж неправильним. Засновок аргументу, який утворений шляхом індукційного обґрунтування, згодом стає предметом зміни, з вирішенням нових справ [чи виникненням нових підстав для індукційного перелічування]. Індукційний аргумент надає засновок, який можна систематично перевіряти на правильність, а не абсолютно правильний. Взаємозв'язок між дедукційним та індукційним аргументами, на думку Д. Волтона, полягає у тому, що висновок індукційного аргументу (індукційне перелічування дає можливість зробити висновок щодо загального класу) може ставати засновком для дедукційного аргументу, побудованого на його основі [6, с. 50].

Абдукційний аргумент ґрунтований на абдукційному висновуванні. Останнє є формою логічного виведення, яка первісно походить з ідей Аристотеля, але ґрунтовно опрацьована та запропонована як третя поряд з дедукцією й індукцією форма обґрунтування у працях Ч. Пірса у останній третині XIX ст. Воно засноване на висуненні гіпотез, які найкраще пояснюють висновок аргументу [26, с. 301–306].

Абдукційність правової аргументації можна вбачати в тому, що правові позиції сторін справи є гіпотезами, які підтримає або не підтримає суд. Аргументація з посиланням на очікувані наслідки також є гіпотетичною. Д. Волтон наполягає на домінівній ролі у правовому обґрунтуванні саме абдукційної аргументації [6, с. 104], насамперед, коли висувають гіпотези щодо пояснення фактів.

Приклад аргументу з формулюванням гіпотези можемо простежити й у пунктах 165, 166 рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Гонгадзе проти України» від 08.11.2005 (справа N 34056/02):

«165. ...Для виникнення позитивного обов'язку повинно бути встановлено, що органи державної влади знали або повинні були знати про існування наявної загрози життю визначеної особи або осіб від кримінальних дій третіх осіб і що вони не вжили заходів в рамках своїх повноважень, які обґрунтовано вважаються такими, що мали запобігти такому ризику (див. рішення у справі «*Kilic v. Turkey*», N 22492/93, пп. 62–63, ЄСПЛ 2000-III).

166. Останні події у справі показують *високий ступінь вірогідності* того, що посадові особи правоохоронних органів брали участь у зникненні та вбивстві п. Гонгадзе. З'ясуванню підлягає питання, чи дійсно державні органи влади не виконали свій позитивний обов'язок щодо захисту п. Гонгадзе від загрози його життю, про існування якої вони були проінформовані»[27].

У цитованому аргументі йдеться, власне, про формулювання гіпотези – презумпції, яку має спростовувати держава-відповідач. Засновком є така гіпотеза – позитивний обов'язок захистити життя людини виникає, якщо держава знала чи повинна була знати про загрозу життю людини.

Прикладом використання абдукційних аргументів у правовій системі України можна вважати такий аргумент:

«Для оцінки звільнення позивачки варто зважити на умови та події, які передували прийняттю Постанови № 775-VII, стисло охарактеризувати обстановку й умови, в яких перебувала ВРУ на час прийняття цього акта, а також ризики, які загрожували розбудові держави та розвитку громадянського суспільства... [виклад подій, що передували звільненню позивачки].

У цьому зв'язку видається, що ВРУ звільнила ОСОБА_1 й інших суддів КСУ й обрала нових, оскільки на певному етапі розбудови держави перед КСУ ставилися на вирішення питання щодо конституційних принципів захисту національної безпеки, організації та здійснення державної влади в Україні, які з огляду на участь вказаних суддів і, зокрема, судді ОСОБА_1 у прийнятті Рішення № 20-рп/2010 не давали Українському народу та парламенту впевненості і гарантій у тому, що розгляд подань з подібними зверненнями до КСУ відбуватиметься з дотриманням принципу верховенства Конституції України, а також з дотриманням судьями КСУ визначених в їхній присязі обов'язків захищати конституційний лад держави, конституційні права та свободи людини і громадянина.

З урахуванням наведеного Велика Палата вважає неприйнятними доводи апеляційної скарги стосовно того, що Постанова № 775-VII є актом політичної репресії щодо позивачки і що парламент здійснив узурпацію влади, привласнивши низку повноважень, які Конституцією за ним не закріплені. Викладена вище стисла хронологія подій, що відбулися в історії України після Револуції Гідності, дає підстави вважати, що звільнення позивачки було необхідною складовою процесу суспільно-політичних перетворень, зумовлених ризиками для існування держави, проявом демократії, що здатна захистити себе» [28].

У цьому аргументі, вважаємо, висунута гіпотеза щодо застосування для кваліфікації історичних подій принципом демократії, що здатна захистити себе, а позивачка буда дотична до цих історичних подій, беручи участь в ухваленні Рішення КСУ №20-рп/2010. Але ці факти можна кваліфікувати і за допомогою інших норм чи принципів, тому взаємозв'язок всередині аргументу є правдоподібним. Взагалі, в усіх випадках можливих підставних сумнівів щодо обрання норми для юридичної кваліфікації фактів зв'язок між засновками та висновком аргументу можна вважати не необхідним, а тільки-но правдоподібним.

За **доказовою силою** аргументи у правовій аргументації бувають *недоказовими* (гіпотетичними) та *доказовими* (такими, що виконують доказову функцію).

З погляду Д. Волтона, доказова сила аргументу є діалектичним поняттям. У гіпотетичному аргументі засновки є презумпціями і немає спроби якось їх пояснити чи довести. Прикладами гіпотетичних аргументів є наведені вище аргументи, що ґрунтуються на абдукційному висновуванні. Аргумент з доказовою вагою використовують для того, щоб змінити вагу прийняття для того, щоб респондент, який не приймав висновок, все ж таки сприйняв його завдяки підтримці, якої йому надали засновки (які він раніше сприйняв і щодо яких у нього не було сумнівів) до того, як було використано аргумент. Лише аргумент з доказовою вагою може слугувати доказом. Аргумент, який щось доводить, переносить вагу правдоподібності із засновків на висновок [6, с. 214].

З нашого погляду, сильний доказовий аргумент переносить вагу не правдоподібності, а правильності чи ймовірності з засновків на висновок. Адже в його основі має бути дедукційне чи індукційне висновування. Доказовими є аргументи щодо фактів, адже вони побудовані з використанням доказів цих фактів. Саме у такому доказовому аргументі в основі може бути індукційне висновування. При цьому, достатньо стандарту доказування «поза розумним сумнівом», щоб йшлося про доказовий аргумент. Нижчі стандарти доказування, як наприклад стандарт *prima facie*, роблять слабшою, навіть правдоподібною, доказову силу аргументу.

Наприклад, доказовим аргументом щодо фактів можемо вважати такий аргумент, що міститься в рішенні Дарницького районного суду м. Києва:

[Позивач М] «стверджує, що він ніколи не співпрацював з КДБ СРСР-УРСР, не визнавав в суді, що всі «злочини», нібито вчинені його підзахисним, «заслужують на покарання», та не «підтримав звинувачення».

Ці обставини також підтверджуються даними, що містяться: у листах Галузевого державного архіву Служби безпеки України №24/5-К-423/1, К-423 від 12.02.2019 та №24/5-К-850 від 28.03.2019, відповідно до яких в ГДА СБУ будь-яких документів про співробітництво з органами державної безпеки СРСР-УРСР Позивача М не виявлено (а.с.30, 31 т.4); у зверненні заступника Голови Київського міського суду до Голови Президії Київської міської колегії адвокатів про те, що «дело по обвинению В. Стуса ... назначено для рассмотрения в судебном заседании 10 час. 00 мин. 29 сентября 1980 г. Прошу обеспечить участие адвоката»;

у заяві адвоката Позивача М до Київського міського суду про надання йому дозволу на побачення в СІЗО КДБ УРСР з підсудним [В. Стусом].

Таким чином наведені докази спростовують ті обставини, що позивач співпрацював з органами державної безпеки СРСР-УРСР та поширена інформація не відповідає дійсності, а тому є недостовірною» [24].

З приводу цього аргументу зазначимо, що, з нашого погляду, незважаючи на пред'явлені докази, залишається ймовірність того, що твердження про факт не є спростованим. Адже могло йтися про таємну співпрацю позивача з КДБ, яка не відображена в документах.

За *об'єктом аргументування* аргументи у правовій аргументації бувають таких різновидів: ті, що *обґрунтовують твердження про юридично значущі факти* та ті, що *обґрунтовують твердження про право*.

Е. Фетеріс веде мову про *фактичні* та *правові* аргументи. Під *фактичними аргументами* вона розуміє аргументи щодо фактів. З її погляду, теорія правової аргументації має розвивати стандарти оцінювання фактичних аргументів. Для *правових аргументів* (аргументів щодо права), на її думку, необхідно сформулювати релевантні критичні запитання [8, с. 202].

Як було зазначено вище, виокремлюють типи аргументів, що їх використовують для обґрунтування фактів. Йдеться про аргументи з письмових доказів, аргументи зі знаку, аргументи з позиції обізнаності (зі свідчень експерта, з показань свідків тощо). Вони пов'язані з доказуванням та містять у собі зазначення доказів фактів. Як приклад такого аргументу можемо вважати цитований вище як приклад доказового аргументу, що міститься в рішенні Дарницького районного суду м. Києва, адже у ньому суд навів докази твердження про факт того, що позивач ніколи не співпрацював з КДБ [24].

Вважаємо, що аргументи, які обґрунтовують твердження про право можуть бути зокрема щодо того: 1) чи обрано саме ту норму, що стосується встановлених фактів (питання юридичної кваліфікації фактів); 2) певне тлумачення права (певний зміст норми права чи її юридичні властивості); 3) зміст заповнення прогалини, подолання конкуренції норм права чи колізії; 4) зміст правового регулювання, що його встановлює норма права.

Такі типи аргументів, які обґрунтовують твердження про право, можуть обґрунтовувати й певний зміст і спрямованість правового регулювання у правотворчій аргументації. Йдеться насамперед про аргументи з наслідків дії правового регулювання. Завдяки дослідженню стенограми засідання Верховної Ради України, на якому прийняли Закон № 1525 від 15.10.2020, можна виявити такі аргументи. Наведемо один з них для прикладу (аргумент висловив М. Заблоцький об 11 год. 05 хв.):

«Шановні колеги, даним законопроектом вводиться ставка ПДВ 20 відсотків на всі послуги онлайн, що придбаються у нерезидентів. Разом з тим, я не можу погодитися з певними об'єктами оподаткування. Наприклад, пропонується опо-

датковувати ставкою ПДВ 20 відсотків онлайн-книжки та журнали. Попросту кажучи, книжки, куплені на амазоні онлайн, на *kindle*, чи будь-які підписки журналів іноземних будуть збільшені в ціні на 20 відсотків. Я вважаю, що це неправильно обмежувати доступ наших громадян до книжок, до освіти і не слід робити їх дорожчими. Це не є якісь суттєві надходження до державного бюджету.... Я пропоную врахувати правку, щоб не оподатковувати онлайн-книжки та журнали» [29].

За *роллю в аргументувальній структурі* аргументи у правовій аргументації поділяємо на *основні* й *додаткові*. Щоб встановити, основним чи додатковим є той чи інший одиничний аргумент, потрібно реконструювати та оцінити усю аргументувальну структуру, представлену, зокрема, в рішенні суду, обґрунтуванні нормативно-правового акта чи в усному діалозі в судових дебатах та в інших аргументувальних ситуаціях. Основним є аргумент, якого достатньо для переконливого обґрунтування певного питання. Додатковим є аргумент, який доповнює основний, посилюючи переконливість аргументації певного питання.

Найбільш яскраво поділ аргументів на основні й додаткові можемо прослідкувати в правозастосовчій аргументації, коли українські суди використовують посилення на практику ЄСПЛ. Адже дуже часто в таких рішеннях національних судів основними є аргументи зі встановленої норми, а аргументи з практики ЄСПЛ – додатковими, та вони підтверджують аргумент зі встановленої норми. Наприклад, у постанові Львівського апеляційного суду у справі №462/849/19 від 20.07.2021 предметом перегляду була ухвала про призначення генетичної експертизи судом першої інстанції у справі про скасування актового запису про батька дитини. У ньому, з-поміж інших, використано такий аргумент з практики ЄСПЛ:

«Тобто серед джерел доказів, відповідно до статті 76 ЦПК України, крім іншого, є висновок експерта.

У рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Дульський проти України» від 01.06.2006, яке відповідно до положень статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» застосовується судом, як джерело права, зазначено, що експертиза, призначена судом, є одним із засобів встановлення або оцінки фактичних обставин справи і тому складає невід’ємну частину судової процедури» [30].

Аргумент з практики ЄСПЛ у цитованому фрагменті, по суті, дублює цитовану норму ст. 76 КПК України і без такого посилення аргументація постанови апеляційного суду не була б слабшою. Тому тут рішення ЄСПЛ можна вважати додатковим аргументом.

Вважаємо, що саме про такий критерій оцінювання аргументів з практики ЄСПЛ у правозастосовчих актах Верховного Суду йдеться у Звіті за результатами громадського моніторингу застосування Верховним Судом практики Європейського суду з прав людини, коли автори звіту розмірковують про нормативність чи риторичність посилення Верховного Суду на практику ЄСПЛ:

«Якщо ВС у своєму рішенні наводить «доктрини, тести, алгоритми», якими користується ЄСПЛ і які є релевантними обставинам справи у ВС, і вони включаються у загальну логіку аргументації національного суду, то ми маємо справу із нормативним аргументом чи аргументацією на основі нормативного положення рішення ЄСПЛ... Нормативність має безперечне значення лише в умовах колізії національного закону, існування прогалін, розбіжностях тлумачення національного законодавства, необхідності застосування загальних принципів за відсутності їх тлумачення національними судами тощо. Якщо питання врегульовано національним законом чи іншими міжнародно-правовими актами (що мають статус спеціальних по відношенню до Конвенції), то нормативність стає мінімальною і таке посилання вже є (чи може бути) виключно риторичним аргументом...

Показовою у цьому відношенні є ситуація щодо підстав для передачі справи на розгляд ВП ВС. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 346 КАСУ справа передається на розгляд ВП ВС у всіх випадках, коли підстава оскарження стосується предметної юрисдикції. Чіткість та формальність цієї підстави є «самодостатньою» і не потребує додаткових нормативних аргументів. Водночас, певна частина рішень КАС (такий підхід застосовують не всі судді, а деякі з них) містить розгорнуті посилання на практику ЄСПЛ (зокрема, рішення у справах «Сокуренко і Стригун проти України» та деяких інших). Інколи створюється враження, що нормативна підстава національного процесуального закону в таких ухвалах КАС має явно менше значення ніж загальні (часто – надмірно загальні) положення із рішень ЄСПЛ...

Є чіткі ознаки того, що частиною суддів ВС практика ЄСПЛ «сакралізується» як універсальний риторичний ресурс, використання якого може перетворюватись у самоціль, або ж відбуватись з виходом за межі конкретних завдань мотивації рішення у конкретній справі» [5, с. 15–17].

З огляду на зазначене, під нормативним аргументом, вважаємо, автори цього звіту мають на увазі ситуації, коли цитування практики ЄСПЛ є самодостатнім для висновування, тоді як риторичним аргументом вони вважають додаткові до аргументів з національного права аргументи з практики ЄСПЛ, без яких інколи можна обійтись.

Отже, у тому разі, коли певний аргумент є визначальним для переконування у підставності відповідної правової позиції, але є ще й інші аргументи у аргументувальній структурі, він є основним, а інші – додаткові. Водночас, не можемо погодитися з тим, що вони є риторичним ресурсом, який протиставляється нормативним аргументам. Адже аргумент з судової практики (прецеденту) є повноцінним правовим аргументом системного типу, навіть якщо й виконує додаткову роль в структурі аргументування.

Крім того, у зв'язку з цим питанням заслуговує на увагу позиція Ж. Плага про те, що основними (необхідними) в данському, англійському та американському праві є аргументи з *ratio decidendi*, а додатковими – з *obiter dicta* [11, с. 189–203].

Зазначене ще більше актуалізує запропонований критерій класифікації аргументів та специфікує його щодо оцінювання прецедентних судових рішень у інших правових системах.

За *стадією правового регулювання, на якій використовують аргументи*, вони можуть бути *правотворчими, правотлумачними, правозастосовчими*. Запропоновані у літературі згадані вище типи аргументів для правозастосовчої аргументації застосовні і до правотворчої й офіційної правотлумачної аргументації. Мабуть, це зумовлено тим, що аргументи щодо права стосуються не лише змісту чи юридичних властивостей норм права, але й змісту правового регулювання.

Крім того, у правозастосовчій аргументації використовують правотлумачні аргументи як аргументи щодо права (насамперед, системні). Суто правозастосовчими можна вважати аргументи зі встановленої норми, побудовані на юридичній кваліфікації фактів. Так само, у правотворчій аргументації можуть використовувати правотлумачні аргументи, обґрунтовуючи зміст правового регулювання (насамперед, аргумент з наслідків).

За *джерелом походження* поділяємо аргументи на: *ті, що походять від уповноважених на правове аргументування суб'єктів* та *ті, що їх створюють у процесі інших різновидів юридично значущої діяльності* (правничо-наукової та правореалізаційної).

Від уповноважених на правове аргументування суб'єктів, які мають певну аргументувальну компетенцію, походять праворегулятивні аргументи, тоді як від суб'єктів, які не уповноважені на правове аргументування суб'єктів, але мають певну аргументувальну компетентність, походять інші аргументи, зокрема доктринальні.

Роль доктринальних аргументів, тобто тих, що їх висловлюють правники-науковці у своїх дослідженнях та інших працях, є значною у правовій аргументації. Адже доктринальні аргументи можуть ставати праворегулятивними, якщо аргументувач використає наукові положення для обґрунтування своїх точок зору у правотворчій, офіційній правотлумачній чи правозастосовчій діяльності.

Як приклад, наведемо аргумент, що його використала Велика Палата Верховного Суду в постанові у справі №9901/76/19 від 31.03.2021 :

«34. У вітчизняній теорії права загально визнано, що нормативно-правовий акт – це письмовий документ компетентного органу держави, уповноваженого нею органу місцевого самоврядування чи іншого суб'єкта, в якому закріплено забезпечуване нею формально обов'язкове правило поведінки загального характеру. Такий акт приймається як шляхом безпосереднього волевиявлення народу, так і уповноваженим на це суб'єктом за встановленою процедурою, розрахований на невизначене коло осіб і неодноразове застосування.

35. Натомість акт індивідуальної дії (інші назви: індивідуальний акт, правозастосовний акт, акт застосування норм права, індивідуально-правовий акт) є результатом застосування юридичних норм, установлених в акті нормативно-право-

вому. Тому акт індивідуальної дії є формально обов'язковим для персоніфікованих (чітко визначених) суб'єктів; вміщує індивідуальні приписи, в яких зафіксовані суб'єктивні права та/чи обов'язки адресата цього акта; розрахований на врегулювання лише конкретної життєвої ситуації, а тому його юридична чинність (формальна обов'язковість) вичерпується одноразовою реалізацією.

36. З огляду на вказане нормативно-правовий акт містить загальнообов'язкові правила поведінки (юридичні норми), тоді як акт індивідуальної дії – індивідуалізовані (індивідуально-конкретні) приписи, що є результатом застосування юридичних норм; вимоги нормативно-правового акта стосуються всіх суб'єктів, які опиняються у нормативно регламентованій ситуації, а акт індивідуальної дії адресується конкретним суб'єктам і створює права та/чи обов'язки лише для цих суб'єктів; нормативно-правовий акт регулює певний вид суспільних відносин, а акт індивідуальної дії – конкретну життєву ситуацію; на відміну від акта індивідуальної дії нормативно-правовий акт не вичерпує дію фактами його застосування.

37. Зазначені відмінності зумовлюють визначені у чинному законодавстві України та спрямовані, зокрема, на захист персональних даних обмеження щодо оприлюднення актів індивідуальної дії. Обсяг інформації про особу, що збирається, зберігається і використовується розпорядниками інформації, має бути максимально обмеженим і використовуватися лише з метою та у спосіб, визначений законом (частина друга статті 10 Закону № 2939-VI)» [31].

У зазначеному аргументі з правової доктрини можна реконструювати кілька засновків. можна віднести до аргументів системного типу як аргумент з контекстуальної гармонізації, адже у ньому через загальнотеоретичні положення пояснено встановлені у законодавстві обмеження.

ВИСНОВКИ

За результатами дослідження було встановлено, що аргументом у правовій аргументації слугує твердження, котре містить засновки і висновок, не всі з яких є виражені в реальних аргументах.

Виявлено, що різновиди аргументів можна встановлювати методами типології й класифікації. Констатовано, що класифікувати аргументи у правовій аргументації можна за різними підставами, перелік яких не є вичерпним. Класифікація аргументів у правовій аргументації дозволяє виявити обсяг її субстантивних засобів, а також з'ясувати обсяг властивостей аргументів.

Виснувано, що типологію можна вважати різновидом класифікації. У літературі з питань правової аргументації здебільшого не уточнено, що саме є в основі типології аргументів. Якщо ж погодитися, що в основі типу аргументу є певне методологічне підґрунтя, то йдеться про класифікацію аргументів за методологічним підґрунтям, яке слугує критерієм такої емпіричної класифікації.

Обґрунтовано, що класифікувати аргументи можна за такими критеріями: 1) за засобами формування засновків аргументу (або, іншими словами, за джерелами,

з яких суб'єкт віднаходить аргументи); 2) за формою висновування, яка є в основі аргументу; 3) за доказовою силою; 4) за об'єктом аргументування; 5) за роллю в аргументувальній структурі; 6) за стадією правового регулювання; 7) за джерелом походження.

За засобами формування засновків аргументу (або, іншими словами, за джерелами, з яких суб'єкт віднаходить аргументи) аргументи у правовій аргументації запропоновано поділити на правові і позаправові. За формою висновування (виведення), яка є в основі аргументу, аргументи у правовій аргументації поділено на дедукційні, індукційні та абдукційні. За доказовою силою аргументи у правовій аргументації бувають недоказовими (гіпотетичними) та доказовими (такими, що виконують доказову функцію). За об'єктом аргументування виокремлено такі різновиди аргументів у правовій аргументації: ті, що обґрунтовують твердження про юридично значущі факти та ті, що обґрунтовують твердження про право. За роллю в аргументувальній структурі аргументи у правовій аргументації поділяємо на основні та додаткові. За стадією правового регулювання, на якій використовують аргументи, вони запропоновано їх поділяти на правотворчі, правотлумачні, правозастосовчі. За джерелом походження аргументи поділено на: ті, що походять від уповноважених на правове аргументування суб'єктів та ті, що їх створюють у процесі інших різновидів юридично значущої діяльності (правничо-наукової та правореалізаційної).

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Наукова цінність статті зумовлена тим, що у ній автори пропонують класифікацію аргументів у правовій аргументації, яка має практичну значущість. Адже запропоновані різновиди аргументів використовують у аргументувальній практиці у правотворчості, офіційному правотлумаченні й правозастосуванні. Її теоретична значущість зумовлена тим, що в ній розкрито обсяг поняття аргументу у правовій аргументації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Загальна теорія права : підручник / О. В. Петришин, В. В. Лемак, С. І. Максимов та ін.; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2020. 568 с.
- [2] Меленко О., Стратій О. Аргументація в конституційному судочинстві: засади та проблеми реалізації в Україні. *Юридичний вісник*. 2021. № 5. С. 7–16.
- [3] Рабінович С. Природно-правова аргументація у практиці Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2009. № 4. С. 103–113.
- [4] Луць Л. А. Аргументація у правотворчій діяльності. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 9. С. 168–173.
- [5] Звіт за результатами громадського моніторингу застосування Верховним Судом практики Європейського суду з прав людини / Програма USAID реформування сектору юстиції «Нове правосуддя»; Громадська організація «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»: Я. Белих, О. Сердюк, М. Буроменський, В. Лутковська,

- О. Смірнова, С. Сиротенко. Харків, 2019. 59 с.
- [6] Walton D. N. *Legal argumentation and evidence*. Pennsylvania : Pennsylvania State University, 2002. 368 p.
- [7] MacCormick N. *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford : Oxford University Press, 2005. 287 p.
- [8] Feteris E. T. *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions*. 2-nd ed. *Argumentation Library*. Volume 1. Dordrecht : Springer Science+Business Media, 2017. 361 p.
- [9] Alexy R. *A Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* / trans. By R. Adler and N. MacCormick. Oxford : Clarendon Press, 1989. 320 p.
- [10] Alexy R. *Juristische Interpretation. Recht, Vernunft, Diskurs Studien zur Rechtsphilosophie*. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. S. 71–93.
- [11] Plug J. Indicators of obiter dicta. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation. *Artificial Intelligence and Law*. 2000. No 8. P. 189–203.
- [12] Rabinovych P., Dudash T. Legal Argumentation: Some General Theoretical Aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2022. Vol. 29. No. 1. P. 13–25.
- [13] Dudash T. Analyzing Legal Argumentation: What Theoretical Model is the Most Comprehensive? *Studia Iuridica Lublinensia*. 2022. Vol. 31. No 3. P. 85–103.
- [14] Atienza M. Como evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*. 2011. Volumen LVI. numero 67. P. 113–134.
- [15] Hinton M. *Evaluating the Language of Argument*. Springer, 2021. 234 p.
- [16] Tindale C. W. *Acts of arguing. A rhetorical model of argument*. New York : SUNY, 1999. 245 p.
- [17] Першин В., Першина И. Классификация и типология: логико-методологический анализ. *Вестник Нижегородской правовой академии*. 2017. № 14. С. 5–8.
- [18] Димидова И. Теоретическая типология в стратегии научного поиска. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2017. № 1 (13). С. 87–101.
- [19] Про регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010 № 1861-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17?find=1&text=пояснювальн#top> (дата звернення: 17.07.2022).
- [20] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та інших законодавчих актів України щодо мотивування судових рішень». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI04126A.html (дата звернення: 17.07.2022).
- [21] Відкритий Суд. *Про захист честі, гідності та ділової репутації*. Ч. 4 [відео]. 16 жов-тня 2020. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=OR48LxcN5ZE> (дата звернення: 17.07.2022).
- [22] Aldisert L. *Logic For Lawyers. A Guide For Clear Legal Thinking*. Indiana : National Institute for Trial Advocacy, 1997. 259 p.
- [23] Alexy R. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16, No 4. P. 433–449.
- [24] Рішення Дарницького районного суду м. Києва у справі № 753/12294/19 від 29.10.2020. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92520431> (дата звернення: 17.07.2022).

- [25] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) № 1–15/99 від 27.10.1999. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-99#Text> (дата звернення: 17.07.2022).
- [26] Burks A. W. Peirce's Theory of Abduction. *Philosophy of Science*. Vol. 13. No. 4. 1946. P. 301–306.
- [27] Рішення Європейського суду з прав людини справі № 34056/02 «Гонгадзе проти України» від 08.11.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_420#top (дата звернення: 17.07.2022).
- [28] Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 800/162/14 від 20.01.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406949> (дата звернення: 17.07.2022).
- [29] Стенограма засідання Верховної Ради IX скликання від 03.06.2021: 5 сесія. URL: <https://www.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/7736.html> (дата звернення: 17.07.2022).
- [30] Постанова Львівського апеляційного суду у справі № 462/849/19 від 20.07.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98530306> (дата звернення: 17.07.2022).
- [31] Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 9901/76/19 від 31.03.2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97451673> (дата звернення: 17.07.2022).

REFERENCES

- [1] *General theory of law* (2020). Petryshyn, O. V., Lemak, V. V. & Maksymov, S. I., etc. Kharkiv: Pravo.
- [2] Melenko, O. & Stratiy, O. (2021). Argumentation in constitutional judiciary: principles and problems of implementation in Ukraine. *Law Herald*, 5, 7–16.
- [3] Rabinovych, S. (2009). Natural Law Related Argumentation in the Case Law of the Constitutional Court of Ukraine. *Journal of the Constitutional Court of Ukraine*, 4, 103–113.
- [4] Luts', L. (2020). Argumentation in Law-making Process. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 9, 168–173.
- [5] Bielykh, J., Serdiuk, O., Buromenskyi, M., Lutkovska, V., Smirnova, O. & Syrotenko, S. (2019). *Public Control Report on Application by Supreme Court of the European Court of Human Rights Case Law*. Kharkiv: NGO «Institute of Applied Humanitarian Researches».
- [6] Walton, D. N. (2002). *Legal argumentation and evidence*. Pennsylvania: Pennsylvania State University.
- [7] MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Feteris, E. (2017). *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht : Springer Science+Business Media.
- [9] Alexy, R. (1989). *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Oxford: Clarendon Press.
- [10] Alexy, R. (1995). Juristische Interpretation. *Recht, Vernunft, Diskurs Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, 71–93.
- [11] Plug, J. (2000). Indicators of obiter dicta. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation. *Artificial Intelligence and Law*, 8, 189–203.
- [12] Rabinovych, P. & Dudash, T. (2022). Legal Argumentation: Some General Theoretical Aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29 (1), 13–25.
- [13] Dudash, T. (2022). Analyzing Legal Argumentation: What Theoretical Model is the Most Comprehensive? *Studia Iuridica Lublinensia*, 31 (3), 85–103.

- [14] Atienza, M. (2011). Como evaluar las argumentaciones judiciales. *Diánoia*, LVI (67), 113–134.
- [15] Hinton, M. (2021). *Evaluating the Language of Argument*. Dordrecht: Springer.
- [16] Tindale, C. W. (1999). *Acts of arguing: A rhetorical model of argument*. Albany: SUNY Press.
- [17] Pershyn, V. & Pershyna I. (2017). Classification and Typology: Logical and Methodological Analysis. *Journal of Nizhny Novgorod Legal Academy*, 14, 5–8.
- [18] Dimidova, I. (2017). Theoretical Typology in the Strategy of Scientific Search. *Philosophical and Methodological Problems of Law*, 1 (13), 87–101.
- [19] Law of Ukraine No. 1861-VI « On the Rules of the Supreme Council of Ukraine». (2020, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17?find=1&text=пояснювальн#top>.
- [20] Explanatory Note to Draft Law of Ukraine «On Ammendments to Law of Ukraine «On Judiciary and Judges’ Status» and Other Legislative Acts Concerning Motivation of Judicial Decisions». Retrieved from http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI04126A.html.
- [21] Open Court. *On the protection of honor, dignity and business reputation, part 4* [video]. (2020, October). Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=OR48LxcN5ZE>
- [22] Aldisert, L. (1997). *Logic For Lawyers. A Guide For Clear Legal Thinking*. Indiana: National Institute for Trial Advocacy.
- [23] Alexy, R. (2003). On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, 16 (4), 433–449.
- [24] Darnytskyi District Court’s of Kyiv Judgement in the Case No. 753/12294/19. (2020, October). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92520431>.
- [25] Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 1–15/99. (1999, October). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-99#Text>.
- [26] Burks, A. W. (1946). Peirce’s Theory of Abduction. *Philosophy of Science*, 13 (4), 301–306.
- [27] European Court of Human Rights’ Judgement in the Case No. 34056/02 «Gongadze v. Ukraine». (2005, October). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_420#top.
- [28] Supreme Court’s Judgement in the Case No. 800/162/14. (2021, January). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406949>.
- [29] Transcript of the Meeting of the Supreme Council on the 5th session. (2021, June). Retrieved from <https://www.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/7736.html>.
- [30] Lviv Court’s of Appeal Judgement in the Case No. 462/849/19. (2021, July). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98530306>.
- [31] Supreme Court’s Judgement in the Case No. 9901/76/19. (2021, March). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97451673>.

Петро Мойсейович Рабінович

Доктор юридичних наук, професор
Академік Національної академії правових наук України
Національна академія правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 60, Харків, Україна

Професор кафедри теорії та філософії права
Львівський національний університет імені Івана Франка
79000, вул. Університетська, 1, Львів, Україна

Тамара Іванівна Дудаш

Кандидат юридичних наук

Доцент кафедри теорії та філософії права

Львівський національний університет імені Івана Франка

79000, вул. Університетська, 1, Львів, Україна

Petro M. Rabinovych

Doctor of Law, Professor

Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law

The Ivan Franko National University of Lviv

79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

Tamara I. Dudash

PhD in Law

Associate Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law

The Ivan Franko National University of Lviv

79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Рабінович П. М., Дудаш Т. І. Аргументи у правовій аргументації: деякі загальнотеоретичні аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 47–68.

Suggested Citation: Rabinovych, P. M., & Dudash, T. I. (2022). Arguments in Legal Argumentation: Some Theoretical Aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 47–68.

Стаття надійшла / Submitted: 17.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 06.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. РОЗВИТОК УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

УДК 342.41

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-69

Віктор Павлович Колісник

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

*Конституційний Суд України
Київ, Україна*

Григорій Валерійович Берченко

*Кафедра конституційного права України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Тетяна Миколаївна Слінько

*Кафедра конституційного права України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

КОНСТИТУЦІЙНА ІДЕНТИЧНІСТЬ ЯК ВТІЛЕННЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ

Анотація. У статті з'ясовано сутність концепції конституційної ідентичності, а також її зв'язок з установчою владою. Виокремлюється два основні підходи до розуміння конституційної ідентичності: широкий і вузький. В першому випадку йдеться про сталість певних принципів, інститутів і традицій, що втілюються на нормативному і правозастосовному (судовому) рівнях, у юридичних звичаях і практиці реалізації конституції. В другому випадку йдеться про наявність незмінюваних положень конституції, що поєднується із судовим контролем за змінами до конституції, а також конституційним контролем положень права ЄС. Багато конституцій захищають свою ідентичність, встановлюючи незмінювані конституційні положення, або значно ускладнюючи внесення змін щодо певних принципових позицій. Вочевидь, що ці правила покликані захистити конституції від встановленої (*constituted power, pouvoir constitué*) влади. Натомість саме установча (*constituent power, pouvoir constituant*) влада і призначена таку ідентичність конституції створювати або змінювати. За вузького підходу мова може йти іноді також про конституційний судовий контроль права ЄС. Робиться висновок, що концепція конституційної ідентичності, маючи на меті захистити основні конституційні цінності

держав, може стати наріжним каменем взаємовідносин держав-членів з ЄС, особливо у випадку приходу до влади популістських сил. Останнім часом з'являється все більше критиків концепції конституційної ідентичності, проте стверджується, що альтернативи конституційній ідентичності не існує. Формули «вічності» («eternity clause») будуть продовжувати існувати в конституціях як втілення установчої влади народу, який ухвалив конституцію і ЄС має з цим рахуватися. Зловживання ж цією концепцією є скоріше закономірним наслідком правління популістських партій і урядів, проте не причиною для відмови від конституційної ідентичності повністю. Ключовим методом дослідження в статті є порівняльно-правовий. Використані також формально-логічний метод (для формулювання підходів до конституційної ідентичності), історико-правовий метод (для з'ясування еволюції концепції конституційної ідентичності), системний метод (для з'ясування зв'язку конституційної ідентичності з концепцією установчої влади).

Ключові слова: конституційна ідентичність, установча влада, популізм, формула «вічності», Європейський Союз.

Viktor P. Kolisnyk

*National Academy of Legal Sciences Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

*Constitutional Court of Ukraine,
Kyiv, Ukraine*

Hryhorii V. Berchenko

*Department of Constitutional Law of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

Tetyana M. Slinko

*Department of Constitutional Law of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

CONSTITUTIONAL IDENTITY AS THE CONSTITUENT POWER EMBODIMENT

Abstract. *The article clarifies the essence of the constitutional identity concept, as well as its connection with the constituent power. There are two main approaches to understanding constitutional identity: broad and narrow. In the first case, it is about the permanence of certain principles, institutions and traditions, embodied at the normative and law enforcement (judicial) levels, in legal customs and practice of implementing the constitution. The second case concerns the existence of the constitution unchanged provisions, combined with judicial review of amendments to the constitution, as well as constitutional review of provisions of the EU law. Many constitutions protect their identity by establishing unchanging constitutional provisions or mak-*

ing it much more difficult to amend certain principled positions. It is obvious that these rules are designed to protect the constitution from the established (constituted power, pouvoir constitué) power. Instead, it is the constituent power (pouvoir constituant) that is intended to create or change such an identity of the constitution. With a narrow approach, it can sometimes also be a question of constitutional judicial review of the EU's law. It is concluded that the concept of constitutional identity, aimed at protecting the basic constitutional values of states, can become a cornerstone of the relationship between member states and the EU, especially in case of populist forces coming to power. More and more critics of the concept of constitutional identity have emerged recently, but it has been argued that there is no alternative to constitutional identity. The formulas of «eternity» clause will continue to exist in the constitutions as the embodiment of the constituent power of the people who adopted the constitution and the EU must take this into account. The abuse of this concept is rather a natural consequence of the rule of populist parties and governments, but not a reason to abandon the constitutional identity completely. The key research method in the article is comparative law. The formal-logical method (for formulating approaches to constitutional identity), the historical-legal method (for elucidating the evolution of the concept of constitutional identity), and the system method (for elucidating the connection between constitutional identity and the concept of constituent power) were also used.

Keywords: *constitutional identity, constituent power, populism, «eternity clause», the European Union.*

ВСТУП

Поняттям «ідентичність» активно оперують представники гуманітарних наук. Що ж таке ідентичність? На думку Нікласа Лумана, ідентичності замислюються для зв'язку очікувань, і шляхом такого виділення очікування, що залишається ідентичними, упорядковуються в предметному відношенні. Так організовуються зв'язки і розрізнення. При цьому ідентичності охоплюють – на чому і будується їх внесок у створення порядку – не тотожні або однорідності, а різні очікування; а вони різні через їх комбінації [1, с. 413]. Семюел Гантінгтон стверджує, що ідентичність – самосвідомість індивіда або групи. Вона являє собою продукт самоідентифікації, розуміння того, що ви або я володіємо особливими якостями, що відрізняють мене від вас і нас від них. Ідентичність властива навіть новонародженому, у якого вона визначається такими ознаками, як стать, ім'я, батьки, громадянство [2, с. 50].

Наше почуття ідентичностей, яких у нас, насправді, багато, не обмежується виключно державою. Ми ототожнюємо себе з людьми тієї ж релігії, тієї ж мовної групи, тієї ж раси, того ж гендера, тих же політичних переконань або тієї ж професії. Ці множинні ідентичності не стикуються з державними кордонами [3, с. 187–188].

Існує навіть ідея світової конституції, що будується на конституційному патріотизмі. При цьому, на думку Юргена Габермаса, інклюзивне, проте організоване в просторі і часі співтовариство громадян світу, не може досягти порівняно жорсткого ступеня інтеграції державним чином організованого співтовариства

з власною культурною ідентичністю. Адже політичній культурі світового співтовариства не вистачає етико-політичного виміру, яке було б необхідним для відповідної глобальної ідентичності [4, с. 335].

Більше того, як стверджує Френсіс Фукуяма, окрім використання ідентичності для інтеграції і об'єднання, ідентичність може бути використана для того, щоб сіяти ворожнечу [5, с. 226]. Відповідна тенденція щодо використання ідентичності популістами для приходу до влади і проведення власної політики не може бути нами непоміченою. Поки що обидві тенденції, названі Френсісом Фукуямою, ідуть пліч о пліч. Інтеграційні процеси на сьогоднішній день поєднані з відцентровими процесами партикуляризму.

Водночас, конституційна сфера переконливо демонструє, що навіть поза загрозою популізму ідентичність формує ту межу, яка означає власний «конституційний код», що знаходить свідчить про вияв установчої влади в державі. Допоки національні конституційні системи існують, вони будуть зберігати власну ідентичність.

Метою статті є з'ясування сутності концепції конституційної ідентичності, а також її зв'язку з установчою владою. Конституційна ідентичність поступово «захоплює» все більший простір в конституційно-правовій сфері. Вона, як правило, використовується для позначення незмінюваних положень конституції, а також для позначення меж міждержавної інтеграції. Установча влада народу, при цьому, будучи за своєю природою, суверенною концепцією, означає певний абсолют, який не може бути поставлений під сумнів або змінений ніким, крім самої установчої влади.

Для українського наукового дискурсу концепція конституційної ідентичності загалом є маловивченою. У вітчизняній науці існують різні підходи до інтерпретації самого змісту поняття конституційної ідентичності. Так, М. В. Савчин включає до національної конституційної ідентичності такі основні елементи: «а) національна конституційна культура і доктрина; б) правовий стиль ухвалення юридичних рішень; в) система судового конституційного контролю; г) інституційний дизайн: горизонтальний і вертикальний поділ влади; д) вибори та контроль над владою» [6, с. 37]. Власне кажучи, йдеться про конституційну ідентичність в широкому її розумінні. Таким чином, позицію вченого можна віднести до широкого підходу. Натомість Ю. Г. Барабаш використовує концепцію конституційної ідентичності в контексті внесення змін до Конституції України [7, с. 40], тобто – у вузькому значенні.

Конституційний Суд України термін «конституційна ідентичність» довгий час не використовував. Проте ми можемо вже робити висновки на підставі досить значної практики Конституційного Суду України в частині попереднього контролю за законопроектами про внесення змін до Конституції України. Вперше термін «конституційна ідентичність» використаний в рішенні від 14 липня 2021 року № 1-р/2021 у справі за конституційним поданням 51 народного депу-

тата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної». В мотивувальній частині цього рішення Конституційний Суд України вказав, що «...юридичний статус української мови як державної є водночас засадничою конституційною цінністю, питомою ознакою й ключовим чинником єдності (соборності) Української держави та невіддільною частиною її конституційної ідентичності».

Крім того, якщо брати зовнішній аспект конституційної ідентичності, варто враховувати, що задекларована мета на набуття членства у Єврейському Союзі під час своєї реалізації обов'язково зіштовхнеться з необхідністю усвідомлення правничим і політичним середовищем конституційної ідентичності України. У цьому разі концепцію конституційної ідентичності, цілком ймовірно, буде використовувати в цьому зв'язку і Конституційний Суд України.

Саме тому усвідомлення себе як частини європейського простору і своєї європейської ідентичності (преамбула Конституції України) варто починати вже зараз. Для цього потрібно зрозуміти європейський дискурс і контекст, в якому перебувають нині національні європейські держави в частині використання концепції конституційної ідентичності. Варто усвідомлювати, що знання можуть бути використані як на благо, так і на шкоду. Задля запобігання відповідних помилок і зменшення ризиків спотворення самої ідеї конституційної ідентичності потрібно з'ясувати все різноманіття підходів до конституційної ідентичності в Європі.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Ключовим методом дослідження в статті є порівняльно-правовий. На матеріалах наукових праць, а також практики європейських конституційних судів і Суду ЄС доцільно проаналізувати розвиток концепції конституційної ідентичності в європейському праві, а також в праві окремих держав-членів ЄС, загрози концепції конституційної ідентичності та її критика. Використані формально-логічний метод (для формулювання підходів до конституційної ідентичності), історико-правовий (для з'ясування еволюції концепції конституційної ідентичності), системний (для з'ясування зв'язку конституційної ідентичності з концепцією установчої влади).

Досить детально доктрина конституційної ідентичності розроблена у західній науці. Це пов'язано із її активним використанням на практиці, зокрема, Федеральним Конституційним Судом Німеччини. Якщо ми почнемо із формулювання підходів до конституційної ідентичності, то побачимо, що в літературі склалося два основні підходи до розуміння конституційної ідентичності: широкий і вузький. В першому випадку йдеться скоріше про сталість певних принципів, інститутів і традицій, що втілюються на нормативному і правозастосовному (судовому) рівнях, у юридичних звичаях і практиці реалізації конституції. В другому випадку йдеться про наявність незмінюваних положень конституції, що поєднується із

судовим контролем щодо змін конституції, а також конституційним контролем за положеннями права ЄС.

Представниками широкого розуміння конституційної ідентичності можна назвати Гарі Джекобсона (Gary Jeffrey Jacobsohn), Міхель Розенфельда (Michel Rosenfeld) та багатьох інших вчених. Гарі Джекобсон (Gary Jeffrey Jacobsohn) наполягає, що існують атрибути конституції, які дозволяють ідентифікувати її як таку, і що існує діалогічний процес формування ідентичності, який дозволяє нам визначити конкретну ідентичність будь-якої конституції. Представляючи поєднання прагнень та зобов'язань, що виражають минуле нації, конституційна ідентичність також розвивається в постійній політичній та інтерпретаційній діяльності, що відбувається в судах, законодавчих органах та інших державних та приватних сферах [8, с. 361].

Герхард Ван дер Шиф (Gerhard van der Schyff) теж наполягає на широкій концепції конституційної ідентичності. Обмеження ж відповідної концепції кодифікованою конституцією ризикує виключити основні елементи ідентичності, які не можуть бути захищені таким документом. По суті, для правового порядку навіть не потрібно мати кодифіковану конституцію, щоб він мав конституційну ідентичність, як це доводить Сполучене Королівство. Конституційну ідентичність можна знайти скрізь, де є конституційні звичаї та норми, що підтримують структуру управління, включаючи стримування та противаги, такі як захист основних прав [9, с. 169].

Звичайно, писаний текст конституції в жодному разі за цим (широким) підходом не ігнорується. То й же Гарі Джекобсон (Gary Jeffrey Jacobsohn) пише, що заборони до певних видів конституційних змін призначені – принаймні теоретично – зберегти раніше існуючу ідентичність, перешкоджаючи видаленню тих атрибутів, без яких даний об'єкт став би чимось іншим [10, с. 362–363].

Досить активно широку концепцію конституційної ідентичності розвиває Міхель Розенфельд (Michel Rosenfeld). На погляд вченого, не варто дивитися на конституцію лише з формальної точки зору – лише як текст, адже суттєвий вплив здійснюють також суддівське тлумачення, як, наприклад, протягом ХХ ст. у США. Адже, чи зберігається конституційна ідентичність в США, незважаючи на конституційні потрясіння, спричинені Громадянською війною «Новий курс» та рухом за громадянські права 1960-х? З іншого боку, Франція, незважаючи на ухвалення нових конституцій зберігає конституційну наступність: чинна Конституція 1958 р. у преамбулі посилається на преамбулу конституції 1946 р. [11, с. 32].

Моніка Ползін (Monika Polzin) розглядає конституційну ідентичність у вузькому розумінні – як основні конституційні положення [12, с. 412]. Саме на вузькому підході побудовані праці вченої з питань конституційної ідентичності [13]. Ми вбачаємо в рамках цієї статті доцільним дослідження із використанням, переважно, вузького підходу до конституційної ідентичності. Більш широку інтерпретацію конституційної ідентичності залишаємо для подальших детальних досліджень

відповідної проблематики. При цьому наголошуємо, що зв'язок конституційної ідентичності із концептом «установча влада» можливий як за умови широкого, так і у вузького підходів до конституційної ідентичності. Концепт «установча влада» артикулюється в Україні, починаючи з часів Михайла Грушевського [14], і його практична реалізація цілком може вивчатися в динаміці кризь призму ідеї ідентичності.

Розглядаючи конституційну ідентичність у вузькому розумінні, наголошуємо, що її генеза пов'язана із сучасною тенденцією до закріплення у позитивному конституційному тексті незмінюваних положень конституції. Такі положення становлять внутрішній аспект конституційної ідентичності, вони фіксуються експліцитно, рідше – є імпліцитними, тобто виводяться органом конституційного контролю з тексту конституції. Ми ж в межах цієї статті зосередимо свою увагу на зовнішньому аспекті конституційної ідентичності, тобто теоретичних і практичних питаннях використання конституційної ідентичності у зв'язку з європейською інтеграцією і членством в ЄС.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Поширення концепту конституційної ідентичності

Вважається, що витoki конституційної ідентичності можна знайти вже у Карла Шмітта, який одним із перших критикував ціннісну нейтральність Веймарської конституції. У Веймарській республіці відбувалася активна дискусія, що стала згодом, після війни, поштовхом для закріплення незмінюваних принципів (ст. 79 абз. 3 Основного Закону) [15, с. 162–164].

Сьогодні німецький Основний Закон 1949 р. (German Basic Law, Grundgesetz) у ст. 79(3) закріплює застереження про вічність (т.з. «*eternity clause*») – перелік незмінюваних положень Конституції (Основного Закону) ФРН. За Конрадом Хессе, Основний Закон ФРН уповноважує тільки на зміну, але не на скасування або усунення конституції, це обмеження містить не тільки заборону скасування конституції в цілому. Воно виключає також будь-яку «зміну» конституції, яка скасовувала б ідентичність історично конкретного ладу, який впливає з Основного закону. Це було б можливим у разі зміни матеріальної основи конституції, тобто основних елементів демократичного і державно-правового ладу Основного закону [16, с. 329].

Питання «конституційної ідентичності» – це тема, актуальність якої виникає в сучасних конституційних демократіях у контексті конституційних змін. «Конституційну ідентичність» у правовому контексті розглядають як «ідентичність конституції» [17, с. 105].

В цьому контексті конституційна ідентичність тісно пов'язана із незмінюваними конституційними положеннями і різноманітними конституційними доктринами, які виникли з цього приводу в конституційній юриспруденції (доктрина базової структури конституції в Індії, доктрина заміщення конституції в Колумбії

тощо). Варто одразу зазначити, що напряму сам термін «конституційна ідентичність» в практиці конституційних і верховних судів використовується не так часто. Проте із активним використанням найавторитетнішим конституційним судом в світі – Федеральним Конституційним Судом Німеччини (справи *Solange I*, *Solange II* і *Lissabon*, про які йтиметься далі), відповідний термін почав своє поступове розповсюдження в Європі.

Практика конституційних судів свідчить про використання конституційної ідентичності переважно з огляду на незмінювані положення конституції, тобто у вузькому розумінні. При цьому підґрунтям для формування певних імпліцитних положень, що формулюється конституційними судами як незмінювані положення конституції, і, відповідно положення, що характеризуються конституційну ідентичність, може бути широке розуміння конституційної ідентичності. Яскравим прикладом у цьому відношенні є Угорщина, про що йтиметься далі в статті.

Прикладом поширення концепції конституційної ідентичності є сусідня до України Молдова. Причому конституційна ідентичність використовувалася Конституційним Судом Молдови з досить неординарною метою – для побудови ієрархії джерел, що формують «конституційний блок». Так, зокрема, в постанові від 5 грудня 2013 р. №36 про тлумачення частини 1 статті 13 Конституції у співвідношенні з Преамбулою Конституції і Декларації про незалежність Республіки Молдова, Конституційний Суд Молдови вказав, що Декларація про незалежність, відображаючи основні політичні цілі, виражає національну свідомість і визначає «конституційну ідентичність» Республіки Молдова. Будучи установчим актом держави Республіка Молдова, Декларація про незалежність не може піддаватися жодним змінам і/або доповненням. Декларація про незалежність має статус «непорушної клаузули», оскільки визначає конституційну ідентичність політичної системи. Змінити її принципи означає зруйнувати цю ідентичність (пункти 84, 89, 117, 119, 121 мотивувальної частини). Конституційний Суд Молдови із використанням концепції конституційної ідентичності сформулював також імпліцитні незмінювані положення конституції. В постанові від 16 травня 2016 р. № 14 щодо виключного випадку неконституційності пункту «с» частини 2 статті 1 Закону від 25 травня 2012 р. № 121 про забезпечення рівності Конституційний Суд Молдови визнав світський характер держави ще одним компонентом конституційної ідентичності Республіки Молдова, вказавши, що принцип збереження нейтрального ставлення до релігії закріплений з моменту утворення держави Республіка Молдова (п. 73 мотивувальної частини). Нарешті досить показовим у практиці Конституційного Суду Молдови є рішення, що яскраво демонструє зовнішній аспект конституційної ідентичності, якому ми приділяємо ключову увагу в межах досліджуваної проблематики. Так, у постанові від 9 жовтня 2014 р. №25 щодо контролю конституційності Угоди про асоціацію між Республікою Молдова, з одного боку, і Європейським Союзом і Європейським співтовариством атомної енергії і їх державами членами, з іншого боку, і Закону № 112 від 2 липня 2014 р. про ратифі-

кацію Угоди про асоціацію Конституційний Суд Молдови вказав, що за змістом Декларації про незалежність і статті 1 Конституції, курс на зближення з простором європейських демократичних цінностей є визначальним елементом конституційної ідентичності Республіки Молдова (пункти 61, 63, 114 мотивувальної частини).

2.2. Зв'язок конституційної ідентичності з установчою владою

Досить детально зв'язок конституційної ідентичності з установчою владою аналізує Міхель Розенфельд (*Michel Rosenfeld*), позицію якого ми хочемо навести для подальшого аналізу. На думку вченого, перш за все, внесення змін до конституції передбачає її зміну, що не загрожує її загальній єдності чи ідентичності. Натомість створення конституції (*constitution-making*) вимагає створення нової єдності та ідентичності, що, у свою чергу, залежить від відмови від попередніх конституційних ідентичностей та інших доконституційних та позаконституційних конституційних ідентичностей. На рівні офіційної конституції процес створення конституції (*constitution making*) чітко відрізняється від внесення змін до конституції. Перший виходить із установчої влади (*pouvoir constituant*), тоді як другий діє відповідно до приписів, викладених у положеннях про внесення змін до чинної конституції. При цьому межі між установчою владою та встановленою владою (*pouvoir constitué*) часто розмиті, а іноді їх неможливо розпізнати. Є, звичайно, явні випадки внесення змін до конституції, які не загрожують конституційній ідентичності, а також прямо протилежні випадки – коли зміни конституції означають зміну конституційної ідентичності [18, с. 30, 31]. Як бачимо, ідеї Міхель Розенфельда (*Michel Rosenfeld*), вочевидь, спираються на фундамент, який заклав свого часу, досліджуючи сутність конституції, німецький вчений Карл Шмітт.

Можемо сформулювати декілька узагальнюючих тез щодо зв'язку установчої влади і конституційної ідентичності. Установча влада реалізується щодо певних принципових моментів (ідентичності конституції). В інших випадках зміни, що не зачіпають ідентичність конституції, не є реалізацією установчої влади, а реалізують владу встановлену самою конституцією. По суті, за логікою Міхель Розенфельда (*Michel Rosenfeld*), заперечується т.з інституційна установча влада, виокремлення якої є досить поширеним у французькій доктрині конституційного права (хоч таке виокремлення іноді й критикується). Навпаки – без прийняття нової конституції зміна її ключових положень (як це було в Угорщині наприкінці 80-х років ХХ ст.), може вважатися зміною конституційної ідентичності. При цьому варто пам'ятати, що багато конституцій захищають свою ідентичність, встановлюючи незмінювані конституційні положення, або значно ускладнюючи внесення змін щодо певних принципових позицій. Вочевидь, що ці правила покликані захистити конституції від встановленої влади. З іншого боку, саме установча влада і призначена таку ідентичність конституції створювати або змінювати.

2.3. Співвідношення конституційної і національної ідентичності держав-членів ЄС

Варто нагадати, що національна ідентичність згадується у ст. 4 п. 2 Договору про ЄС 7 лютого 1992 р. (в редакції от 13 грудня 2007 р.). У абз. 3 преамбулі Хартії основоположних прав Європейського Союзу 2000 р. також згадується національна ідентичність. Національна ідентичність також згадувалася у абз. 4 преамбули Договору про запровадження конституції для Європи 2004 р. При цьому відповідно до п б ч. 3 ст. 19 Договору про ЄС Суд Європейського Союзу на звернення судів або трибуналів держав-членів виносить попередні рішення щодо тлумачення законодавства Союзу або чинності актів, ухвалених установами.

Багато хто не вбачає підстав для того, щоб ототожнювати національну ідентичність, що міститься у Лісабонському договорі, і конституційну ідентичність. Елке Клот (*Elke Cloots*) зазначає, що концептуальний стрибок у розумінні національної ідентичності як конституційної ідентичності у зв'язку з ухваленням Лісабонського договору є недостатнім, щоб служити твердою основою, на якій може бути заснована ця зміна у значенні пункту про ідентичність. При цьому «національна ідентичність» у тексті статті 4 (2) Договору про ЄС залишається – значною мірою – розмитою і неоднозначною [19, с. 84, 86]. Загалом, на думку Міхель Розенфельда (*Michel Rosenfeld*), конституційна ідентичність не є національною ідентичністю, і вона перестала б мати власну ідентичність, якби її можна було просто скласти в останню [20, с. 29].

Втім перемогла інша точка зору. Зв'язок між національною та конституційною ідентичністю поступово був сприйнятий як самоочевидна істина [21, с. 496]. У європейській конституційній практиці та теорії звичним є взаємозамінне використання термінів «національна ідентичність» та «конституційна ідентичність» [22, с. 82].

Що стосується практики національних конституційних судів, то почати потрібно з Федерального Конституційного Суду Німеччини, якому довелося вирішувати питання щодо пріоритетності права ЄС над німецьким Основним Законом, тобто ще до появи нинішнього формулювання статті 4 (2) Договору про ЄС у редакції Лісабонського договору.

У справі *Solange I* (*BVerfGE* 37, 271, 1974 р.) Федеральний Конституційний Суд Німеччини зазначив, що стаття 24 Основного закону, яка містить положення про передачу суверенних прав міжурядовим установам, «не відкриває шляху до зміни основної структури конституції, на якій базується її ідентичність, без конституційних змін, а саме через законодавство про міжурядові органи». (п. 43). Крім того, «...стаття 24.1 Основного закону не відкриває шляху до «зміни основної структури конституції, на якій базується її ідентичність» і на якій, зокрема, засновані її основні права, через законодавство міжурядових установ» (п. 81). Незважаючи на теоретичне значення, доктрина *Solange I* ніколи не приводила до висновку про порушення основних прав [23, с. 171].

Цю ж тезу Федеральний Конституційний Суд Німеччини підтвердив у справі Solange II (*BVerfGE* 73, 339, 1986 р.), зазначивши, що положення статті 24.1 Основного закону «не дозволяє надання суверенних прав міжурядовим установам відмовлятися від ідентичності чинного конституційного ладу Федеративної Республіки Німеччина...» (п. 104).

У рішенні від 30 червня 2009 р. *BVerfGE* 123, 267 по справі щодо Лісабонського Договору (*Lissabon*) Федеральний Конституційний Суд Німеччини роз'яснив, що стаття 79.3 Основного закону визначає ідентичність конституції (п. 208). Крім того, на його думку:

«Установча влада німців, які ухвалили для себе Основний закон, хотіла встановити непереборну межу будь-якому майбутньому політичному розвитку. Зміни до Основного закону, що зачіпають принципи, викладені у ст. 1 та ст. 20 Основного Закону, не допускаються (ст. 79 (3) Основного Закону). За допомогою так званої гарантії вічності розпорядження ідентичністю вільного конституційного ладу вилучається з повноважень (буквально в тексті «з рук» – *«aus der Hand»* – авт.) законодавчого органу, що вносить зміни. Основний закон не лише передбачає суверенну державність Німеччини, але й гарантує її» (п. 216).

Федеральний Конституційний Суд Німеччини інтерпретує ст. 4 (2) Лісабонського договору як таку, що зобов'язує поважати конституційні принципи держав-членів, а також їх установчу владу (п. 234, 235).

У травні 2020 р. Федеральний Конституційний Суд Німеччини вперше визнав акти ЄС як акти *ultra vires* – щодо участі Німеччини в Програмі закупівель державного сектору (*PSPP*) Європейського центрального банку (ЄЦБ) (*BVerfG*, 2 BvR 859/15). Згідно з рішенням Суду, дві установи Союзу діяли поза межами своїх повноважень (*ultra vires*). ЄЦБ, за рішенням Другого сенату, перевищив свій мандат, не підтвердивши пропорційність *PSPP*. Контроль *ultra vires* з боку Федерального Конституційного Суду Німеччини (в частині актів ЄС в рамках переданих суверенних прав) розглядається саме як різновид контролю конституційної ідентичності [24].

Таким чином, варто погодитися із тим, що з часом у застереженні про вічність з'явилася ще одна функція. Саме на її основі Федеральний Конституційний Суд Німеччини розробив доктрину конституційної ідентичності. Застереження про вічність, в якому визначаються елементи конституційної ідентичності, слугує не лише межею влади змінювати Основний закон, а й для обмеження впливу міжнародного права на Основний закон [25, с. 139]. Власне кажучи, саме німецька концепція конституційної ідентичності і заклала основу для подальшого розвитку конституційної ідентичності на європейському континенті. На практику Федерального Конституційного суду Німеччини активно посилаються європейські колеги (див., напр., рішення Конституційного Трибуналу Польщі від 24 листопада 2010 р. К 32/09, рішення Конституційного Суду Угорщини від 30 листопада 2016 р. 22/2016. (XII. 5.) АВ).

В Італії сформувалася доктрина контрлімітів (*controlimiti*) італійського Конституційного Суду (*Corte Costituzionale*). Доктрина контр-лімітів передбачає, що чинність принципу верховенства права ЄС обмежується двома факторами: конституційними положеннями, що утворюють «конституційне ядро», або «конституційну ідентичність» держави, і межами компетенції самого ЄС [26, с. 102].

Поняття конституційної ідентичності було запроваджено в 2006 році Конституційною радою Франції (CC decision no. 2006–540 DC, juillet 27, 2006) і було використано для вирішення питання про конституційні межі транспонування (*transposition*) директив ЄС у французькому законодавстві (п. 19 рішення). Втім, самій інтерпретації конституційної ідентичності Конституційна Рада Франції не приділила достатньої уваги.

Польща і Литва визнали пріоритет не тільки основних, а всіх положень конституцій над правом ЄС (Polish Constitutional tribunal case No. K. 18/04, Judgment of 11 May 2005, Lithuanian Constitutional Court. Joined cases 17/02, 24/02, 06/03, 22/04. Judgment of 14 March 2006. Section III. 9.4) [27, с. 67]. Конституційні суди Словаччини, Греції та Португалії тлумачать першість над законодавством ЄС через свої незмінні конституційні принципи [28, с. 21].

У 2016 р. Конституційний суд Угорщини запровадив поняття «історична конституційна ідентичність» і констатував суперечність законодавства ЄС щодо мігрантів такій конституційній ідентичності. Конституційний Суд послався на практику Федерального Конституційного Суду Німеччини і Конституційної Ради Франції (про це рішення детальніше йтиметься далі в статті).

Вважається, що Німеччина та Угорщина є прикладом «конфронтації із моделлю права ЄС», тоді як модель, що виникла в юриспруденції Конституційного суду Італії, слід називати «моделлю кооперації із вбудованою ідентичністю» [29, с. 105]. Разом з тим фактичне наповнення «конфронтаційної» моделі в Німеччині і Угорщині дуже різне, що навряд чи дозволяє їх в цьому плані беззастережно ставити в один ряд.

2.4. Загрози конституційної ідентичності та критика концепції

Ідея ідентичності має зворотну сторону: вона використовується для виявлення неідентичних – всіх, хто не належить до «народу». Вона поділяє суспільство на основну групу і «інших»: іноземців, якщо не ворогів [30, с. 13]. Саме тому концепція конституційної ідентичності приходиться на допомогу сучасним популістам.

Проблема в тому, що правило про визнання різноманітних конституційних ідентичностей держав-членів може сприяти зміцненню і без того сильної тенденції кидати виклик інклюзивним конституційним цінностям (як приклад – Угорщина). Йдеться про ексклюзивні конституційні цінності, що ставлять під сумнів моральну рівність деяких членів громади, обов'язково зменшують простір для інклюзивних цінностей [31, с. 1721].

Популізм зазвичай зображує конституційну ідентичність як щось, закріплене раз і назавжди, заздалегідь визначене до введення в дію правового порядку та що зберігається довго, і є недоторканим з плином часу. Популістське розуміння ідентичності людей є редуکتивним у тому сенсі, що воно схильне звукувати ідентичність до однаковості та радикалізувати це поняття [32, с. 22, 23].

Як приклад можна навести міграційну кризу. В травні 2015 року, через кілька днів після того, як у Середземному морі потонули багато сотень біженців, прем'єр-міністр Орбан оголосив, що «нам не потрібні біженці». Щоб узаконити політику щодо небажаних іммігрантів Угорщини, уряд оголосив, що проведе «національне опитування». Уряд розіслав вісім мільйонів анкет громадянам, що мають право голосу, з такими запитаннями: «Чи згодні ви з тим, що помилкова імміграційна політика сприяє поширенню тероризму? На вашу думку, чи провалилася політика Брюсселя щодо імміграції та тероризму? Чи підтримаєте ви нову постанову, яка дозволить уряду розміщувати іммігрантів, які незаконно в'їжджали в країну, у табори для інтернованих?» [33, с. 243, 254].

Як стверджується, результати референдуму стали для уряду шоком. Хоча 90% з тих, хто проголосував, підтримали його позицію, більшість громадян віддала перевагу тому, щоб залишитися вдома або виразили свою думку недійсними бюлетенями. Кількість бюлетенів виявилася недостатньою для визнання результатів дійсними [34, с. 131–132].

Габор Галмаї (*Gabor Halmai*) детально описує подальший процес. Уряд Угорщини вніс в парламент Сьому поправку до Основного закону для захисту конституційної ідентичності Угорщини та політичної легітимації недотримання законодавства ЄС у цій галузі. Оскільки запропонованій поправці не вистачило два голоси до більшості до двох третин, необхідних для затвердження, Конституційний Суд, лояльний до уряду, прийшов на допомогу шляхом захисту конституційної ідентичності в політиці Орбана щодо міграції. Суд відновив петицію також лояльного до уряду Уповноваженого з основних прав, подану роком раніше, до початку референдуму [35, с. 255].

Конституційний Суд Угорщини в рішенні 22/2016. (XII. 5.) АВ висловився так: «Повага та захист суверенітету Угорщини та її конституційної ідентичності є обов'язковим для кожного (включаючи Національну асамблею, яка вносить свій внесок у механізм прийняття рішень Європейським Союзом, і уряд, який безпосередньо бере участь у цьому механізмі), і відповідно до статті 24 (1) Основний Закон, головним органом захисту є Конституційний Суд» (п. 55). Як зазначив Конституційний Суд, конституційна самоідентичність Угорщини не є переліком статичних та замкнутих цінностей. Суд виділив декілька прикладів: свободи (*freedoms*), розподіл влади, республіканська форма правління, повага автономії, свобода віросповідання, здійснення законних повноважень, парламентаризм, рівність прав, визнання судової влади, захист національностей, які проживають поруч (п. 65).

Конституційний суд Угорщини на підставі статті 4 (2) Договору про ЄС вирішив, що конституційна ідентичність Угорщини дозволяє національному суду не застосовувати, зокрема, заходи міграційної політики ЄС, використовуючи широке тлумачення статті 4 (2) Договору про ЄС без залучення Суду ЄС за попереднім зверненням. Рішення Конституційного суду Угорщини 22/2016. (XII. 5.) АВ є особливо проблематичним, оскільки конституційна ідентичність ґрунтується на неоднозначній концепції її «історичної конституції» [36, с. 24, 31].

Конституційний суд, по суті, неофіційно внісши зміни до Основного Закону, допоміг Fidesz досягти своєї політичної програми і створив неоднозначне неявне застереження про вічність, що раніше не було відоме в конституційній системі Угорщини [66]. Рішення Конституційного Суду Угорщини досить активно критикувалося європейськими фахівцями з конституційного права.

20 червня 2018 року представники Національних зборів від коаліції Fidesz-KDNP та опозиційної партії Jobbik ухвалили Сьому поправку до Основного закону, яка стосується захисту конституційної ідентичності Угорщини. «Захист конституційної ідентичності та християнської культури Угорщини є обов'язком кожного органу держави» – сказано тепер в тексті Основного Закону (Стаття Q(4), що міститься в першому розділі «Основи» – «*Foundation*»)).

У зв'язку з цим не можна не звернути увагу на зворотну сторону власне самої концепції конституційної ідентичності. Ондраш Шайо (*András Sajó*) і Федеріко Фабріні (*Federico Fabbrini*) вбачають підстави для нормативної критики самої концепції. На їх думку, доктрина конституційної ідентичності страждає від невиліковної недостатньої визначеності, що неминуче призводить до свавільності у її використанні. Вчені стверджують, що незважаючи на своє постійне використання, концепція конституційної ідентичності є принципово хибною, її юридична якість настільки невизначена, що вона не може задовольнити вимоги верховенства права [38, с. 457, 466]. Так само П'єтро Фарагуна (*Pietro Faraguna*) зазначає, що конституційна ідентичність є надзвичайно небезпечним інструментом, що не є цілком сумісним з основними принципами конституціоналізму. Цінності, пов'язані з конституційною ідентичністю, важко збалансувати, оскільки їх вага, як передбачається, набагато більша, ніж у інших конституційних цінностей. Аргументи, пов'язані з ідентичністю, часто не можуть бути предметом раціональних дискусій [39, с. 1640].

ВИСНОВКИ

Отже, можна виокремити два основні підходи до розуміння конституційної ідентичності: широкий і вузький. В першому випадку йдеться про сталість певних принципів, інститутів і традицій, що втілюються на нормативному і правозастосовному (судовому) рівнях, у юридичних звичаях і практиці реалізації конституції. В другому випадку йдеться про наявність незмінюваних положень конституції, що поєднується із судовим контролем за змінами до конституції

(внутрішній аспект), а також конституційним контролем положень права ЄС (зовнішній аспект). Багато конституцій захищають свою ідентичність, встановлюючи незмінювані конституційні положення, або значно ускладнюючи внесення змін щодо певних принципових позицій. Вочевидь, що ці правила покликані захистити конституції від встановленої (*constituted power, pouvoir constitué*) влади. Натомість саме установча влада (*constituent power, pouvoir constituant*) і призначена таку ідентичність конституції створювати або змінювати. За вузького підходу цілком мова може йти про зовнішній аспект конституційної ідентичності, тобто про конституційний судовий контроль над правом ЄС.

Концепція конституційної ідентичності, з'явившись в практиці Федерального Конституційного Суду Німеччини, набула широкого поширення в Європі. Більше того, загально визнано, що конституційна ідентичність вписана в основні документи Європейського Союзу шляхом використання терміну «національна ідентичність». Багато хто не вбачав підстав для того, щоб ототожнювати національну ідентичність, що міститься у Лісабонському договорі, і конституційну ідентичність. Втім, перемогла інша точка зору і вони нині зазвичай ототожнюються.

Водночас концепція конституційної ідентичності, маючи на меті захистити основні конституційні цінності держав, може стати наріжним каменем взаємовідносин держав-членів з ЄС, особливо у випадку приходу до влади популістських сил. Останнім часом з'являється все більше критиків концепції конституційної ідентичності, проте стверджується, що альтернативи конституційній ідентичності не існує. Формули «вічності» (*«eternity clause»*) будуть продовжувати існувати в конституціях як втілення установчої влади народу, який ухвалив конституцію і ЄС має з цим рахуватися. Зловживання ж цією концепцією є скоріше закономірним наслідком правління популістських партій і урядів, проте не причиною для відмови від конституційної ідентичності повністю.

Що стосується України, то цей дискурс є корисним з точки зору усвідомлення потенційних юридичних проблем країн, які вже набули членство в ЄС. Ми маємо можливість підготувати власну правову систему, усвідомити межі повноважень власного органу конституційної юрисдикції щодо потенційного контролю за актами ЄС. Нині ж формування доктрини конституційної ідентичності є також вкрай актуальним з урахуванням нагальної потреби усвідомлення меж конституційного контролю за законопроектами про внесення змін до Конституції України (попередній контроль), а також законами про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності (наступний контроль).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. Санкт-Петербург : Наука, 2007.
- [2] Хантингтон С. Кто мы?: Вызовы американской национальной идентичности / пер. с англ. А. Башкирова. Москва : ООО «Издательство АСТ» ; ООО «Транзиткнига», 2004.
- [3] Сен А. Идея справедливости. Москва : Изд-во Института Гайдара, 2016.

- [4] Хабермас Ю. Политические работы. Москва : Праксис, 2005.
- [5] Фукуяма Ф. Идентичность: стремление к признанию и политика неприятия / пер. с англ. Москва : Альпина Паблшер, 2019.
- [6] Савчин М. В. Порівняльне конституційне право. Київ : ВАІТЕ, 2020.
- [7] Барабаш Ю. Г. Роль академічної думки у формуванні офіційної конституційної доктрини. *Взаємні здобутки Європейської Комісії «За демократію через право» і органів конституційної юстиції та проблеми тлумачення у конституційному судочинстві* : зб. матеріалів і тез Міжнар. онлайн-конф. (м. Київ, 25 черв. 2020 р.). Київ : ВАІТЕ, 2020. С. 40.
- [8] Jacobssohn G. J. Constitutional Identity *The Review of Politics*. 2006. №68. P. 361.
- [9] G. van der Schyff. EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2016. №76. P. 169.
- [10] Jacobsohn G. J. Op. cit. P. 362–363.
- [11] Rosenfeld M. The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community. New York : Routledge, 2010.
- [12] Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Vol. 14. No. 2. P. 412.
- [13] Polzin M. Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes? Tübingen : Mohr Siebeck, 2018. XVI, 251 p.
- [14] Ermolaev V. M. M. Hrushevsky on the constituent power of the Ukrainian people. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. 27(4). P. 16–28.
- [15] Штолляйс М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм. Москва : Полит. энцикл., 2017.
- [16] Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. Москва : Юрид. лит., 1981.
- [17] Drinóczi T. Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach *German Law Journal*. 2020. №21.
- [18] Rosenfeld M. Op. cit. P. 30, 31.
- [19] Cloots E. National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU Netherlands *Journal of Legal Philosophy*. 2016. №2(45). P. 84, 86.
- [20] Rosenfeld M. Op. cit. P. 29
- [21] Faraguna P. Taking Constitutional Identities Away from the Courts. *Brooklyn Journal of International Law*. 2016. Vol. 41:2. P. 496.
- [22] Cloots E. Op. cit. P. 82.
- [23] G. van der Schyff. Op. cit. P. 171.
- [24] Höpner M. Proportionality and Karlsruhe’s Ultra Vires Verdict: Ways Out of Constitutional Pluralism? *Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper*. 2021, 21/1 URL: https://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/2021/dp21-1.pdf (дата звернення: 23.01.2022).
- [25] Шустров Д. Г. Конституционный контроль за поправками к конституции в зарубежных странах. Москва : Юрлитинформ, 2019.
- [26] Филатова М. Конфликты конституционных и наднациональных норм: способы преодоления (на примере Европейского Союза и правовых систем государств-членов ЕС). *Международное правосудие*. 2013. №4.
- [27] Исполинов А. Приоритет права Европейского Союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов государств-членов ЕС. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2017. №4.

- [28] Bruggeman R., Larik J. The Elusive Contours of Constitutional Identity: Taricco as a Missed Opportunity *Utrecht Journal of International and European Law*. 2020. № 35(1).
- [29] Drinóczi T. Op. cit. P. 105.
- [30] Шаап С. Популистское искушение: Обратная сторона иллюзии идентичности. Київ : Вид-во Жупанського, 2020.
- [31] Körtvélyesi Z., Majtényi B. Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary. *German Law Journal*. 2017. Vol. 18 N. 7.
- [32] Corrias L. Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*. 2016. Vol.12. Iss. 1.
- [33] Halmai G. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford : Oxford University Press, 2018.
- [34] Крастев И. После Европы. Москва : Дело, 2018.
- [35] Halmai G. A Op. cit. P. 255.
- [36] Bruggeman R., Larik J. Op. cit. P. 24, 31.
- [37] Drinóczi T., Gárdos-Orosz F., Pozsár-Szentmiklósy Z. Formal and Informal Constitutional Amendment in Hungary. *MTA Working Law Papers*. 2019. № 18. URL: https://jog.tk.hu/uploads/files/2019_18_Drinoczi_GardosOrosz_PozsarSzentmiklosy.pdf (дата звернення: 23.01.2022).
- [38] Fabbrini F., Sajó A. The Dangers of Constitutional Identity. *European Law Journal*. 2019. Vol. 25. Iss. 4.
- [39] Faraguna P. Constitutional Identity in the EU-A Shield or a Sword? *German Law Journal*. 2017. Vol. 18. No. 7.

REFERENCES

- [1] Luhmann, N. (2007). *Social systems. General theory outline*. St. Petersburg: Nauka.
- [2] Huntington, S. (2004). *Who Are We?: The Challenges to America's National Identity*. Moscow: ООО «Izdatel'stvo ACT»; ООО «Tranzitkniga».
- [3] Sen, A. (2016). *The idea of justice*. Moscow: Izdatel'stvo Instituta Gaydara.
- [4] Habermas, Yu. (2005). *Political works*. Moscow: Praxis.
- [5] Fukuyama F. (2019). *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*. Moscow: Al'pina Pabliisher.
- [6] Savchyn, M. V. (2020). *Comparative constitutional law*. Kyiv: VAITE.
- [7] Barabash, Iu. G. (2020). The role of academic thought in the formation of official constitutional doctrine. *Mutual achievements of the European Commission «For Democracy through Law» and the bodies of constitutional justice and the problems of interpretation in constitutional proceedings: a collection of materials and abstracts of the International Online Conference*. Kyiv: VAITE.
- [8] Jacobsohn, G. J. (2006). Constitutional Identity. *The Review of Politics*.
- [9] G. van der Schyff (2016). EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*.
- [10] Jacobsohn, G. J. (2006). Op. cit.
- [11] Rosenfeld, M. (2010) *The identity of the constitutional subject : selfhood, citizenship, culture, and community*. New York: Routledge.
- [12] Polzin, M. (2016). Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, 14(2).

- [13] Polzin, M. (2018). *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?* Tübingen: Mohr Siebeck.
- [14] Ermolaev, V. M. (2020). M. Hrushevsky on the constituent power of the Ukrainian people. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 27(4), 16–28.
- [15] Stolleis, M. (2017). *A History of Public Law in Germany: The Weimar Republic and National Socialism*. Moscow: Politicheskaya entsiklopediya.
- [16] Hesse, K. (1981). *Fundamentals of Constitutional Law of the Federal Republic of Germany*. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
- [17] Drinóczi, T. (2020). Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach. *German Law Journal*, 21.
- [18] Rosenfeld, M. (2010) Op. cit.
- [19] Cloots, E. (2016). National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU Netherlands. *Journal of Legal Philosophy*. (45) 2.
- [20] Rosenfeld, M. (2010). Op. cit.
- [21] Faraguna, P. (2016). Taking Constitutional Identities Away from the Courts. *Brooklyn Journal of International Law*, 41(2).
- [22] Cloots, E. (2016). Op. cit.
- [23] G. van der Schyff (2016). Op. cit.
- [24] Höpner, M. (2021). Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires Verdict: Ways Out of Constitutional Pluralism? *Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper*, 21(1). Retrieved from https://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/2021/dp21-1.pdf
- [25] Shustrov, D. G. (2019). *Constitutional control over amendments to the constitution in foreign countries*. Moscow: Yurlitinform.
- [26] Filatova, M. (2013). Conflicts of constitutional and supranational norms: ways to overcome (on the example of the European Union and the legal systems of the EU member states). *International justice*, 4.
- [27] Ispolinov, A. (2017). Priority of European Union law and national (constitutional) identity in decisions of the EU Court of Justice and the constitutional courts of the EU member states. *Comparative Constitutional Review*, 4.
- [28] Bruggeman, R., Larik, J. (2020). The Elusive Contours of Constitutional Identity: Taricco as a Missed Opportunity. *Utrecht Journal of International and European Law*, 35(1).
- [29] Drinóczi, T. (2020). Op. cit.
- [30] Schaap, S. (2020). *Populist Temptation: The Other Side of the Identity Illusion*. Kyiv: Vydavnytstvo Zhupans'koho.
- [31] Körtvélyesi, Z. & Majtényi, B. (2017). Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungar. *German Law Journal*, 18(7), 1721.
- [32] Corrias, L. (2016). Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity. *European Constitutional Law Review*, 12(1).
- [33] Halmai, G. (2018). *A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press.
- [34] Krastev, I. (2018). *After Europe*. Moscow: Delo.
- [35] Halmai, G. (2018). Op. cit.
- [36] Bruggeman, R., Larik, J. (2020). Op. cit.
- [37] Drinóczi, T., Gárdos-Orosz, F. & Pozsár-Szentmiklósy, Z. (2019). Formal and Informal Constitutional Amendment in Hungary. *MTA Working Law Papers*, 18. Retrieved from https://jog.tk.hu/uploads/files/2019_18_Drinoczi_GardosOrosz_PozsarSzentmiklosy.pdf

[38] Fabbrini, F. & Sajó, A. (2019). The Dangers of Constitutional Identity. *European Law Journal*, 4(25).

[39] Faraguna, P. (2017). Constitutional Identity in the EU-A Shield or a Sword? *German Law Journal*, 18(7).

Віктор Павлович Колісник

Доктор юридичних наук, професор,

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Суддя Конституційного Суду України

01033, вул. Жилинська, 14, Київ, Україна

Григорій Валерійович Берченко

Кандидат юридичних наук, доцент

Доцент кафедри конституційного права України

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Тетяна Миколаївна Слінько

Кандидатка юридичних наук, професорка

Завідувачка кафедри конституційного права України

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Viktor P. Kolisnyk

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Judge of the Constitutional Court of Ukraine

01033, 14 Zhylianska Str., Kyiv, Ukraine

Hryhorii V. Berchenko

PhD

Associated Professor of the Department of Constitutional Law of Ukraine

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Tetyana M. Slinko

PhD, Professor

Head of the Department of Constitutional Law of Ukraine

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Колісник В. П., Берченко Г. В., Слінько Т. М. Конституційна ідентичність як втілення установчої влади. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 69–88.

Suggested Citation: Kolisnyk, V. P., Berchenko, H. V., & Slinko, T. M. (2022). Constitutional identity as the constituent power embodiment. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29 (3), 69–88.

Стаття надійшла / Submitted: 05.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 05.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО. ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство. ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ

УДК 342.114.5:327.39(477:4-6ЄС)

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-89

Олександр Віталійович Петришин

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

Кафедра теорії і філософії права

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Тетяна Євгенівна Кагановська

*Кафедра державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна
Харків, Україна*

Олександр Сергійович Передерій

*Кафедра державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна
Харків, Україна*

ТРАНСФОРМАЦІЯ В УКРАЇНІ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ СУСПІЛЬСТВА ПІД ВПЛИВОМ ПРОЦЕСІВ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ

Анотація. У статті з позицій теоретико-правового аналізу висвітлюються аспекти трансформації правової культури населення України під впливом процесів європейської інтеграції. Застосування системи методів наукового пізнання (історико-правовий метод, системно-структурний метод, структурно-функціональний метод, метод сходження від абстрактного до конкретного, метод теоретико-правового прогнозування) відкрило можливість комплексно проаналізувати основні аспекти прояву впливу процесів європейської інтеграції на трансформацію правової культури населення України. Встановлено, що процеси європейської інтеграції і активна участь України у них є важливими чинниками, які обумовлюють інноваційні зміни у національній правовій системі, а також визначають трансформацію правової культури українського населення з урахуванням універсальних правових цінностей Європейського Союзу. Запропоновано і розкрито зміст низки основних вимірів, які розкривають сутність трансформацій правової системи

України, які відбуваються через активну участь України у процесах європейської інтеграції. Зокрема, доведено, що правова культура населення України зазнає певних змін у процесі сприйняття населенням України універсальних цінностей ЄС як ідейної засади європейської інтеграції; процеси європейської інтеграції сприяють підвищенню рівня інформованості громадян про сутність основоположних правових засад організації життєдіяльності народів Європи; європейська інтеграція сприяє зміні світоглядної системи координат молодого покоління України у процесі правової соціалізації. Акцентується увага на особливому значенні сприйняття універсальних цінностей Європейського Союзу у процесі європейської інтеграції. Зауважено, що поступова, але цілеспрямована політика держави щодо втілення універсальних цінностей права Європейського Союзу сприяє їх засвоєнню населенням України на ментальному рівні із збереженням національно-культурних особливостей. Виокремлена проблематика формування позитивних загальносуспільних уявлень у зв'язку із імплементацією універсальних цінностей Європейського Союзу в Україні і запропоновано можливі варіанти їх подолання. Обґрунтовується висновок про те, що втілення на рівні індивідуальної поведінки кожного громадянина України універсальних європейських правових постулатів є важливою гарантією прискорення системних проєвропейських реформ в Україні, зміни ментальних орієнтацій населення у напрямі наближення до загальноєвропейського культурно-правового простору. У зв'язку з цим, пропонуються перспективні напрями досліджень означеної проблематики сучасною юридичною наукою, а саме – поглиблений аналіз організаційно-правових аспектів адаптації досвіду здійснення європейськими державами політики у сфері правового виховання населення, проблематики правової охорони на території європейських держав і України універсальних цінностей ЄС, пошук оптимальних стратегій підвищення рівня правової культури і правосвідомості громадян України у відповідності до кращих європейських стандартів, удосконалення нормативних засад налагодження ефективної співпраці держави і інститутів громадянського суспільства в частині реалізації заходів, спрямованих на досягнення якісних змін у формуванні високого рівня правової культури молоді тощо.

Ключові слова: право, правова культура, правова система, Європейський Союз, європейські інтеграційні процеси, універсальні цінності Європейського Союзу, права особи, Угода про асоціацію між Україною і Європейським Союзом.

Oleksandr V. Petryshyn

National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Kharkiv, Ukraine

Department of Theory and Philosophy and Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

Tetyana Ye. Kaganovska

Department of State-Legal Disciplines
Kharkiv National University V. N. Karazin
Kharkiv, Ukraine

Oleksandr S. Perederii

Department of State-Legal Disciplines
Kharkiv National University V. N. Karazin
Kharkiv, Ukraine

TRANSFORMATION OF THE LEGAL CULTURE OF SOCIETY IN UKRAINE UNDER THE INFLUENCE OF THE PROCESSES OF EUROPEAN INTEGRATION

Abstract. *The article highlights aspects of the transformation of the legal culture of Ukraine population under the impact of European integration processes from the standpoint of theoretical and legal analysis. The application of the system of scientific cognition methods (historical-legal method, system-structural method, structural-functional method, method of ascent from abstract to concrete, method of theoretical and legal forecasting) has opened the possibility to comprehensively analyze the main aspects of European integration on the transformation of legal culture of Ukraine population. It is established that the processes of European integration and active participation of Ukraine in them are important factors that cause innovative changes of the national legal system, as well as determine the transformation of the legal culture of the Ukrainian population considering the universal legal values of the European Union. The content of a number of basic dimensions is proposed and revealed, which discover the essence of the transformations of Ukrainian legal system, which take place through the active participation of Ukraine in the European integration processes. In particular, it is proved that the legal culture of Ukrainian population undergoes certain changes in the process of perception of universal values of the EU as an ideological basis of European integration by the population of Ukraine; the processes of European integration promote to increase the level of citizens awareness on the essence of the fundamental legal principles of the organization of life of European nations; European integration contributes to changing the worldview coordinate system of the young generation of Ukraine in the process of legal socialization. Emphasis is placed on the special importance of the perception of the universal values of the European Union in the process of European integration. It is noted that the gradual but purposeful policy of the state to implement the universal values of European Union law contributes to their assimilation by the population of Ukraine on a mental level while preserving national and cultural characteristics. The problem of formation of positive general public conception in connection with the implementation of universal values of the European Union in Ukraine are singled out and possible options for overcoming them are proposed. The conclusion is substantiated that the implementation of universal European legal postulates at the level of individual behavior of each citizen of Ukraine is an important guarantee of systemic pro-European reforms in Ukraine accelerating, changing mental orientations in the direction of approaching the European cultural and legal area. In this regard, promising areas of research on this issue in modern legal science, namely – in-depth analysis of organizational and legal aspects of adaptation of the experience of European countries in the field of legal education, legal protection in European countries and Ukraine of universal EU values. , search for optimal strategies to increase the level of legal culture and legal awareness of Ukrainian citizens in accordance with the best European standards, improving the regulatory grounds for effective cooperation between the state and civil society institu-*

tions in implementing measures to achieve qualitative changes in forming a high level of youth legal culture.

Keywords: *law, legal culture, legal system, European Union, European integration processes, universal values of the European Union, individual rights, Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part.*

ВСТУП

Правова культура є складною системою духовних і матеріальних цінностей правової сфери, формування яких обумовлюється правовими традиціями та новаціями, що характеризують певний стан розвитку суспільства. Особливість природи правової культури полягає у тому, що вона являє собою якісно цінний, прогресивний рівень розвитку усього суспільства в цілому, або – певної соціальної групи чи окремої особи; вказує на соціальні досягнення у втіленні ідеалів гуманізму, ступінь дієвості інститутів захисту прав і свобод особи, її честі і гідності, актуалізації найвищої соціальної цінності – людського життя [1, с. 124; 2, с. 429]. Відповідно, наукове дослідження правової культури має здійснюватися не лише з методологічних позицій юридичної доктрини, а й з урахуванням напрацювань психології, соціології, політології, економічної теорії тощо. Такий підхід обумовлює досягнення різноманітних гносеологічних та практичних цілей, і дозволяє під різними кутами зору і з альтернативних позицій здійснити її сутнісний аналіз [3].

Правову культуру класифікують в залежності від різних критеріїв: територіально-просторовий критерій, приналежність до певного типу правової системи суспільства, особливості правового статусу суб'єктів правової культури, рівень розвитку суспільства й т. ін. [4, с. 106]. Сучасна юридична наука досліджує правову культуру суспільства у контексті перетворень, які відбуваються з правовою реальністю конкретних держав. Складовими компонентами правової культури суспільства, насамперед, є система правових норм і принципів як регуляторів суспільних відносин, правовий статус суб'єктів права, стан законності та правопорядку у суспільстві, масова правова свідомість тощо. Повноцінне розкриття кожного з перерахованих елементів можливе за умови дослідження правової культури у «режимі реального часу», з урахуванням викликів і завдань, які стоять у конкретний момент історичного розвитку перед правовою системою сучасної демократичної, правової держави.

З огляду на особливості функціонування і взаємодії правових систем сучасності правову культуру суспільства неможливо розглядати у відриві від глобалізаційних змін у світі, які обумовлюють інтернаціоналізацію правових цінностей та ідеалів. Особливо це проявляється у тих регіонах світу, де державно-культурні традиції народів є дотичними і мають спільне історичне коріння: держави Близького Сходу, Середньої Азії, Аравійського півострова, Північної і Південної Америки. Європейський інтеграційний процес в зазначеному аспекті вирізняється

особливо. Після Другої світової війни політико-економічне зближення європейських країн призвело до формування нового феномену – правової культури Європейського Союзу (далі – ЄС). На основі правової культури ЄС правові системи держав-членів ЄС перебувають у процесі безперервної культурної взаємодії [5, с. 161]. Результатом цього стало запозичення культурними просторами багатьох держав Старого світу елементів правової культури інших країн і кристалізації процесів культурної взаємодії народів.

Останнє десятиліття в історії державотворення України позначилося активізацією її участі у європейських політичних інтеграційних процесах. На рівні національної правової системи це знайшло прояв у нормативній формалізації проєвропейського вектору подальшого цивілізаційного розвитку. У 2019 р. Конституцію України було доповнено нормами про «європейську ідентичність Українського народу», «незворотність» європейського вибору України, а політика з реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі (далі – ЄС) стала компонентом компетенції національного парламенту, Президента України та уряду [6]. Відповідні конституційні зміни сформувався як результат політики активного зближення України і ЄС. У 2014 р. було укладено і ратифіковано Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) [7].

З набуттям чинності Угоди про асоціацію стартував новий етап реалізації цілеспрямованої державної політики, спрямованої на всебічну європейську інтеграцію України. Було введено у дію План заходів з виконання Угоди про асоціацію, який містить пріоритети удосконалення національного законодавства з урахуванням стандартів і вимог права ЄС [8]. Поступове виконання Плану заходів впродовж останніх років щодо «європеїзації» національного законодавства, слугувало розширенню горизонтів правової комунікації України і ЄС, накопиченню соціальних практик правової і політичної взаємодії України і ЄС, а також стало нормативним фундаментом для змін правової культури українського суспільства. Особливої важливості у зазначеному контексті набуває те, що План заходів передбачає удосконалення національного законодавства про декомунізацію (п. 55), оптимізацію правового статусу меншин (п. 62), адаптацію законодавства України до стандартів ЄС у секторі соціальних, освітніх та культурних послуг (п. 642), удосконалення законодавчих основ для надання спеціалізованих послуг, що надаються неприбутковими організаціями у сфері культури (п. 648), поліпшення нормативних засад розвитку молоді в Україні та удосконалення громадянської освіти молодого покоління (п. 1423, п. 1438, п. 1439) та ін. Результати практичного впровадження і реалізації зазначених пунктів на рівні внутрішньої державної політики сприяє поглибленню системної участі України в європейських інтеграційних практиках. Проте, питання щодо трансформації правової культури українського суспільства

під впливом процесів європейської інтеграції усе ще досліджується недостатньо та, здебільшого, у контексті наукової розробки суміжних питань і проблематик. Відповідно, актуальним видається наукове дослідження аспектів трансформації в Україні правової культури суспільства під впливом європейських інтеграційних процесів.

1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ

Аспекти трансформації правової культури українського суспільства під впливом процесів європейської інтеграції фрагментарно висвітлюються у наукових працях вітчизняних і зарубіжних вчених-правознавців. Зокрема, ідейно-теоретичною основою статті став науковий доробок таких правознавців як С. Бобровник, В. Бесчастних, Н. Бровко, К. Жебровська, Г. Клімова, С. Максимов, Л. Наливайко, О. Скакун, А. Павко, Г. Попадинець, В. Серьогін, А. Шульга, А. Фоменко, І. Хомишин, І. Яковюк, Патрік Гленн, Марк Ван Хук та ін. Разом із тим обрана як предмет наукової уваги проблематика перебуває лише на початкових стадіях ґрунтовного наукового дослідження.

2. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Науковий аналіз впливу процесів європейської інтеграції на трансформацію правової культури українського суспільства здійснювався із застосуванням системи загальних і спеціальних методів наукового пізнання. Базовою методологічною основою формування емпіричного матеріалу статті став діалектико-матеріалістичний підхід. Його застосування відкрило можливість викласти зміст правової культури як соціального феномену, складної системи духовних і матеріальних цінностей, що сформувалися у процесі розвитку і еволюції правової сфери життєдіяльності суспільства. Діалектико-матеріалістичний підхід також відкрив можливість викласти особливості природи правової культури як особливого соціального феномену, що відображає ступінь суспільного прогресу, здійснити комплексний науковий аналіз правової культури суспільства України з урахуванням тенденцій реалізації політичного проєвропейського курсу держави.

Із числа загальних методів наукового пізнання застосовувалися метод сходження від абстрактного до конкретного, системно-структурний метод, системно-функціональний метод. Так, метод сходження від абстрактного до конкретного було застосовано задля висвітлення ролі і регулятивного значення універсальних цінностей ЄС у міждержавній європейській правовій системі, виокремлення виняткового значення їх змісту для формування ідеологічної основи правової культури населення України в цілому та, зокрема, представників сфери державного управління і такої професійної групи як правники. Системно-структурний метод було використано для визначення основних вимірів впливу процесів європейської інтеграції на зміни правової культури населення України з урахуванням розши-

рення правового простору ЄС і сприйняття правовою системою України загальноєвропейських правових та управлінських практик. Застосування структурно-функціонального методу відкрило можливість сформулювати перелік та розкрити первинні причини, які гальмують формування позитивних загальносуспільних уявлень про універсальні цінності ЄС у структурі ментальних налаштувань широких верств населення України, обґрунтування доцільності вироблення уніфікованої формули забезпечення ефективності участі України у євроінтеграційних процесах та забезпечення сталості процесу зближення правових культур населення України і народів ЄС.

Серед спеціальних методів наукового пізнання було застосовано історико-правовий метод, метод юридичної формалізації, метод теоретико-правового прогнозування. Зокрема, метод юридичної формалізації застосовано задля розкриття значення для правової системи України положень чинної Конституції України та актів договірного права, які укладено між Україною і ЄС, які є нормативною основою для формування і реалізації політичного курсу держави, спрямованого на поглиблення європейської інтеграції. Історико-правовий метод було використано для висвітлення політико-правових передумов європеїзації правової культури суспільства України, а також дослідження генези формування нормативної основи для участі Української держави в євроінтеграційних процесах. Також, застосування історико-правового методу здійснювалося у процесі характеристики проведених у першому десятилітті ХХ століття науково-прикладних досліджень правової культури суспільств держав ЄС і держав, які межують з ЄС, але не входять до його складу. Метод теоретико-правового прогнозування було застосовано для обґрунтування перспективних завдань трансформації правової культури населення України з урахуванням стратегічних цілей європейської інтеграції, доведення доцільності розгортання широкого суспільного діалогу задля формування партнерських відносин системи державного управління та громадянського суспільства задля подальшого просування проєвропейського вектору розвитку держави. Також метод теоретико-правового прогнозування став у нагоді задля окреслення перспективних напрямів дослідження вітчизняною юридичною наукою низки актуальних питань щодо створення максимально сприятливих організаційно-правових і політичних умов задля адаптації досвіду здійснення європейськими державами політики у сфері правового виховання населення та формування відповідних правових установок тощо.

Нормативною основою статті стали Конституція України, національні акти чинного законодавства, які регламентують аспекти європейської інтеграції України, нормативні положення Угоди про асоціацію, підзаконні нормативні акти системи законодавства України, які регулюють питання імплементації правових стандартів права ЄС у національну правову систему, реалізацію заходів, спрямованих на змінення правової культури населення в Україні.

3. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Незважаючи на те, що правова культура народів об'єднаної Європи у межах ЄС є відносно молодішою правовою культурою, ступінь її ідейної кристалізації і нормативного відображення є високим. Марк Ван Хук пояснює це регуляторною силою «європейської директиви», коли нормативні регулятори наднаціонального характеру вводяться до національної правової системи, а права людини продержалися в усі куточки національних правових систем завдяки рішенням Європейського Суду з прав людини [9, с. 8]. Це проявляє себе у формальному сприйнятті і фактичному дотриманні кожним членом суспільства міждержавного права ЄС на рівні внутрішнього правопорядку. Цей чинник, як відзначає І. Яковюк, політично збільшує інтегративний потенціал таких держав і задає національним правовим системам наднаціональний вектор розвитку [10, с. 250]. Відповідно, імплементація прогресивних стандартів права ЄС у межах процесів європейської інтеграції відображається на рівні функціонування правової системи України. Правова культура українського суспільства у зазначеному контексті є одним із найбільш чутливих елементів правової системи, який змінюється під впливом процесів європейської інтеграції. Зазначене виявляється у кількох вимірах, які потребують деталізації.

Так, на теренах України **правова культура суспільства зазнає певних змін у процесі сприйняття населенням універсальних цінностей ЄС як ідейної засади європейської інтеграції**. Наддержавна система права ЄС базується на уніфікованих положеннях про спільні ідейні засади розвитку і функціонування правових систем держав-членів альянсу. У правничій термінології такі ідейні засади отримали назву «універсальні цінності ЄС». Універсальний характер таких цінностей обумовлений тим, що їх зміст знайшов юридичне закріплення на наддержавному рівні у правових актах ЄС. Так, ст. 2 Розділу I Договору про Європейський Союз (Маастрихтського договору) від 07.02.1992 р. універсальними цінностями ЄС є: людська гідність, свобода, демократичний державний устрій, рівність перед законом, правова держава, права людини, права осіб, що належать до національних, релігійних і інших категорій меншин [11]. Зазначені цінності закріплено у багатьох положеннях Угоди про асоціацію, а їх дотримання українською стороною є запорукою зближення ЄС з Україною і залучення нашої держави до участі у європейських політиках.

Поступова, але цілеспрямована політика держави щодо втілення універсальних цінностей ЄС сприяє їх засвоєнню населенням України на ментальному рівні. Представники сфери державного управління і правники у зазначеному контексті є первинними суб'єктами, які сприймають такі цінності, керуються ними у своїй професійній діяльності і відчувають відповідну результативність. Підтвердженням цього є позитивний досвід імплементації практики ЄСПЛ у національне українське законодавство, що дозволило практично посилити вже створений механізм захисту прав людини відповідно до стандартів і норм ЄС, а також

наблизити українську правову систему до європейської [12]. Разом із тим, формування позитивних загальносуспільних уявлень про універсальні цінності ЄС серед населення України не є простим процесом. Причин цього є декілька.

По-перше, правова культура громадян України відповідає загальному рівню розвитку українського суспільства, яке сьогодні лише проходить етап формування стійких переконань про цінність прав і свобод особи, демократичного, правового державного устрою. Це обумовлюється загальною транзитивністю розвитку українського суспільства, коли культурно-орієнтаційні засади соціалізації є чітко не визначеними і рухливими. Зазначена обставина безпосередньо відбивається на формуванні правових традицій, адже формування права має найбільшу ступінь історичної обумовленості, акумулює і відображає характер культури відповідного суспільства [13]. За таких умов законодавча констатація про спрямованість курсу державного розвитку на розбудову демократичного суспільства і правової держави на основі стандартів ЄС ще не є гарантією реального втілення проголошених цілей. Підтвердженням цього є систематична політична конфронтація між суб'єктами політичної системи України, прояви правового нігілізму у багатьох сферах суспільного життя, відкрите нехтування засадами законності. Поряд із цим, правова культура демократичного суспільства передбачає практичне втілення орієнтацій на повагу до особи, її прав і свобод [14, с. 106]. Відзначаючи певний прогрес, слід визнати, що багато у чому зазначена засада продовжує мати в Україні статус формальної.

По-друге, відчутною залишається проблематика співвідношення універсальних цінностей ЄС і національних культурно-ментальних наративів, які сформувалися у правосвідомості широких верств населення на теренах України історично. Етнічні, релігійні і культурні відмінності мешканців окремих регіонів України обумовлюють певну неоднозначність загального ставлення до самої ідеї євроінтеграції. Практика розширення ЄС довела, що адаптація національного законодавства асоційованих з правовою реальністю ЄС країн має бути виваженою і мати характер як твердих, так і м'яких юридичних зобов'язань сторін залежно від сфер, в яких здійснюється гармонізація, враховувати особливий характер відносин з конкретною країною [15]. Задля забезпечення гнучкості процесів світоглядної адаптації широких верств населення України до сприйняття змісту універсальних правових цінностей ЄС слід наповнювати правову і культурну комунікацію між Україною і ЄС практичним змістом на всіх рівнях. Угода про асоціацію визначає зміст і цілі комунікації на рівні політичного співробітництва, на рівні взаємодії в сфері освіти, на рівні розвитку співробітництва інститутів громадянського суспільства, на рівні взаємодії молодіжних організацій України і держав ЄС тощо. Лише подальший розвиток такої співпраці буде сприяти насиченню відповідною правовою інформацією широких верств населення, забезпечить інформаційну наповненість процесу гармонізації правових традицій. Слушною у зазначеному контексті є позиція Патріка Гленна, який відстоює тезу про те, що у сучасному

світі немає жодної теоретичної причини, чому люди, які ідентифікують себе з будь-якою традицією, не можуть отримати й використовувати інформацію з іншої традиції [16]. Подібний підхід, як свідчить досвід процесів політико-правової інтеграції держав, має бути домінантним для практичної реалізації засад правової комунікації між Україною і ЄС. Державі потрібно системно працювати у напрямі реалізації двосторонніх зобов'язань з ЄС. Лише таким чином, як справедливо зазначає К. Жебровська, універсальні цінності набудуть «національного забарвлення», а їх сприйняття буде відбуватися з урахуванням національних правових традицій [13, с. 13]. Від змістовного наповнення правової комунікації України і ЄС у межах євроінтеграційних процесів значно буде залежати зменшення рівня конфліктогенності різних підходів до сприйняття універсальних цінностей ЄС. Особливо це важливо у процесі нормопроекування, правотворчості, реалізації та застосування права.

По-третє, сьогодні ЄС і Україна потребують спільної позиції щодо розуміння формули ефективності участі у євроінтеграційних процесах і, відповідно, – процесу зближення правових культур населення України і народів ЄС. Проте, уніфікованого підходу до аналізу зазначеного аспекту не вироблено і подібні питання розкриваються в межах соціологічних або правових досліджень, політичних прогнозів, окремих експертних думок тощо. Разом із тим, очевидною є відмінність змісту суспільної думки щодо цих питань у державах ЄС і України. Так, за результатами аналітичного коментаря дослідницько-проектного центру «Нова Європа» широкі верстви населення України основним чинником гальмування євроінтеграційних процесів і проєвропейських трансформацій вважають нерішучість влади впроваджувати зміни на місцях, слабкість партнерських відносин між муніципалітетами, поганий клімат для інвестиційної діяльності [18]. На тлі цього формується відповідні правові установки у соціумі, які багато в чому демонструють недовіру населення до владних інституцій. На рівні із цим, у державах ЄС погляди широкого загалу на означені питання є дещо іншими і це підтверджується результатами тривалих досліджень. Так, на базі незалежного науково-дослідного дослідницького інституту соціальних наук Норвегії (СМІ) за фінансової підтримки дослідницької ради Норвегії у період з червня 2007 по грудень 2010 р. було реалізовано дослідницький проєкт «Правові культури перехідного періоду – вплив інтеграції до ЄС» [19]. Метою проєкту було з'ясування впливу процесів європейської інтеграції на правову культуру суспільства на місцевому рівні кількох держав-членів ЄС (Великобританія, Польща, Болгарія), держави, яка не є членом ЄС, але входить до вільної економічної зони (Норвегія) і держави, на яку поширювалася політика сусідства (Україна). За результатами виконання проєкту було встановлено, що в умовах об'єданого європейського діалогу чинниками, які визначають спрямованість формування правової культури населення держав-членів ЄС є вплив релігійних традицій, негативні рудименти досвіду комунізму, ступінь терористичної загрози, вплив глобалізації, міграція всередині

ЄС, взаємодія між правовою культурою та формальним національним законодавством. Отже, різниця у поглядах є очевидною і подібні відмінності слід враховувати у процесі реалізації політики взаємодії України і ЄС. Поряд із цим, для всіх типів суспільств збройний конфлікт залишається головною загрозою безпеки держави, що обумовлено історично [20].

Наступною, суміжною із попередньою, площиною прояву процесів впливу європейської інтеграції на трансформацію правової культури населення України є **поглиблення підвищення рівня правової інформованості громадян у зв'язку з участю у євроінтеграційних процесах**. На сьогодні, доступність правового інформування громадян України перебуває на високому організаційному рівні. Доведення юридично значущої інформації до широких верств населення відбувається через застосування засобів масової комунікації, Інтернет, всебічне висвітлення результатів юридичної практики, функціонування мережі консультативних юридичних послуг, оприлюднення законодавства та ін. Домінуюча роль у правовому інформуванні належить засобам масової інформації. Євроінтеграційні процеси і участь у них України є не лише приводом, але й джерелом правової інформації для соціуму. Поряд із позитивним значенням цього, існує ризик спотворення змісту багатьох інформаційних кейсів через вплив на редакційну політику власників засобів масової інформації. Це призводить до «політизації» та «корпоратизації» як змісту, так і способу подання правової інформації кінцевому споживачу. Тому держава залишається основним суб'єктом об'єктивного та неупередженого інформування громадян про право і правові явища в цілому. Г. Клімова у зазначеному контексті справедливо підкреслює роль держави як інституції, яка здатна не лише забезпечити необхідний якісний рівень законодавства, але й гарантувати надійне функціонування каналів інформування про чинне законодавство і на цій основі формування високого рівня правосвідомості і правової культури українських громадян [21, с. 200].

Беручи до уваги масштабність змісту Угоди про асоціацію, а також підписання Україною і ЄС значної кількості двосторонніх угод та інших документів, спрямованих на виконання Угоди, виникає необхідність у формуванні стрункої системи інформування громадян про правові аспекти взаємодії ЄС і України. Але на основі аналізу відповідного вітчизняного досвіду слід констатувати відсутність організованої державної діяльності по системній роботі в означеному напрямі. Так, після сплину більш ніж трьох років з дня підписання Угоди про асоціацію, 20.12.2017 р. на урядовому рівні було затверджено Стратегію інформування громадян про гарантовані їм Конституцією та законами України права на період до 2019 р. (далі – Стратегія) [22]. В цілому, реалізація вказаного документу була спрямована на структурування формату та розповсюдження спеціальної правової інформації в суспільстві. Не випадково метою Стратегії уряд визначив сприяння трансформації і демократизації суспільства, розробку і прийняття нових законодавчих актів, сприяння розвитку правової держави, створення умов для здійснен-

ня рушійних змін у суспільній правовій свідомості, формуванню правової позиції громадськості на засадах соціально активного суспільства.

У практичній площині зазначений документ уперше започатковував концептуальні засади організації і проведення спеціальних навчальних занять для працівників юридичних служб органів виконавчої влади з питань сприяння реалізації прав громадян, організацію безоплатної правової допомоги, демонтаж моделі карального правосуддя як радянського рудименту, організацію і проведення науково-практичних конференцій, семінарів, круглих столів, дискусій, майстер-класів за участю провідних експертів, фахівців, юристів з правоосвітньої тематики. У контексті потенційного впливу на правову культуру суспільства слід відзначити, що очікуваним результатом реалізації Стратегії було визначено створення умов для формування правової свідомості та правової культури громадян згідно з критеріями, які відповідають європейським стандартам. Слід відзначити, що незважаючи на те, що зазначений документ на сьогодні втратив чинність реалізація його положень стала дієвим прикладом владно-управлінської діяльності у напрямі формування правової культури населення з урахуванням не лише політичних проєвропейських прагнень України, а й втілення універсальних європейських цінностей. Реалізація положень Стратегії принесла певні позитивні результати, адже правову культуру сформувавши без юридичної обізнаності неможливо. Вважаємо, що сьогодні існує необхідність оновлення концептуальних засад доведення до населення України правової інформації про позитивні результати перетворень, які відбуваються з правовою системою України у світлі реалізації проєвропейської правової політики і участі України в євроінтеграційних процесах. Це можна вважати об'єктивною необхідністю з огляду на зростаючу роль права в українському суспільстві, яке потребує реального впровадження у соціальні практики загальноновизнаних європейських цінностей, політичного і ідеологічного плюралізму, правової активності громадян, протидії правовому нігілізму та правової пасивності [23, с. 79].

Третім виміром трансформації правової культури суспільства під впливом триваючих процесів євроінтеграції є **зміна світоглядної системи координат молодого покоління у процесі правової соціалізації**. Правова соціалізація є процесом засвоєння індивідом взірців правової поведінки, правових норм та цінностей, необхідних для успішного функціонування людини у даному суспільстві [24]. В преамбулі Угоди про асоціацію визначено, що Україна є європейською країною, яка поділяє спільну історію й спільні цінності з державами-членами Європейського Союзу та проголошує свою європейську ідентичність. Цей важливий постулат закладається у всі соціально-психологічні і педагогічні механізми соціалізації дітей, підлітків і молоді на рівні дошкільної, шкільної та вищої освіти. За цих умов відбувається процес формування морально-правових цінностей у людини як особистості, досягнення нею більш високих параметрів розвитку. Відповідно, сама ідея євроінтеграції і участь України у спільних з ЄС політичних і правових

практиках стає передумовою формування системи цінностей кожного громадянина. Практика доводить, що ефективності «проєвропейської» соціалізації громадян України сприяє також і активна участь ЄС у освітній і молодіжній політиці України. З великого розмаїття прикладів вважаємо доцільним навести реалізацію програми «Еразмус +» в Україні, яка розпочалася у 2014 р. з метою підтримки проєктів з мобільності і співпраці між організаціями Європи і України в сфері вищої освіти, євростудій, молоді та спорту. Позитивними результатами реалізації зазначеного проєкту є долучення молодого покоління населення України до освітнього і спортивно-виховного загальноєвропейського простору і поширення відповідного досвіду на теренах України. Відповідно, розширення кількості подібних проєктів і програм у майбутньому буде сприяти підтримці освітнього, професійного та особистісного розвитку громадян ЄС, підвищення якості робочих місць і соціального згуртування, розвитку інновацій та посилення європейської ідентичності і активного громадянства, академічної мобільності в освіті молоді, розвиток стратегій співпраці [25].

Як доповнення до викладеного вище, відзначимо, що трансформація правової культури українського суспільства під впливом процесів євроінтеграції має відбуватися під «егідою» широкого суспільного діалогу за умови поєднання зусиль системи державного управління, потенціалу громадянського суспільства та залучення широких верств населення та врахування можливих ризиків цього. Правова культура суспільства, з огляду на буття тих чи інших держав-членів ЄС, також еволюціонує і постійно знаходиться під впливом деструктивних чинників. С. Максимов у цьому контексті зауважує, що незважаючи на парадоксальність, європейським суспільствам загрожує нівелювання самої ідеї правової держави [26, с. 109]. Це знаходить свій прояв у негативних тенденціях відступу від істотних вимог концепції правової держави щодо її розбудови і функціонування, оскільки все частіше проявляється феномен тиранії публічної думки, інфляція законів, формальне забезпечення втілення положень конституції тощо. На національному рівні Україні потрібно зробити максимум зусиль для запобігання виникненню подібних явищ і забезпечення ефективності проєвропейських правових реформ у всіх сферах суспільного життя.

ВИСНОВКИ

Правова культура суспільства є рухливим, динамічним явищем, яке постійно змінюється під впливом багатьох соціальних чинників. Європейські інтеграційні процеси і участь у них України є потужним чинником впливу на правову культуру всіх верств населення. Реалізація євроінтеграційних прагнень України визначає вектор трансформації індивідуальних і колективних уявлень про право і правову дійсність. Форми прояву такого впливу є різноманітними, багатоаспектними і обумовлені рівнем ефективності політико-правової взаємодії правових систем Української держави і ЄС. У межах процесів інтеграції право-

вих систем держав-членів ЄС між собою, а також поглиблення участі у них України, створено базові нормативно-правові та організаційно-управлінські передумови для ствердження у масовій правосвідомості універсальних європейських цінностей, зближення європейських національних культур, включаючи культурно-правовий простір України.

На сьогодні євроінтеграційні процеси як чинники значних інноваційних змін правової системи України мають значний модернізаційний потенціал для правової культури українського суспільства. Їх розвиток виступає умовою формування відчуття поваги громадян України до універсальних цінностей ЄС, сприяє подальшому удосконаленню юридичної регламентації універсальних цінностей як на рівні міждержавного права ЄС, так і на рівні національної правової системи України. Втілення на рівні індивідуальної поведінки кожного громадянина України універсальних європейських правових постулатів є важливою гарантією прискорення системних проєвропейських реформ в Україні, зміни ментальних орієнтацій населення у напрямі наближення до загальноєвропейського культурно-правового простору. В свою чергу, результативність участі України у євроінтеграційних процесах залежить від якісного наукового забезпечення. Це дозволяє окреслити подальші перспективні напрями наукової розробки проблематики трансформації правової культури населення України під впливом процесів європейської інтеграції. Зокрема актуальним напрямом наукової розробки є дослідження організаційно-правових аспектів адаптації досвіду здійснення європейськими державами політики у сфері правового виховання населення, проблематики правової охорони на території європейських держав і України універсальних цінностей ЄС, пошуку оптимальних стратегій підвищення рівня правової культури і правосвідомості громадян України у відповідності до кращих європейських стандартів, удосконалення нормативних засад налагодження ефективної співпраці держави і інститутів громадянського суспільства в частині реалізації заходів, спрямованих на досягнення якісних змін у формуванні високого рівня правової культури молоді тощо. Практичне упровадження результатів таких досліджень стане запорукою формування в Україні правової культури суспільства європейського типу, досягнення високої ефективності урядування, створення умов для повноцінної реалізації кожною особою юридичних прав і свобод.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Шульга А. М., Новікова Л. В., Сідоров В. І. Теорія держави і права : навч. посіб. Харків : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2014. 404 с.
- [2] Попадинець Г. Правова культура як важливий елемент правової системи України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2014. № 782. С. 123–128.
- [3] Павко А. Феномен правової культури. *Електронне видання газети «Голос України»* від 07.06.2019 р. URL: <http://www.golos.com.ua/article/317973> (дата звернення: 01.10.2021).

- [4] Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручн. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦХЛ, 2009. 520 с.
- [5] Загальна теорія права : підручн. / за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2020. 568 с.
- [6] Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 07.02.2019 №2680-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. №9. Ст. 50.
- [7] Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16.09.2014 №1678-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. №40. Ст. 2021.
- [8] Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : постанова Каб. Міністрів України від 25.10.2017 №1106. *Офіційний вісник України*. 2018. №24. Ст. 852.
- [9] Марк Ван Хук. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. *Правоведение*. 2014. №6(317). С. 7–24. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/evropeyskie-pravovye-kultury-v-kontekste-globalizatsii-v-chest-andreya-polyakova/viewer> (дата звернення: 25.09.2021).
- [10] Яковюк І. В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : *монографія*. Харків : Право, 2013. 760 с.
- [11] Договір про Європейський Союз. Офіційний інтернет-сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text (дата звернення: 01.11.2021).
- [12] Viktor Beschastnyi, Andrii Fomenko, Natalia Obushenko, Larysa Nalyvaiko. Place of Court Precedent in the System of Law of the European Union and in the System of Law of Ukraine. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2019 Vol. 22 Iss. 6. URL: <https://www.abacademies.org/articles/place-of-court-precedent-in-the-system-of-law-of-the-european-union-and-in-the-system-of-law-of-ukraine-8893.html> (дата звернення: 03.11.2021).
- [13] Bobrovnyk S., Didych T., Shevchenko A. Forms of Modern Lawmaking in the System of a Theoretical and Applied Paradigm of Law Knowledge. *International Journal of Recent Technology and Engineering*. Volume-8 Issue-4S, November 2019, ISSN: 2277–3878 (Online). P. 78–82. URL: <https://www.ijrte.org/download/volume-8-issue-4s/> (дата звернення: 03.11.2021)
- [14] Хомишин І. Ю. Роль правової культури у забезпеченні порядку у суспільстві. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка. Серія: Юридичні науки»*. 2014. № №810. С. 105–109.
- [15] Ivan V. Yakoviyk, Sergey S. Shestopal, Pavel P. Baranov, Natalia A. Blokhina. State sovereignty and sovereign rights: EU and national sovereignty. *Opcion*. 2018. Vol. 34 Num. 87–2. URL: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/30427/31477> (дата звернення: 30.10.2021).
- [16] Legal Traditions of the World, Second Edition. By H. Patrick Glenn. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004. P. 432. URL: <https://www.esade.edu/itemsweb/research/ipdp/legal-traditions.pdf> (дата звернення: 11.10.2021).
- [17] Жебровська К. А. Правові цінності у взаємодії правових систем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 20 с.

- [18] Якими були успіхи євроінтеграції у вашому регіоні за останні два роки? : аналітичний коментар центру «Нова Європа». 2021. URL: <http://neweurope.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/NYETS-regiony-final.pdf> (дата звернення: 25.10.2021).
- [19] Legal Cultures in Transition – The Impact of EU Integration. *CHR Michelsen institute*. URL: <https://www.cmi.no/projects/1118-legal-cultures-in-transition-the-impact-of-eu> (дата звернення: 25.10.2021).
- [20] Reznik O., Slinko T., Kravchuk M., Serohin V., Streliaanyi V. Use of information and communication technologies in the election process: Ukrainian realities and foreign experience. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2021. Vol. 24. Iss. 1. URL: <https://www.abacademies.org/articles/Use-of-information-and-communication-technologies-in-the-election-process-1544-0044-24-1-595.pdf>.
- [21] Клімова Г. П. Правове інформування українських громадян засобами масової комунікації. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: *Філософія, філософія права, політологія, соціологія*. 2013. № 1(15). С. 198–206.
- [22] Про схвалення Стратегії інформування громадян про гарантовані їм Конституцією та законами України права на період до 2019 року : розпорядження Каб. Міністрів України від 20.12.2017 № 1012-р. *Офіційний вісник України*. 2018. № 8. Ст. 314.
- [23] Бровко Н. І. Аналіз феномену правосвідомості людини у філософсько-правовій думці. *Підприємництво, господарство і право*. Філософські та методологічні проблеми права. 2016. № 1. С. 73–82.
- [24] Правова соціалізація. Довідкова інформація. *Інтернет-ресурс «Ligazakon»*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/TS001517> (дата звернення: 01.10.2021).
- [25] Про Програму Європейського Союзу ERASMUS+. *Офіційний інтернет-сайт «ERASMUS+»*. URL: <https://erasmusplus.org.ua/erasmus/pro-prohramu.html> (дата звернення: 30.09.2021).
- [26] Максимов С. І. Ідея правової держави в контексті становлення та розвитку європейської правової культури. *Проблеми філософії права*. 2008–2009. Т. VI-VII. С. 102–111. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/13644/12-Maksymov.pdf?sequence=1> (дата звернення: 30.09.2021).

REFERENCES

- [1] Shulga, A. M., Novikova, L. V. & Sidorov, V. I. (2014). *Theory of State and Law*. Kharkiv: V. N. Karazin Kharkiv National University.
- [2] Popadynets, G. (2014). Legal culture as an important element of the legal system of Ukraine. *Bulletin of the National University «Lviv Polytechnic»*. *Legal sciences*, 782, 123–128.
- [3] Pavko, A. (2019). The phenomenon of legal culture. *Electronic edition of the newspaper «Voice of Ukraine»*. Retrieved from <http://www.golos.com.ua/article/317973>
- [4] Skakun, O. F. (2009). *Theory of State and Law*. Kyiv.
- [5] Petrishin, O. V. (2020). *General theory of law*. Kharkiv: Right.
- [6] On Amendments to the Constitution of Ukraine (concerning the strategic course of the state towards Ukraine's full membership in the European Union and the North Atlantic Treaty Organization): Law of Ukraine. (2019, February).
- [7] On the ratification of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part: Law of Ukraine. (2014, September)

- [8] On the implementation of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine. (2017, October).
- [9] Mark Van Hook (2014). European legal cultures in the context of globalization. *Jurisprudence*, 6(317), 7–24. Retrieved from <https://cyberleninka.ru/article/n/evropeyskie-pravovye-kultury-v-kontekste-globalizatsii-v-chest-andreya-polyakova/viewer>
- [10] Yakovyuk, I. V. (2013). *Legal bases of integration into the EU: general theoretical analysis*. Kharkiv: Pravo.
- [11] *Treaty on European Union*. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text
- [12] Beschastnyi, V., Fomenko, A., Obushenko, N. & Nalyvaiko, L. (2019). Place of Court Precedent in the System of Law of the European Union and in the System of Law of Ukraine. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. Retrieved from <https://www.abacademies.org/articles/place-of-court-precedent-in-the-system-of-law-of-the-european-union-and-in-the-system-of-law-of-ukraine-8893.html>
- [13] Bobrovnyk, S., Didych, T. & Shevchenko, A. (2019). Forms of Modern Lawmaking in the System of a Theoretical and Applied Paradigm of Law Knowledge. *International Journal of Recent Technology and Engineering*, 8(4S), 78–82. Retrieved from <https://www.ijrte.org/download/volume-8-issue-4s/>
- [14] Khomyshyn, I. Y. (2014). The role of legal culture in ensuring order in society. Bulletin of the National University «Lviv Polytechnic». *Legal sciences*, 810. 105–109.
- [15] Yakoviyk, I. V., Shestopal, S. S., Baranov, P. P. & Blokhina, N. A. (2018). State sovereignty and sovereign rights: EU and national sovereignty. *Opcion*, 34, 87–2. Retrieved from <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/30427/31477>
- [16] Glenn, H.nP. (2004). *Legal Traditions of the World, Second Edition*. Oxford University Press, 432. Reviewed from <https://www.esade.edu/itemsweb/research/ipdp/legal-traditions.pdf>
- [17] Zhebrowska, K. A. (2017). *Legal values in the interaction of legal systems* (Abstract candidate dissertation, Odessa, Ukraine).
- [18] What have been the successes of European integration in your region over the last two years?: an analytical commentary by the New Europe Center. (2021). Retrieved from <http://neweurope.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/NYETS-regiony-final.pdf>
- [19] Legal Cultures in Transition – The Impact of EU Integration. Retrieved from <https://www.cmi.no/projects/1118-legal-cultures-in-transition-the-impact-of-eu>
- [20] Reznik, O., Slinko, T., Kravchuk, M., Serohin, V. & Streliaanyi, V. (2021). Use of information and communication technologies in the election process: Ukrainian realities and foreign experience. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 24 (1). Retrieved from <https://www.abacademies.org/articles/Use-of-information-and-communication-technologies-in-the-election-process-1544-0044-24-1-595.pdf>.
- [21] Klimova, G. P. (2013). Legal informing of Ukrainian citizens by mass media. *Bulletin of the National University «Yaroslav Mudryi National Law University» Pravo*, 1 (15), 198–206.
- [22] On approval of the Strategy for informing citizens about the rights guaranteed to them by the Constitution and laws of Ukraine for the period up to 2019: Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine. (2017, December).

- [23] Brovko, N. I. (2016). Analysis of the phenomenon of human legal consciousness in philosophical and legal thought. *Philosophical and methodological problems of Law*, 1, 73–82.
- [24] Legal socialization: Ligazakon. Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/TS001517>
- [25] About the European Union ERASMUS + Program. Retrieved from <https://erasmusplus.org.ua/erasmus/pro-prohramu.html>
- [26] Maksimov, S. I. (2008-2009). The idea of the rule of law in the context of the formation and development of European legal culture. *Problems of philosophy of law*, 102–111). Retrieved from <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/13644/12-Maksymov.pdf?sequence=1>

Олександр Віталійович Петришин

Доктор юридичних наук, професор
Академік Національної академії правових наук України
Президент Національної академії правових наук України
Національна академія правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Завідувач кафедри теорії і філософії права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Тетяна Євгеніївна Кагановська

Доктор юридичних наук, професор
Кафедра державно-правових дисциплін
Ректор Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна
61022, майдан Свободи, 6, Харків, Україна

Олександр Сергійович Передерій

Кандидат юридичних наук, доцент
Доцент кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університету імені В. Н. Каразіна
61022, майдан Свободи, 6, Харків, Україна

Oleksandr V. Petryshyn

Doctor of Law, Professor
Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
President of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Head of the Department of Theory and Philosophy of Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Tetyana Ye. Kaganovska

Doctor of Law, Professor
Department of State-Legal Disciplines
Rector of V. N. Karazin Kharkiv National University
61022, Freedom Square, 6, Kharkov, Ukraine

Oleksandr S. Perederii

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of State-Legal Disciplines
Kharkiv National University V. N. Karazin
61022, Freedom Square, 6, Kharkov, Ukraine

Рекомендоване цитування: Петришин О. В., Кагановська Т. Є., Передерій О. С. Трансформація в Україні правової культури суспільства під впливом процесів європейської інтеграції. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 89–107.

Suggested Citation: Petryshyn, O. V., Kaganovska, T. Ye., & Perederii, O. S. (2022). Transformation of the legal culture of society in Ukraine under the influence of the processes of European integration. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 89–107.

Стаття надійшла / Submitted: 16.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 16.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

УДК 336.22

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-108

Микола Петрович Кучерявенко

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

*Кафедра фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Ірина Миколаївна Бондаренко

*Кафедра фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Сергій Вікторович Брояков

*Кафедра фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

ПОДАТОК ЯК СИСТЕМНА ДЕРЖАВНИЦЬКА КОНСТРУКЦІЯ, АБО ДО ЧОГО МОЖЕ ПРИЗВЕСТИ НЕХТУВАННЯ «ПОДАТКОВИМ ПРАВОМ»

Анотація. *Актуальність обраної проблематики полягає в тому, що на сьогоднішній день у національній практиці вищої школи відбувається системне нехтування такою навчальною дисципліною як «Податкове право». Це у свою чергу призводить до зниження фаховості спеціалістів, які у своїй майбутній практиці мають безпосереднє відношення до вирішення податкових спорів. Дане дослідження ґрунтується на цілій низці методів наукового пізнання. Підібрано цілу низку як загальнонаукових методів наукового пізнання, так і власне правових методів. У своїй системі такі методи дозволили забезпечити досягнення поставлених завдань. Розглянули проблематику викладання податкового права у вищій школі не тільки крізь призму поточного становища, але й виходячи з історичної ретроспективи. Досліджено провідні приклади зарубіжних підходів до викладання такого предмета як «Податкове право». Встановлено взаємозв'язок між належністю викладання «Податкового права» та послідовністю подальшої правозастосовчої практики. Констатовано, що системне об'єднання функцій держави та видатків державного бюджету має спиратися на відповідні гарантії, перш за все, фінансові. Головним джерелом утворення подібних фінансових гарантії якраз і є податки, за рахунок яких дер-*

жава якраз і стає спроможною реалізувати захист життя та власності. Зазначено, що вилучаючи з освітнього обігу таку дисципліну як податкове право, ми маскуємо намагання та бажання реформування тоталітарних підходів, адже при податковій недосвідченості, ми гарантуємо: а) несвоєчасне виконання податкових обов'язків громадянами; б) свавілля владних суб'єктів щодо оцінки поведінки невідготовлених та необізнаних платників; в) необізнаність податківців, порушення з їх боку. Аргументовано позицію у відповідності з якою обізнаність та зрозумілість пошуку відповіді на питання – де шукати розуміння щодо тих чи інших аспектів податкового регулювання, має ґрунтуватися на наскрізному курсі «Податкове право» при підготовці всіх кваліфікаційних різновидів юристів. Встановлено, що розвиток адміністративних судів віддзеркалює проблему штучного конфлікту юрисдикцій. Визначено витoki ревізійних намірів представників господарських судів так як значна кількість спорів за участі суб'єкта владних повноважень (принципового критерію адмінюрисдикції) розглядалися господарськими судами. Констатовано, що скорочення сфери та кількості спорів, які вирішують господарські суди призводить до намагання обґрунтувати підстави вилучення окремих різновидів спорів саме з адміністративних судів і передача їх до господарських.

Ключові слова: податки, функції держави, навчальна дисципліна, податкове право, адміністративна юрисдикція.

Mykola P. Kucheryavenko

*National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

Department of Financial Law

*Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

Iryna M. Bondarenko

Department of Financial Law

*Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

Serhii V. Broiakov

Department of Financial Law

*Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

TAX AS A SYSTEMATIC GOVERNMENT INSTITUTION OR POSSIBLE CONSEQUENCES OF NEGLECTING «TAX LAW»

Abstract. *The topicality of the chosen issue is determined by the fact that currently national higher education institutions consistently neglect such academic subject as «Tax Law». As a result, there is a decrease in the level of expertise of scholars whose future practice supposes*

dealing with tax disputes directly. This study is based on a number of scientific methods of enquiry. The methodology of the study combines the relevant methods of general scientific and legal paradigms. Such combinatorial approach enabled us to achieve the intended objectives. The issues of teaching Tax Law in higher education institutions are considered not only from the perspective of current situation but also taking into account the historical context. The leading foreign experts' methods of teaching Tax Law are analysed and the relationship between appropriate teaching and consistency of further law enforcement practices is established. It is noted that systematic consolidation of functions of the State and State budget expenditure should rest on relevant guarantees, first and foremost the financial ones. The major source of providing such financial guarantees is exactly the taxes due to which the state becomes capable of protecting human life and property. It is pointed out that by leaving such academic subject as Tax Law out of educational process, we conceal the effort and desire for reforming totalitarian approaches, because tax law ignorance inevitably leads to: a) delays in the performance of tax duties by citizens; b) arbitrariness of the authorities on assessing the behaviour of untrained and ignorant taxpayers; c) lack of knowledge among revenue officers and violations on their part. This study gives reasons for the following stance: actual knowledge and comprehensibility of addressing the issue (where to find the understanding of certain aspects of tax regulation) should be based on the comprehensive course in Tax Law as a part of training all the variety of legal professionals. The development of administrative courts reveals the problem of artificial conflicts of jurisdictions. This study introduces the motives behind inspective intentions of commercial court representatives as a significant part of legal disputes involving public bodies (principled criteria of administrative jurisdiction) were considered by commercial courts. It is noted that diminishing the scope and reductions in the number of disputes considered by commercial courts, results in attempts to justify reasons for withdrawing particular types of disputes from administrative courts and transferring them to commercial courts.

Keywords: *taxes, functions of the State, academic subject, tax law, administrative jurisdiction.*

ВСТУП

Аналізуючи податкові відносини, безумовно, треба бути ознайомленими зі станом податкового законодавства. Але перш ніж зосередитись на цьому, необхідно торкнутись підстав, доцільності як виникнення, так і існування відносин оподаткування. Не забираючи хліба у філософів та теоретиків права, хотілося б зробити принциповий акцент на передумовах та підставах виникнення держави як інституту захисту. Держава як інструмент системного захисту мусить гарантувати безпеку життя та власності тих осіб, які об'єдналися в таку конструкцію. Тобто метою громадян держави є захист життя та власності всіх. Найчастіше саме в такій послідовності, але дуже часто мета захисту власності навіть переважає.

Джон Лок, досліджуючи витоки та природу державності, значення підстав, що вплинули на її утворення, акцентував увагу саме на відносинах власності, які сформувались як глибинна та обов'язкова умова появи такої форми організації суспільства. «...Кожна людина має власність у своїй власній особі. На це ніхто, крім неї немає права... І коли вона вилучає щось із загального стану,...то завдяки власній праці прилучає до неї щось таке, що виключає її із загальної власності

всіх інших людей» [1, с. 175]. Саме через власність людини на самої себе й формувались підстави оцінки її як особистості, фундаментальний ціннісний критерій. «Возлюби ближнього твого, як самого себе» (Євангеліє від Матфея 22:37-39). Тобто це не означає якусь формулу приниження, користуючись якою відносини в суспільстві мають будуватися на безумовній перевазі інтересів інших на шкоду власним інтересам. Навпаки, власна особистість є тим взірцем, ідеалом, виходячи з критеріїв оцінки якого й має формуватися відношення, повага до всіх членів суспільства.

«Бог, надавши світ у спільну власність усьому людству, наказав людині працювати, бо жила людина в бідності... Той, хто, дослухаючись до Божого наказу, обробляв, орав, засівав якусь її частину,... прилучив її до того, що вже йому належало, на що інші не мали жодних повноважень і не могли безперешкодно відібрати від нього» [1, с. 175]. Принципово важливим є акцент Джона Лока на божому походженні спільної власності, яку отримує людство для подолання бідності. Але без того, щоб не додавати до неї власних зусиль, труда реалізувати божий наказ неможливо. Саме на цих підставах виникає системна потреба в інституції, що не лише об'єднає людей, але й сформує ефективні засоби захисту: а) власності, яка примножилася власним трудом; б) труда в мирних умовах, як засобу примноження власності й мети існування людини; в) самої держави як найбільш вдалої та ефективної інституції існування суспільства.

Гарантування збереження власності та життя обумовлювало потребу в такій інституції як держава. Але при цьому виникала наступна проблема: за рахунок чого вона мала існувати? Одностайний висновок – за рахунок податків. Фактично збігається з думкою Джона Лока і позиція Давида Рікардо. У своїй роботі «Витоки політичної економії та оподаткування», аналізуючи природу податку, він підкреслює: «Податки складають ту частку продукту землі й праці країни, яка надходить у розпорядження уряду; вони завжди сплачуються в кінцевому рахунку або з капіталу, або з доходу країни» [2, с. 129]. Тобто, у цьому твердженні беззаперечно визначається діалектичний зв'язок податків та держави, окреслюється взаємозалежна конструкція, яка обумовлює два зустрічні процеси. З одного боку, податки є часткою продукту землі та труда, тобто вони з'являються лише в тому випадку, коли держава створила умови для мирної праці та сформувала засоби гарантування та захисту цього. З іншого боку, податки як частка коштів, які отримані таким шляхом, передаються від платника державі в особі уряду. У цих умовах узагальнено вони є платою державі за створення можливостей існування, захисту власності та життя.

Хотілося б підкреслити, що подібна орієнтованість щодо державницької обумовленості податків, характерна не лише для Давида Рікардо. Адам Сміт, визначаючи чотири найголовніші принципи оподаткування, підкреслював «піддані держави повинні за можливості відповідно своїй спроможності й силам приймати участь в утриманні уряду, тобто відповідно доходу, яким вони користуються

під заступництвом та захистом держави» [3, с. 547]. Треба мати на увазі, що Адам Сміт загальний наголос на спрямуванні податків на утримання уряду пов'язує зі спроможністю платників. Саме від цього залежить, з одного боку, їх участь в утриманні уряду, існуванні держави. В той же час, така можливість обумовлюється державним захистом, заступництвом держави, спираючись на який існують можливості праці та життя. Саме для цього й створюється така інституція як держава.

Поєднання власності й труда, за Джоном Локом, зумовило появу та розвиток індивідуальності особистості, діалектичне узгодження, формування балансу труда людини та панування одних людей над іншими. Саме через цей баланс інтересів закладалися умови структуризації суспільства умов співіснування різних прошарків, страт всередині держави. «Власністю людини ставало те, що не можна було відібрати від неї, коли людина докладала до цього працю. І тому орання чи обробляння землі, з одного боку, і панування – з іншого... поєднані разом. Одне надавало повноваження для іншого. А Бог, наказуючи обробляти землю, надав право на привласнення. Відтак умови людського життя, які вимагали й матеріалів для роботи, визначили поняття власності» [1, с. 179].

Надбання, які приносила власність, працьовитість людей створила об'єктивні передумови територіального розмежування виникнення та закріплення певних меж, кордонів, у рамках яких закріплювались відповідні правила, режими поведінки, умови існування та захисту власності. «...Родини розросталися, працьовитість збільшувала їхні надбання, то й володіння зростали, бо зростала потреба в них: однак на землю не було встановлено власності, оскільки нею користувались спільно... і тоді, за згодою, вони з часом становили межі власних визначених територій, погодивши границі..., встановивши за внутрішніми законами межі володіння людей з однієї спільноти» [1, с. 179]. Це призвело до відмежування територій в кордонах держави. Остання якраз і мала забезпечувати захист власників, які об'єднались в таке угруповання. При цьому йшлося про поєднання мети захисту як для збереження самої держави, так і для збереження власності та життя її громадян.

Слід відмітити, що публічні фінанси виконують надважливу роль у забезпеченні послідовного функціонування соціуму [4, с. 2855]. Така послідовність не в останню чергу закладається на первинній ланці, а саме на стадії нормотворчості. Результати такої нормотворчості повинні забезпечувати належну кореляцію прав та інтересів всіх учасників таких відносин [5, с. 2278].

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Чи можливе обґрунтування, фахове розв'язання податкового спору та прийняття виваженого судового рішення по ньому без розуміння правової природи податкових відносин? І наступне питання, яке безпосередньо витікає із попереднього: чи можливе існування збалансованого уявлення про правову природу відносин оподаткування без викладання в системі юридичної освіти такої дис-

ципліни, як «Податкове право»? Навряд чи альтернативна думка може ґрунтуватися на яких-небудь вагомих аргументах. Тобто обізнаність щодо правового регулювання податкових відносин є критично важливою для фахового юриста. В той же самий час, отримати відповідь на всі ці питання не вбачається за можливе без послідовно підбраного методологічного базису. Правильно визначена методологія – це запорука провадження системного дослідження. В нашому випадку, ми підібрали цілу низку як загальнонаукових методів наукового пізнання, так і власне правових методів. У своїй системі такі методи дозволили забезпечити досягнення поставлених завдань. Ми погляну на проблематику викладання податкового права у вищій школі не тільки крізь призму поточного становища, але й виходячи з історичної ретроспективи. Крім цього, досліджено провідні приклади зарубіжних підходів до викладання такого предмета як «Податкове право». Встановлено взаємозв'язок між належністю викладання «Податкового права» та послідовністю подальшої правозастосовчої практики. Все це було б неможливе без комплексного застосування наступних методів наукового пізнання.

Дане дослідження ґрунтується на цілій низці методів наукового пізнання. Так, одним із основних методів, які були застосовані при написанні відповідної статті виступав логічний метод, а саме аналіз та синтез. Без застосування даного методу неможливо було б розглянути окремі складові досліджуваного явища (аналіз) та на основі цілої низки складових елементів сформулювати уявлення про цілісний об'єкт дослідження (синтез). Метод дедукції дозволив сформулювати уявлення про конкретні заходи які потрібно застосовувати для реформування національної системи вищої освіти в аспекті підготовки вчених-правників. Неабияку роль у забезпеченні послідовного дослідження піднятої проблематики відіграв історичний метод. Історичний метод був застосований нами при дослідженні витоків податкового права. Також історико-правовий метод дозволив визначити етапи формування та становлення податкового права як окремо взятої підгалузі фінансового права. Що ж стосується специфіки становлення судів адміністративної юрисдикції та історичних віх формування судової практики із вирішення податкових спорів, то їх дослідження також ґрунтувалося на застосуванні історико-правового методу. Порівняльно-правовий метод дозволив забезпечити порівняння національних підходів до викладання податкового права з підходами зарубіжних держав. Системний метод було застосовано при дослідженні функцій держави. Було в рамках проваджуваного дослідження застосовано і такий прогресивний метод, як метод кейс-стаді. Так, метод кейс-стаді застосовувався при провадженні аналізу конкретних прикладів реалізації освітніх процесів у зарубіжних державах. Статистичний метод було застосовано при аналізі завантаженості Верховного Суду в контексті вирішення податкових спорів. Шляхом застосування даного методу було встановлено відсоток саме податкових спорів, які надходять до касації. Наприклад, за січень-серпень 2021 року в касаційному адміністративному суді перебувало на розгляді

51 239 заяв/справ. При цьому вони розподілились наступним чином: 25 750 (50, 25%) – судова палата з розгляду справ щодо податків і зборів та інших обов’язкових платежів; 12 762 (24, 9%) – судова палата з розгляду справ щодо захисту соціальних прав; 12 727 (24, 83%) – судова палата з розгляду справ щодо виборчого процесу та референдуму, а також захисту політичних прав громадян. При цьому констатовано, що подібне розподілення не є характерним лише для цього періоду, а є традиційним, що характеризує навантаженість та значення в системі адміністративної юрисдикції саме податкових спорів.

Основу проваджуваного дослідження становили як нормативні матеріали, так і статистична інформація. Зокрема, нормативною основою проваджуваного дослідження виступив такий кодифікований фінансово-правовий акт, як Бюджетний кодекс України. Що ж стосується статистичної інформації, то її основу формують дані Верховного Суду по розглядуваних відповідною судовою інстанцією податковим спорам.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Саме гарантування безпеки життя і власності громадян формує диференційовану систему завдань та функцій держави. До функцій сучасної держави відносять: економічну, фінансову, соціальну, екологічну, гуманітарну, функцію забезпечення національної безпеки та забезпечення миру й світового порядку [6, с. 64–66]. Дуже наглядним в цьому випадку є закріплення в ст. 87 Бюджетного кодексу України видатків, що здійснюються з Державного бюджету України [7]. Цікавим виглядає те, що спираючись на зміст цієї статті можна сформулювати «фінансове обарвлення» держави – як конструкції, яка створена для забезпечення найбільш значущих завдань та функцій такої форми об’єднання громадян. Фінансування державного управління, судової влади, міжнародної діяльності здійснюється через надання коштів спеціальним суб’єктом, до повноважень якого відноситься представництво держави в цій сфері. Вищезгадані функції держави гарантовані фінансуванням за рахунок Державного бюджету України:

а) економічна: наукової і науково-технічної діяльності; державних програм підтримки регіонального розвитку та пріоритетних галузей економіки; державних програм розвитку транспорту, дорожнього господарства, зв’язку, телекомунікацій та інформатики;

б) фінансова: створення та поповнення державних запасів і резервів; обслуговування державного боргу; державних інвестиційних проектів; виплат за державними деривативами; державного фінансового забезпечення політичних партій у формах, визначених законом.

в) соціальна: культури та мистецтва; фізичної культури та спорту; проведення виборів у випадках, передбачених законом, та всеукраїнських референдумів;

г) екологічна: державних програм із ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи, охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки,

запобігання виникненню та ліквідації надзвичайних ситуацій та наслідків стихійного лиха;

д) гуманітарна: освіти; охорони здоров'я; соціального захисту та соціального забезпечення; програм підтримки національних і державних телерадіокомпаній, суспільного телебачення і радіомовлення, преси, книговидання, державних інформаційних агентств; програм реставрації пам'яток архітектури, спорудження (створення) пам'ятників і монументів державного значення;

є) функція забезпечення національної безпеки та забезпечення миру й світового порядку: національної оборони; правоохоронної діяльності, забезпечення безпеки держави та цивільний захист населення і територій; забезпечення функціонування установ та закладів Збройних Сил України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, правоохоронних органів, Служби безпеки України, органів цивільного захисту, які перебувають у державній власності.

Зрозуміло, що подібне системне об'єднання функцій держави та видатків державного бюджету має спиратися на відповідні гарантії, перш за все, фінансові. Головним джерелом утворення подібних фінансових гарантій якраз і є податки, за рахунок яких держава якраз і стає спроможною реалізувати захист життя та власності. В контексті цього хотілося б звернути увагу на дві обставини. По-перше, безумовне виконання податкового обов'язку щодо сплати податків, зборів, обов'язкових платежів має бути тісно пов'язано з чітким цільовим використанням коштів публічним суб'єктом на ті цілі (завдання та функції держави) щодо яких вони акумульовані за рахунок сплати податків та зборів. По-друге, без податків не лише не можна буде сформувати можливості захисту життя та власності, а й взагалі забезпечити існування держави.

Нема чого приховувати, але на сьогодні багато юридичних ЗВО виключають податкове право з переліку необхідних дисциплін для підготовки фахових юристів. Наше відношення до цього доцільно пов'язати з наступним.

1. Дійсно, колись (до початку 90-х років ХХ ст.) податкового права не було як окремої дисципліни в системі юридичної освіти. Це й зрозуміло в контексті класичного підходу тоталітарної держави. Навряд чи доцільним було б формувати юридичну дисципліну, яка б обумовлювала надбання знань та навичок щодо декількох несуттєвих платежів із громадян, кооперативів, колгоспів. Держава вилучала у підприємств фактично все, залишаючи їм можливість відновлення виробництва та формування декількох фондів. Звісно, місця для податкового права в таких умовах немає. Але з часів набуття Україною незалежності, одним із найбільш яскравих прикладів переформатування економічної моделі держави став саме розвиток податкових відносин, податкового законодавства. Тобто, вилучаючи з освітнього обігу таку дисципліну як податкове право, ми маскуємо намагання та бажання реформування тоталітарних підходів. Дійсно, при податковій недосвідченості, ми гарантуємо: а) несвоєчасне виконання податкових обов'язків

громадянами; б) свавілля владних суб'єктів щодо оцінки поведінки невідготовлених та необізнаних платників; в) необізнаність податківців, порушення з їх боку.

2. Системний підхід до наявності та співвідношення юридичних дисциплін має відображати характер та рівень розвитку суспільних відносин. Саме з цих позицій мають формуватися навички в осіб, які контролюють поведінку членів суспільства, надають юридичні послуги, будують власну поведінку відповідно до законодавчих приписів. Ні в якому разі, не ставлячи під сумнів необхідність будь-якої правової дисципліни, хотів би звернути увагу на значення податкового права з цього боку. Викладання кримінального права, кримінального процесу та інших дисциплін кримінального циклу принципово важливо, що в широкому сенсі формує гарантії утримуватись від скоєння правопорушення, злочинів. Але не кожен громадянин обов'язково стає злочинцем саме через подібну превентивну функцію права. Але кожен стає платником податків при досягненні певного віку чи умови. Саме тому знищення можливості отримання податкових знань не може відображати змістовну державницьку позицію, сприяти розвитку правової свідомості.

3. Намагання реалізувати європейський шлях України не може збігатись зі знищенням дисципліни податкового права. Оцінивши досвід викладання юридичних дисциплін в європейських вузах, можна прийти до висновку або про існування такої дисципліни в чистому вигляді, або про доведення необхідних податкових знань у межах комплексних дисциплін, шляхом об'єднання галузей знань (найчастіше економіко-правових).

Процеси реформування, які на сучасному етапі зачепили майже всі сфери суспільного життя, звісно не могли обійти боком і сферу юридичної освіти. Хотілося б щоб реформування у цій сфері відбувалося системно, виважено та послідовно, чітко відображаючи: а) сучасний стан відносин в цій сфері; б) мету, яку необхідно досягти шляхом реформування; в) методи, засоби, якими це можна зробити та, фактично, шлях від а) до б). Зрозуміло, що фахові, обґрунтовані поради можуть лише прискорити шлях України в цьому напрямку. Саме тому нам дуже цікавий досвід країн континентальної Європи (Польщі, Німеччини і т.н.), та інших, де досягнуто збалансований рівень надання послуг у сфері юридичної освіти за всіма напрямками.

Досить показовим у сенсі значення податково-правових дисциплін є саме приклад Польщі. Навчальні дисципліни податково-правового циклу в вишах Польщі входять до навчальних планів всіх класичних університетів. Саме вони є найбільшими (середня кількість студентів в кожному з них становить біля 30 тис.) та найавторитетнішими. Викладання зазначеного блоку навчальних предметів забезпечується факультетами права та управління (є звичними для структури майже всіх університетів) або факультетами права, управління та економіки (з 2001 р. такий підрозділ введений до системи Вроцлавського університету).

Загальною практикою є покладання забезпечення викладання податково-правових дисциплін на співробітників кафедр фінансового права та інших кафедр

фінансово-правового спрямування: права публічних фінансів (Університет Миколи Коперника в Торуні), економічного та фінансового права (Опольський університет). Натомість, особливе значення правового регулювання відносин в сфері оподаткування спричинило відображення цієї обставини і в назві кафедр, зокрема, побудови її з двох складових (напр., у Вармінсько-Мазурському університеті в Ольштині існує кафедра фінансового права і податкового права) або навіть призводить до утворення спеціалізованої кафедри податкового права (Лодзинський університет).

Обсяг і кількість предметів податково-правового блоку залежить від конкретної навчальної програми, від рівня (перший чи другий ступінь) вищої освіти, від курсу та від спеціалізації, яку обирають студенти. Зрозуміло, що ключовою в окресленому контексті є навчальна дисципліна «Податкове право». Цей предмет традиційно є не тільки обов'язковим, але й основним при підготовці бакалаврів (3-річна програма) за напрямком «Право» в державних університетах Польщі та при проходженні єдиної 5-річної магістерської програми «Право». При цьому він викладається як для студентів стаціонару, так і для студентів заочної форми навчання.

Важливо також зазначити, що «Податкове право» часто є не тільки обов'язковою, а й основною навчальною дисципліною при підготовці фахівців з інших напрямків. Так, цей предмет є обов'язковим для студентів, що навчаються на бакалаврською програмою «Управління» у Вармінсько-Мазурському університеті в Ольштині (6 семестр) та в Університеті Миколи Коперника в Торуні (5 семестр). У Щецинському університеті навіть реалізована деталізація податково-правових дисциплін: Загальне податкове право та Засади міжнародного і суспільного податкового права викладаються у 5 семестрі, Особливе податкове право – у 6 семестрі. У Вроцлавському університеті на бакалаврській програмі «Управління» правове регулювання оподаткування вивчається на 3 курсі в межах тільки спеціальності «Управління публічного сектору» (обов'язковими дисциплінами є Загальне податкове право та Особливе податкове право). У Щецинському університеті «Податкове право» є основною дисципліною й при підготовці бакалаврів економіко-правової спеціалізації (4 семестр).

Подальше розширення кола податково-правових дисциплін здійснюється в навчальних програмах магістерського рівня (Податкове право, Право у бізнесі, Податкове консультування тощо). Так, в Університеті Марії Кюрі-Складовської в Любліні при підготовці фахівців за напрямом «Управління» викладаються: Польське і європейське податкове право, Податкова процедура, Міжнародне податкове право. В межах бізнесово-правового напрямку вивчаються: Засади фінансового права підприємців, Податкове право підприємців, Податкова процедура щодо підприємців. 2-х річна магістерська програма «Податкове управління» Вармінсько-Мазурського університету в Ольштині включає до плану 1-го року: Загальне податкове право (2 семестр), Систему контролю та аудиту в секторі

публічних фінансів (1 семестр), Європейське податкове право (1 семестр), Міжнародне податкове право (2 семестр); до плану 2-го року: Податкові процедури (4 семестр), Цивільно-правові інститути в податковому праві (3 семестр), Застосування податкового права (3 семестр), Порівняльне податкове право (4 семестр).

Податково-правові предмети викладаються й при підготовці майбутніх працівників правоохоронних структур Польщі. І така позиція є цілком виправданою, адже без відповідних знань їм буде складно належним чином виконувати покладені повноваження. Так, при підготовці бакалаврів за напрямком «Право силових служб» в межах спеціальності «Охорона економічних інтересів суспільства» у 4 семестрі викладаються Загальне податкове право, у 5 семестрі: Публічні фінансів бюджетних одиниць та Засади Особливого податкового права.

Ми хотіли б зробити ще один наголос. Безумовно, обізнаність та зрозумілість пошуку відповіді на питання – де шукати розуміння щодо тих чи інших аспектів податкового регулювання, має ґрунтуватися на наскрізному курсі «Податкове право» при підготовці всіх кваліфікаційних різновидів юристів. У той же час, стрімкість розвитку податкових відносин, колізійність законодавства обумовлює висновок щодо більш детальної характеристики та аналізу правових засобів упорядкування податкових відносин. На цій тезі базувалася підготовка та побудова сертифікатної освітньої професійної програми «Податковий юрист», досвід щодо викладання якої кафедрою фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, налічує 6 років.

Ця сертифікатна програма передбачала вже наявність базових знань курсу «Податкове право», обізнаність у фундаментальних теоретичних правових конструкціях, які характеризували зміст податкового регулювання та сучасний стан чинного податкового законодавства. В рамках такої програми, ми зосереджували увагу на найбільш актуальних напрямках, що характеризувало природу податкових відносин. Лекції та практичні заняття в такій програмі можуть включати наступні напрями: «Правова природа та склад податкової системи України»; «Цифровізація податкових відносин»; «Податкові режими»; «Митні платежі»; «Трансфертне ціноутворення»; «Податкові процедури»; «Податкові спори»; «Відповідальність за порушення податкового законодавства»; «Міжнародне податкове право»; «Податкове право Європейського Союзу»; «Податкове планування»; «Документальне забезпечення адміністрування податків та зборів». Звісно, такий перелік податкових дисциплін не є вичерпним. Він може доповнюватись, коригуватись, залежно від запитів та перспектив розвитку податкових відносин.

І ще один аспект без оцінки якого не можна обійтися при оцінці значення податкового права. Не всі непорозуміння між суб'єктом владних повноважень та платниками податків з'ясовуються в режимі апеляційного адміністративного оскарження. Звісно, має йтися про досягнення балансу інтересів, але коли це неможливо настає етап судового вирішення податкових спорів. У свій час розв'язання таких податкових задач здійснювалось в режимі господарського судочинства.

Досягненням розвитку демократичних засад державності в Україні стала поява адміністративних судів та їх інтенсивний розвиток.

Але навіть у сьогоdnішніх умовах потужних адміністративних судів, ми хотіли б звернути увагу на відсоток саме податкових спорів, які надходять до касації. За січень-серпень 2021 року в касаційному адміністративному суді перебувало на розгляді 51 239 заяв/справ. При цьому вони розподілились наступним чином: 25 750 (50, 25%) – судова палата з розгляду справ щодо податків і зборів та інших обов'язкових платежів; 12 762 (24, 9%) – судова палата з розгляду справ щодо захисту соціальних прав; 12 727 (24, 83%) – судова палата з розгляду справ щодо виборчого процесу та референдуму, а також захисту політичних прав громадян. При цьому подібне розподілення не є характерним лише для цього періоду, а є традиційним, що характеризує навантаженість та значення в системі адміністративної юрисдикції саме податкових спорів.

Розвиток адміністративних судів віддзеркалює й проблему штучного конфлікту юрисдикцій. Витоки ревізійних намірів представників господарських судів зрозумілі, бо значна кількість спорів за участі суб'єкта владних повноважень (принципового критерію адмінюрисдикції) розглядалися господарськими судами. Більш того, скорочення сфери та кількості спорів, які вирішують господарські суди призводить до намагання обґрунтувати підстави вилучення окремих різновидів спорів саме з адміністративних судів і передача їх до господарських [8]. Необґрунтованим виглядає трансформація юрисдикцій при розгляді земельних спорів, реєстраторів, але на сьогодні з'ясовується, що й податкові спори стають предметом розгляду господарськими судами, на думку представників останніх.

Одним із останніх трендів – намагання обґрунтувати доцільність розгляду господарськими судами спорів щодо ППР підприємств, які знаходяться в режимі банкрутства. Раз банкрутство – значить господарська юрисдикція. Стосовно цього хотілося б зробити акцент на двох особливостях. По-перше, про що власне спір? Якби йшлося про розв'язання спору щодо банкрутства, тоді, безумовно, адміністративні суди не мають до цього ніякого відношення. Але спір стосується реалізації податкового обов'язку через ППР. Особливий статус суб'єкта (підприємство, що перебуває в режимі банкрутства) це вже похідне, другорядне питання. По-друге, подібний висновок (необачливий чи навмисний) призводить до шкоди державі. До вирішення спору щодо ППР (до апеляційної інстанції) зупиняється рух коштів до бюджету (або повернення їх платнику). Саме тому подібні спори доцільно вирішувати якнайшвидше. В той же час, в режимі банкрутства підприємство може перебувати не один рік, що відповідно й заморозить рух коштів в рахунок виконання податкового обов'язку. Тобто, якщо йти подібним шляхом, то ми гарантовано будемо недоотримувати значну кількість коштів, процес їх стягнення буде тривати роками.

Виходячи з вищенаведених обставин, логічним, на наш погляд, постає питання: чи можливе обґрунтування, фахове розв'язання податкового спору та при-

йняття виваженого судового рішення по ньому без розуміння правової природи податкових відносин? І наступне питання, яке безпосередньо витікає із попереднього: чи можливе існування збалансованого уявлення про правову природу відносин оподаткування без викладання в системі юридичної освіти такої дисципліни, як «Податкове право»? Навряд чи альтернативна думка може ґрунтуватися на яких-небудь вагомих аргументах. Тобто обізнаність щодо правового регулювання податкових відносин є критично важливою для фахового юриста.

ВИСНОВКИ

Таким чином було зазначено, що саме гарантування безпеки життя і власності громадян формує диференційовану систему завдань та функцій держави. Встановлено, що до функцій сучасної держави відносять: економічну, фінансову, соціальну, екологічну, гуманітарну, функцію забезпечення національної безпеки та забезпечення миру й світового порядку.

Окреслено «фінансове обарвлення» держави – як конструкцію, яка створена для забезпечення найбільш значущих завдань та функцій такої форми об'єднання громадян. Фінансування державного управління, судової влади, міжнародної діяльності здійснюється через надання коштів спеціальним суб'єктом, до повноважень якого відноситься представництво держави в цій сфері. Вищезгадані функції держави гарантовані фінансуванням за рахунок Державного бюджету України.

Констатовано, що системне об'єднання функцій держави та видатків державного бюджету має спиратися на відповідні гарантії, перш за все, фінансові. Головним джерелом утворення подібних фінансових гарантій якраз і є податки, за рахунок яких держава якраз і стає спроможною реалізувати захист життя та власності. В контексті цього хотілося б звернути увагу на дві обставини. По-перше, безумовне виконання податкового обов'язку щодо сплати податків, зборів, обов'язкових платежів має бути тісно пов'язано з чітким цільовим використанням коштів публічним суб'єктом на ті цілі (завдання та функції держави) щодо яких вони акумульовані за рахунок сплати податків та зборів. По-друге, без податків не лише не можна буде сформувати можливості захисту життя та власності, а й взагалі забезпечити існування держави.

Зазначено, що вилучаючи з освітнього обігу таку дисципліну як податкове право, ми маскуємо намагання та бажання реформування тоталітарних підходів, адже при податковій недосвідченості, ми гарантуємо: а) несвоєчасне виконання податкових обов'язків громадянами; б) свавілля владних суб'єктів щодо оцінки поведінки невідготовлених та необізнаних платників; в) необізнаність податківців, порушення з їх боку.

Аргументовано позицію у відповідності з якою обізнаність та зрозумілість пошуку відповіді на питання – де шукати розуміння щодо тих чи інших аспектів податкового регулювання, має ґрунтуватися на наскрізному курсі «Податкове право» при підготовці всіх кваліфікаційних різновидів юристів. У той же час, стрімкість розвитку податкових відносин, колізійність законодавства обумовлює

висновок щодо більш детальної характеристики та аналізу правових засобів упорядкування податкових відносин. На цій тезі базувалася підготовка та побудова сертифікатної освітньої професійної програми «Податковий юрист», досвід щодо викладання якої кафедрою фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, налічує 6 років.

Встановлено, що розвиток адміністративних судів віддзеркалює проблему штучного конфлікту юрисдикцій. Витоки ревізійних намірів представників господарських судів зрозумілі, бо значна кількість спорів за участі суб'єкта владних повноважень (принципового критерію адмінюрисдикції) розглядалися господарськими судами. Більш того, скорочення сфери та кількості спорів, які вирішують господарські суди призводить до намагання обґрунтувати підстави вилучення окремих різновидів спорів саме з адміністративних судів і передача їх до господарських.

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Практичне значення даної статті полягає у тому, що вона піднімає цілком низку проблем пов'язаних із викладанням податкового права у національних правничих закладах вищої освіти. При цьому робиться акцент на негативному значенні для подальшої правозастосовчої практики в силу такого «пробілу» у знаннях.

Знищення можливості отримання податкових знань не може відображати змістовну державницьку позицію, сприяти розвитку правової свідомості. Не кожен громадянин обов'язково стає злочинцем, але кожен стає платником податків при досягненні певного віку чи умови. Саме тому «Податкове право» слід розглядати не тільки як обов'язкову, але і як основну навчальну дисципліну при підготовці фахівців у сфері права, економіки, менеджменту тощо.

Необґрунтованим виглядає трансформація юрисдикцій. Господарські суди не повинні перебирати на себе юрисдикційні повноваження адміністративних судів. Той аспект, що податкові спори стають предметом розгляду господарськими судами не можна назвати послідовною практикою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Лок Джон. Два трактати про правління / пер. з англ. П. Содомора. Київ : Наш Формат, 2020. 312 с.
- [2] Давид Рикардо. Начала политической экономии и налогового обложения. Москва : Гос. изд-во полит. лит., 1955. 360 с.
- [3] Смит Адам. Исследование о природе и причинах богатства народов. Москва : Изд-во АСТ, 2017. 547 с.
- [4] Oleksandr A. Lukashev, Ihor Y Krynytskyi, Serhii V. Broiakov Budgetary Transfer as a Tool for Financing the Health Sector: Theoretical Legal Analysis. *Wiadomości Lekarskie*, Volume LXXIII, Issue 12 Part 2, December 2020: 2855–2859. DOI: 10.36740/WLek202012225 (дата звернення 01.08.2021).
- [5] Bondarenko, I. M., et al. 2019. Peculiarities of Tax Residency of Individuals in Modern Conditions, *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Volume X, Winter 8(46): 2277–2281. DOI: 10.14505/jarle.v10.8(46).06 (дата звернення 01.08.2021).
- [6] Теорія держави і права : підручник / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смодинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2015. 368 с.

- [7] Бюджетний кодекс України в редакції від 10.11.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>
- [8] Кучерявенко М. П., Смичок Є. М. Чи може бути комерційною діяльністю щодо сплати податків?! *Юридичний вісник України*. 2020. URL: <https://yvu.com.ua/chy-mozhe-buty-komertsijnoyu-diyalnist-shhodo-splaty-podatkov/> (дата звернення 01.08.2021).

REFERENCES

- [1] Lock, J. (2020). *Two Treatises of Government* / translated from English Sodomora P. Kyiv: Our Format.
- [2] Rykardo, D. (1955). *The Beginnings of Political Economy and Taxation*. Moscow: State Publishing House of Political Literature.
- [3] Smith, A. (2017). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Moscow: AST Publishing House.
- [4] Lukashev, O. A., Krynytskyi, I. Y., & Broiakov, S. V. (2020). Budgetary Transfer as a Tool for Financing the Health Sector: Theoretical Legal Analysis. *Wiadomości Lekarskie*, LXXIII, 12(2), 2855–2859.
- [5] Bondarenko, I. M., et al. (2019). Peculiarities of Tax Residency of Individuals in Modern Conditions. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, X, 8(46), 2277–2281.
- [6] *Theory of State and Law* (2015). Petryshyn, O. V., Pogrebnyak, S. P., Smorodynsky, V. S. etc. Kharkiv: Pravo.
- [7] Budget Code of Ukraine. (2010, October). Retrived from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>
- [8] Kucheryavenko, M. P., & Smychok, E. M. (2020). Can there be a commercial activity to pay taxes?! *Legal Bulletin of Ukraine*. Retrived from <https://yvu.com.ua/chy-mozhe-buty-komertsijnoyu-diyalnist-shhodo-splaty-podatkov/>

Микола Петрович Кучерявенко

Доктор юридичних наук, професор
Академік Національної академії правових наук України
Національна академія правових наук України
61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Перший проректор

Професор кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Ірина Миколаївна Бондаренко

Доктор юридичних наук, доцент
Доцент кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Сергій Вікторович Брояков

Доктор філософії
Асистент кафедри фінансового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

Mykola P. Kucheryavenko

Doctor of Law, Professor

Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

First vice-rector,

Professor of the Department of Financial Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Iryna M. Bondarenko

Doctor of Law, Associate Professor

Associate Professor of Department of the Financial Law

Yaroslav Mudryi National Law University

Kharkiv, Pushkinskaya street 77, 61024

Serhii V. Broiakov

PhD in Law

Assistant of the Department of Financial Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Кучерявенко М. П., Бондаренко І. М., Брояков С. В. Податок як системна державницька конструкція, або до чого може призвести нехтування «податковим правом». *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 108–123.

Suggested Citation: Kucheryavenko, M. P., Bondarenko, I. M., & Broiakov, S. V. (2022). Tax as a systematic government institution or possible consequences of neglecting «tax law». *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 108–123.

Стаття надійшла / Submitted: 16.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 16.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

ПРОБЛЕМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

УДК 347.63

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-124

Яроцький Віталій Леонідович

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

Кафедра цивільного права № 2

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Надьон Вікторія Валентинівна

Кафедра цивільного права № 2

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Харків, Україна*

Менджул Марія Василівна

*Кафедра цивільного права і процесу
Ужгородський національний університет
Ужгород, Україна*

ПРАВОВІ КОЛІЗІЇ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕХНОЛОГІЇ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА ІНОЗЕМЦЯМИ В УКРАЇНІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

Анотація. *Актуальність дослідження обумовлена тим, що в Україні на разі відсутні чіткі законодавчі вимоги щодо процедури сурогатного материнства. Відносно низька вартість допоміжних репродуктивних послуг зумовлює значний попит серед іноземців на використання сурогатного материнства. У зв'язку із цим постає питання про необхідність удосконалення правових засад застосування технології сурогатного материнства. Вказане обумовлює і мету дослідження – встановити правові колізії застосування технології сурогатного материнства іноземцями в Україні, розробити механізми їх подолання. У дослідженні використано методологію, що включає міждисциплінарний підхід, що дозволяє системно аналізувати теоретичні та практичні аспекти правових колізій при використанні іноземцями в Україні технології сурогатного материнства, а також розробляти пропозиції щодо їх визначення. У статті розглянуто окремі аспекти правового регулювання та правові колізії при використанні технології сурогатного материнства для іноземців в Україні. Звертається увага, що в Україні понад 80% подружніх пар, які скористалися послугами сурогатного материнства, є іноземними громадянами. Розкриваються аргументи за та проти заборони сурогатного материнства для іноземців*

в Україні. Звертається увага на необхідність гарантування балансу приватних та публічних інтересів при законодавчому регулюванні сурогатного материнства. Досліджено порядок застосування процедури сурогатного материнства для іноземців в Україні, проблеми укладання та розірвання договору про надання послуг сурогатного материнства, а також порядок реєстрації народження дитини. Аргументується необхідність внесення змін до законодавства України та встановлення заборони на односторонню відмову від угоди про сурогатне материнство після впровадження ембріона. На основі аналізу судової практики встановлено, які проблеми можуть виникнути при реєстрації батьківства та материнства іноземними генетичними батьками у зв'язку із застосуванням іноземцями в Україні процедури сурогатного материнства у випадках, коли їхнє вітчизняне законодавство не дозволяє або обмежує сурогатне материнство. Встановлено, що незалежно від заборони чи обмеження використання сурогатного материнства в країні, якщо дитина народилася у громадян таких батьків за кордоном, Європейський суд з прав людини виходить із позиції захисту, перш за все, права дитини та її найкращі інтереси. Для усунення юридичних колізій пропонується прийняти на рівні міжнародного акта уніфіковані підходи до визначення походження дитини, народженої внаслідок використання технології сурогатного материнства.

Ключові слова: допоміжні репродуктивні технології, сурогатне материнство, іноземний громадянин, закон, рішення суду.

Vitaliy L. Yarotskiy

National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Kharkiv, Ukraine

Department of Civil Law № 2
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

Viktorii V. Nadon

Department of Civil Law № 2
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine

Marija V. Mendzhul

Department of Civil Law and Procedure
Uzhhorod National University,
Uzhhorod, Ukraine

LEGAL CONFLICTS OF APPLICATION OF TURNOVER TECHNOLOGY BY FOREIGNERS IN UKRAINE AND WAYS TO OVERCOME THEM

Abstract. The relevance of the study is due to the fact that in Ukraine there are currently no clear legal requirements for the procedure of surrogacy. The relatively low cost of assisted re-

productive services leads to significant demand among foreigners for the use of surrogacy. This raises the question of the need to improve the legal framework for the use of surrogacy technology. This determines the purpose of the study – to establish legal conflicts between the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine, to develop mechanisms to overcome them. The study used a methodology that embodies an interdisciplinary approach that allows systematic analysis of theoretical and practical aspects of legal conflicts in the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine, as well as develop proposals for their elimination. The article examines certain aspects of legal regulation and legal conflicts in the use of surrogacy technology for foreigners in Ukraine. Attention is drawn to the fact that in Ukraine more than 80% of married couples who have used the services of surrogacy are foreign citizens. The arguments for and against the prohibition of surrogacy for foreigners in Ukraine are disclosed. Attention is drawn to the need to guarantee the balance of private and public interests in the legislative regulation of surrogacy. The procedure for applying the surrogacy procedure for foreigners in Ukraine, the problems of concluding and terminating an agreement on surrogacy services, as well as the procedure for registering the birth of a child have been investigated. The need to amend the legislation of Ukraine and the establishment of a ban on unilateral refusal from the surrogacy agreement after the embryo has been implemented is argued. Based on the analysis of judicial practice, it was established what problems may arise in the registration of paternity and maternity by foreign genetic parents in connection with the application of the surrogacy procedure by foreigners in Ukraine in cases where their native legislation does not permit or restricts surrogacy. It has been established that, regardless of the prohibition or restriction of the use of surrogacy in the country, if the child was born to citizens of such parents abroad, the European Court of Human Rights comes out from the position of protecting, first of all, the rights of the child and his best interests. It is proposed to adopt at the level of an international act unified approaches to determining the origin of a child born as a result of the use of surrogate motherhood technology to eliminate legal conflicts.

Key words: *assisted reproductive technologies, surrogacy, foreign nationals, law, court decisions.*

INTRODUCTION

In Ukraine, the procedure of full surrogacy is currently allowed (a surrogate mother should not have a genetic link with the child). At the same time, the lack of clear legal requirements for the procedure of surrogacy, the relatively low cost of its implementation in Ukraine leads to significant demand among foreigners for the use of this reproductive technology.

Experts note that after the ban on surrogacy for foreigners in India, Ukraine has only increased demand for surrogacy, which has become an additional factor in transforming our country into one of the centers of surrogacy at the world level [1]. Given that more than 80% of couples who have used the services of surrogate mothers in Ukraine are foreign nationals, the issue of banning foreigners from using this method of assisted reproductive technologies has been repeatedly raised. At the same time, different legal regulation of surrogacy in Ukraine and abroad leads to legal conflicts over the use of this assisted reproductive technology by foreign nationals, creates additional obstacles in determining the origin of the child and further registration of his birth.

The relevance of the study is confirmed by the fact that in December 2021 and January 2022, four bills on the legal regulation of assisted reproductive technologies were submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine. Undoubtedly important is the desire of the Parliament of Ukraine to legislate the legal aspects of the use of various assisted reproductive technologies, which include surrogacy. Despite criticism in the press and public statements by some politicians, the bills do not propose to ban the use of surrogacy technology in Ukraine. That is, such reproductive technology will remain available to foreigners. At the same time, the government and three alternative projects have different, sometimes even opposite approaches to the legal regulation of surrogacy, different requirements for surrogate mothers, no equality and balance of interests in regulating the rights and responsibilities of genetic parents and surrogate mothers. requirements for the form of the surrogacy agreement and its essential conditions. There are no single approaches to resolving the legal consequences of force majeure. Yes, there are still many unresolved issues regarding the legal consequences of multiple pregnancies, the birth of a child with illness or the death of a child or the death of a surrogate mother. All bills require such a surrogate mother as having a child. However, there are no guarantees for the child in the event of the death of the surrogate mother. Currently, there is a public and expert discussion of the bills, which shows a number of unresolved issues. This confirms the need for thorough research that would solve a number of practical problems and create the preconditions for the development of quality legislation in the field of regulating the use of all possible reproductive technologies.

Among scientists, the problem of legal regulation of various assisted reproductive technologies is of considerable interest, and the subject of most scientific papers is the analysis of the legal basis of surrogacy [2], the nature, conclusion and elements of surrogacy [3], clarifying the features of legal the status of the parties to the surrogacy agreement [4], protection of the rights of surrogate mothers [5] and children [6]. In addition, scientists have analyzed in a comparative aspect of the problem of legal regulation of the use of surrogacy technology in Ukraine and some foreign countries, including the United States [7] and European countries. At the same time, in these works, the problems of legal regulation of surrogacy are not comprehensively clarified, which did not allow to develop common approaches to the use of such important assisted reproductive technology, taking into account a number of ethical, legal and religious aspects.

Scientists also substantiate the peculiarities of legal relations in the field of such ART as surrogacy, in particular the combination of public and private legal aspects, their regulation by the system of civil, medical and family law [9]. At the same time, in our opinion, the wording is more correct that in the relationship of surrogacy not only public and private legal aspects are combined, but a balance of public and private interests should be ensured. It is the guarantee of such a balance of interests that should be the basic value that will become the basis of the legislative act that will regulate the

use of assisted reproductive technologies. Moreover, the regulation should have a clear legal definition of the possibility of surrogacy by foreigners and establish special legal protection for children born to surrogate mothers. Ensuring the best interests of the child in the use of surrogacy should be key to regulating the legal relationship between the genetic parents, the surrogate mother and the medical institution. This determines the purpose of the study – to establish legal conflicts between the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine, to develop mechanisms to overcome them.

1. MATERIALS AND METHODS

The study used a methodology that embodies an interdisciplinary approach that allows systematic analysis of theoretical and practical aspects of legal conflicts in the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine, as well as develop proposals for their elimination. The specified system of methodology included: the historical method which is applied at the analysis of transformation of legislative approaches to regulation of technology of surrogacy; systemic to determine and clarify the legal nature of surrogacy; the formal-legal method was used in the analysis of the texts of current domestic regulations, the legislation of the Member States of the European Union governing surrogacy, as well as case law; legal hermeneutics was used to clarify the content of regulations governing the procedure for the use of surrogacy; the comparative legal method was used to clarify the differences in the legal regulation of the procedure of surrogacy in Ukraine and abroad; the forecasting method provided an opportunity to develop proposals for resolving legal conflicts that occur when using the method of surrogacy by foreigners in Ukraine; The dialectical method has helped to clarify the possibility of protecting the rights of genetic parents and children born to surrogate mothers. Methods of critical analysis have become the basis for clarifying the positions of scientists. This methodology allowed a thorough study of empirical data, statistics, case law of Ukrainian courts, as well as the case law of the European Court of Human Rights.

Scientific researches, international conventions, national legislation of Ukraine, judicial practice, legal and ethical issues were used in the research.

The research work included three main stages. At the first stage of the work, the analysis of doctrinal sources, analytical materials, legislation and case law on the use of surrogacy in Ukraine was carried out. The essence of such assisted reproductive technology as surrogacy, as well as the types and legal basis for its use were clarified.

At the second stage of the research the working hypotheses were tested, the peculiarities of the conclusion, form and content of surrogacy agreements were investigated at the theoretical and practical levels. The importance of informing the genetic parents and the surrogate mother about the essential terms of the contract, the consequences of refusing to perform the contract, the legal consequences of the surrogate mother's failure to follow the doctor's instructions during pregnancy. In addition, they analyzed the legal positions of the European Court of Human Rights on the possibility

of using surrogacy technology, legal certainty in the use of assisted reproductive technologies. Investigated the threats posed by the COVID-19 pandemic in the use of surrogacy technology by foreigners, as well as the protection of the rights and interests of children born to surrogate mothers. Legal conflicts were also revealed over the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine.

The third stage of the study included an analysis of possible ways to overcome the identified legal conflicts with the use of surrogacy technology by foreigners in Ukraine. At this stage, a scheme of the legal mechanism for registering the birth of a child by a surrogate mother and its export abroad by foreign genetic parents was formed. This scheme provides for two variable algorithms: 1) in the case where the genetic parents are citizens of a foreign state, which does not restrict the use of surrogacy; 2) in the case where the genetic parents are citizens of a foreign state that prohibits or restricts the use of surrogacy. It was established that with the second variable algorithm there is an additional stage – the court decision in Ukraine to establish the fact of family ties between the child and genetic parents. In addition, theoretical conclusions were substantiated and ways to improve the legal regulation of surrogacy were developed.

2. RESULTS AND DISCUSSION

Demand among foreigners for the services of surrogate mothers in Ukraine has led to the division of politicians, experts and citizens into two groups. Proponents of the ban on surrogacy in Ukraine refer to the provisions of Article 21 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Rights in connection with the use of biology and medicine: the Convention on Human Rights and Biomedicine, which prohibits financial gain from the human body and its parts [8]. Emphasis is placed on the biotic aspects, the disruption of the emotional connection between mother and child in the perinatal period. In addition, it is noted that the amount of compensation for surrogate mothers contributes to the orientation of these medical services for foreign nationals and may worsen the demographic crisis in Ukraine and even threatens the nation's gene pool.

The Presidential Commissioner for Children's Rights Mykola Kuleba noted in 2020 that surrogacy in Ukraine is not regulated and leads to violations of children's rights, is a form of exploitation of women to earn income by private business [9]. In this regard, there are often suggestions that if not ban, then at least prevent the development of «surrogate tourism» [10]. The COVID-19 pandemic and the closure of borders have further drawn attention to the issue of surrogacy, when as of June 18, 2020, foreign parents who were citizens of 27 different foreign countries could not enter Ukraine and reunite with their 161 genetically related children. A total of 149 pairs of foreigners applied for permission to enter Ukraine [11].

Opponents of banning surrogacy by foreigners in Ukraine, including the Ukrainian Association of Reproductive Medicine, argue that restricting the use of surrogacy for foreigners is unacceptable, as it will not promote the development of reproductive medicine in Ukraine and significantly reduce financial revenues of clinics [12].

At present, Ukrainian legislation does not contain restrictions on the use of ART by foreigners, including the provisions of Article 123 of the Family Code, if an embryo conceived by a spouse who is a foreign citizen is transferred to a Ukrainian citizen, they are recognized as the child's parents [13].

In addition, the surrogacy procedure is regulated by the Order of the Ministry of Health of September 9, 2013 № 787, which stipulates that this method is used in the presence of medical indications and the necessary list of documents (surrogate mother's application, copy of passport, marriage certificate or on the divorce of a surrogate mother (except single women), a copy of the birth certificate of the child (children), the consent of the surrogate mother's husband to participate in the program, patient applications for ART, copies of their passports, marriage certificates, notarized copies of written contracts which is the surrogate mother and the genetic parents of the child) [14, 15].

In practice, the use of surrogacy in Ukraine is regulated by treaties. In the absence of legislation, there are many practical problems that can result in litigation, namely in cases where the surrogate mother does not want to give up the child or the future parents officially divorce, or the child is born with defects and so on.

The surrogacy agreement must contain the following conditions:

1) the subject of the contract (services provided by the surrogate mother for childbirth, childbirth and transfer to the genetic parents);

2) conditions and procedure for performance of the contract by the parties, conditions and procedure for the procedure, provision of necessary medical care and medical services to ensure the physical and psychological health of the surrogate mother, her place of residence during pregnancy, and household and other living conditions, the procedure for providing genetic parents with information about the health of the surrogate mother during pregnancy, etc.);

3) the procedure for settlements between the parties (the amount of compensation for childbirth, compensation for medical care, life and health insurance, daily expenses during pregnancy, including meals for surrogate mothers, household expenses, transportation costs, other costs agreed parties);

4) the rights and responsibilities of both surrogate mothers and genetic parents include: the right to information about the health of the fetus and surrogate mother, as well as her age, nationality, level of education, pregnancy, the right to be present at ultrasound; research and other important medical procedures, etc. The surrogate mother has the right to information about the child's genetic parents, the course of pregnancy, compensation for childbirth, reimbursement of personal and household expenses.

The duties of a surrogate mother include the following: to register for medical treatment; regularly visit a medical institution; monitor the progress of pregnancy, monitor health, follow the advice of a doctor, inform genetic parents about their health and the health of the child, transfer the child after it;

5) liability of the parties for non-compliance with the terms of the contract. Given a number of practical problems in the implementation of surrogacy agreements,

including failure to perform their duties, both surrogate mothers and genetic parents, it is necessary to clearly define the responsibilities of the parties, to provide for penalties [17]. The surrogacy agreement may provide for additional (optional) conditions, including the confidentiality of the terms of the agreement.

The unresolved problem is the lack of legal regulation of unilateral waiver of the surrogacy agreement. We are convinced that unilateral refusal is possible only before the implementation of the embryo in the body of a surrogate mother. After implementation, there should be a strict legislative ban on unilateral waiver of the surrogacy agreement, which must be established in the Law of Ukraine «On the use of assisted reproductive technologies», which is before parliament or, according to today's realities, prescribed in the agreement.

As a general rule, the surrogacy agreement must be terminated by its proper performance and the achievement of the desired result. At the same time, early termination of the contract is possible due to other circumstances: termination by mutual consent of the parties (it should be emphasized that both unilateral refusal and termination by agreement of the parties is possible only before the embryo is implemented in the woman); termination due to unforeseen circumstances (for example, termination of pregnancy for reasons beyond the control of the parties or due to threat to the life of the surrogate mother, death of the surrogate mother, death of the child during childbirth, etc.).

To register the birth of a child, the surrogate mother submits an application for the surrogate mother's consent to the spouse's consent to the spouse's registration of the child's parents, the signature of which must be certified by a notary, and a certificate of genetic relatedness of the parents (mother or father). with baby [18].

Foreign citizens apply to embassies to bring their children to their country of origin. Parents from the United States and Canada apply for an average of three weeks, from Ireland for two to three weeks, from Australia for seven to eight weeks, and longer from the United Kingdom for about four months [19].

At the same time, problems may arise from the registration of paternity and maternity by foreign genetic parents due to different legislative regulations on the procedure of surrogacy in Ukraine and their country of origin. If surrogacy is prohibited in the country of origin, there is a risk of non-recognition of the paternity and maternity of a child born to a surrogate mother.

In addition, in some European countries (Germany, Spain, Great Britain) the law requires that a court decision issued in the country of birth of the child to confirm the family ties between the child and parents [20]. Without such a decision, the biological parents will not be able to legalize the fact of their paternity in the state of citizenship.

The Unified State Register of Judgments of Ukraine contains many examples of judgments in favor of genetic parents to establish the fact of kinship with a child. Thus, in the decision of the Solomyansky District Court of Kyiv of July 15, 2020, it was established that a child born in Kyiv through the use of assisted reproductive technologies is the son of Spanish citizens. The court decision states that the appeal to the court is

conditioned by a special procedure for Spain to register paternity of children born by surrogacy abroad. In particular, according to paragraph 2 of the Instruction of the Main Directorate of Registers and Notaries of Spain of 18 February 2019 №2367 on updating the registration of paternity of persons born by surrogacy, application for registration in the Consular Register of Civil Status on paternity of children born after publication orders are not subject to review, except when there are decisions of the judicial authorities of the country concerned, which are final and have entered into force [21]. Thus, the legislation of Spain establishes an imperative requirement for spouses to register in Spain the paternity of a child born to a surrogate mother – to obtain in Ukraine a relevant court decision confirming their family relationship.

In the decision of the Kupyansk District Court of the Kharkiv region of April 3, 2018, a German citizen was recognized as the father of two children (twins) born to a surrogate mother in Ukraine. Despite the fact that on February 2, 2018, the Kharkiv City Department of Civil Status Registration issued birth certificates of children, which indicate the parents of German citizens. At the same time, the German embassy does not issue passports to children without a court decision establishing paternity, and in addition, a man who is married to a surrogate mother must be involved in the trial. This situation is due to the fact that German law prohibits surrogacy. The legal mother of children under German law is the woman who gave birth, ie the surrogate mother [22]. The possibility of acknowledging paternity of children exists only when the surrogate mother is not married. If the surrogate mother is married, the presumption of paternity of the surrogate mother’s husband must also be rebutted in the court decision.

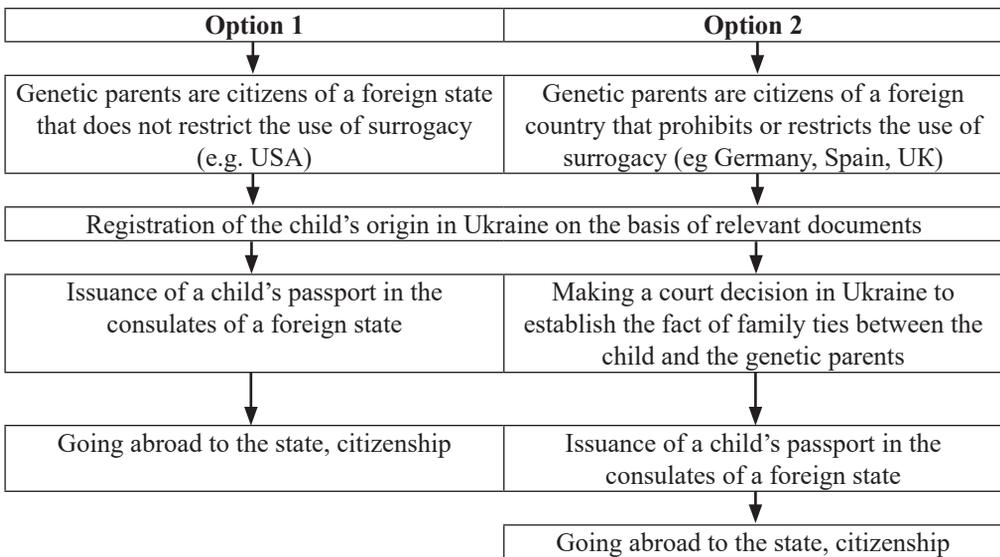


Figure 1. *Legal mechanism for registration of the birth of a child by a surrogate mother and its export abroad by foreign genetic parents*

Litigation can be heard for more than one month, which entails additional financial costs for foreign nationals, related to both litigation and transport and other costs.

There is a well-known situation when in 2011 Italian citizens used the services of surrogacy in Ukraine. Despite the fact that the spouses were not provided with genetic material, the child, born to a surrogate mother, was registered as descended from Italian parents on the basis of documents issued by a medical institution. In October 2011, the child was transported to Italy, but after the Italian authorities established that there was no genetic link between the child and the parents, she was selected and transferred to a children's institution [23].

In dealing with the seizure of children from parents born to surrogate mothers, the ECtHR proceeds from the protection of the right to privacy and the principle of the best interests of the child. In particular, in *Paradiso and Campanelli v Italy* (2017), the Grand Chamber emphasized the State's discretion in recognizing the right to use surrogacy and, given the facts, acknowledged the impact of the decision on the applicants, but concluded that there had been no violation of Article 8. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [24].

In the case of *Mennesson v. France*, the applicants traveled to California to use the services of an egg donor and a surrogate mother who gave birth to twins in March 2000. However, the French embassy refused to register the fact of birth due to lack of genetic connection of one of the parents, despite the decision of the California court. The applicants lived in France and challenged the refusal to register the birth with the ECtHR, which found no violation of Article 8 of the Convention on Parents and admitted a violation of Article 8 on children (applicants 3 and 4) as the latter were in a state of legal uncertainty and: "... the consequences of non-recognition in French law of the legal relationship between parents and children are not limited to parents who have chosen a certain method of ART, prohibited in France. They also affect children themselves, whose right to respect for private life, which means that everyone should be able to establish the components of their personality, including the legal relationship between parents and children, is significantly violated. Accordingly, there is a serious question about the compatibility of this situation with the best interests of children» [25]. Thus, regardless of the prohibition or restriction of the use of certain ARTs in a foreign country, if the child was born to citizens of such parents abroad, the European Court of Human Rights proceeds from the position of protecting the child's rights and best interests.

CONCLUSIONS

In Ukraine, there is no proper legislative regulation of the use of surrogacy, as well as other assisted reproductive technologies. That is why it is time to adopt a law that would establish legal certainty in the use of assisted reproductive technologies, would be high quality and effective in regulating surrogacy. Improving the current Ukrainian legislation by adopting a high-quality, clear and predictable law is in line with the case law of the European Court of Human Rights and meets international standards.

There are legal conflicts in connection with the application of surrogacy by foreigners in Ukraine in cases where their legislation of their country of origin does not allow or restrict surrogacy. Hundreds of cases are heard by the courts of Ukraine every year on the basis of applications from citizens of Great Britain, Spain and Germany to confirm their family ties with children born to surrogate mothers. This is due to the requirements of foreign law, not Ukraine.

Analysis of the legal mechanism of registration of the birth of a child by a surrogate mother and its export abroad by foreign genetic parents allowed to identify two variable algorithms: in the case where the genetic parents are citizens of a foreign state, which does not restrict the use of surrogacy; in the case where the genetic parents are citizens of a foreign state that prohibits or restricts the use of surrogacy. It was established that the second variable algorithm has an additional stage – a court decision in Ukraine to establish the fact of family ties between the child and genetic parents.

In order to eliminate such legal conflicts, it is necessary to establish common approaches at the level of an international act to determine the origin of a child born as a result of surrogacy technology, which in our opinion will be in the best interests of children and relevant ECtHR practice.

REFERENCES

- [1] On Assisted Reproductive Technologies: Opinion on the draft Law of Ukraine (2018, August). Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/XH6NP1AA?an=3>
- [2] Reznik, O. M., & Yakushchenko, Yu. M. (2020). Legal considerations surrounding surrogacy in Ukraine. *Wiadomości Lekarskie*, LXXIII, 5, 1048–1052.
- [3] Fedorchenko, N. (2016). Features of concluding an agreement on surrogacy. *Entrepreneurship, economy and law*, 12, 65–68.
- [4] Dzyubenko, O. L. (2020). Parties to the surrogacy agreement. *Expert: paradigms of legal sciences and public administration*, 2(8), 94–105.
- [5] Kuchynska, O. P., Kashyntseva, O. Yu., & Shchyhol, O. V. (2020). Current issues of legal regulation of surrogate maternity and enforcement of rights of surrogate mothers. *Wiadomości Lekarskie*, LXXIII, 12(2), 2871–2876.
- [6] Wade, K. (2017). The regulation of surrogacy: a children's rights perspective. *Child Fam Law Q*, 29(2), 113–131.
- [7] Nadon, V. V., Mendzhul, M. V., & Kotlyar, O. I. (2021). Legal basis for the use of assisted reproductive technologies: a comparative analysis of the legislation of Ukraine and European States. *Wiadomości Lekarskie*, 74, 11(2), 3021–3025.
- [8] Piersanti, V., Consalvo, F., Signore, F., Del Rio, A., & Zaami S. (2021). Surrogacy and «Procreative Tourism». What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives? *Medicina*, 57, 47. Retrieved from <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>
- [9] Walid Kamal Abdel Salam Atia (2019). Legal regulation of surrogacy: current status and prospects. *Public administration in Ukraine*, 13, 23–27.
- [10] Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (1997). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334#Text

- [11] On Assisted Reproductive Technologies: Opinion on the draft Law of Ukraine (2018, August). Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/XH6NP1AA?an=3>
- [12] Surrogacy: how quarantine revealed another «face» of Ukraine (2020). Retrieved from <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3026156-surogatne-materinstvo-ak-karantin-vidkriv-se-odne-oblicca-ukraini.html>
- [13] Family Code of Ukraine (2002, January). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
- [14] About the statement of Rules of the state registration of acts of civil status in Ukraine: the order of the Ministry of Justice of Ukraine (2000, October). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00#Text>
- [15] On approval of the Procedure for the use of assisted reproductive technologies in Ukraine: Order of the Ministry of Health of Ukraine (2013, September). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#Text>
- [16] Skachko, I. (2020). Ukraine needs new laws on surrogacy – Lyudmila Denisova. Retrieved from <http://khp.org/index.php?id=1593175046>
- [17] Zolotova, I. (2018). Surrogacy for foreigners in Ukraine: can not be banned. *Ukrainian Medical Journal*, 4(2). Retrieved from <https://www.umj.com.ua/article/128232/surogatne-materinstvo-dlya-inozemtsiv-v-ukrayini-zaboroniti-ne-mozhna-dozvoliti>
- [18] Mendzhul, M. V., Nadon, V. V., & Rekova, Zh. O. (2021). Protection of the rights of children born by surrogate mothers during the Covid-19 pandemic. *Wiadomości Lekarskie*, 74, 11(2), 2999–3004.
- [19] Bezpyatchuk, Zh. (2018). What threatens children born to surrogate mothers. Retrieved from <https://www.bbc.com/ukrainian/features-44335607>
- [20] Kravtsova, T., & Kornienko, M. (2020). Surrogacy: problems of legal regulation and judicial practice. *Legal newspaper online*. Retrieved from <https://yur-gazeta.com/publications/practice/medichne-pravo-farmaceutika/surogatne-materinstvo-problemi-pravovogo-regulyvannya-ta-sudovoyi-praktiki.html>
- [21] Decision of the Solomyansky District Court of Kyiv (15 July 2020 in the case № 760/8607/20). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91395236>
- [22] Decision of the Kupyansk City District Court of the Kharkiv Region (3 April 2018 in case № 628 / 834/18). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73185026>
- [23] Gozhiy, I. O., & Tofan, A. O. (2020). Some problematic aspects of surrogacy with a foreign element. *Law and Society*, 3, 229.
- [24] ECHR says removal of infant from surrogate parents interfered with right to respect for private life but was justified under national laws. Retrieved from <https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/2017/6/30/echr-says-removal-of-infant-from-surrogate-parents-interfered-with-right-to-respect-for-private-life-but-was-justified-under-national-laws>
- [25] Case of Mennesson v. France (26 June 2014, application no. 65192/11). Retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>

Vitaly L. Yarotskiy

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Professor of the Department of Civil Law №2
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77, Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Viktoriia V. Nadon

Doctor of Law, Professor
Professor of the Department of Civil Law №2
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77, Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Marija V. Mendzhul

Doctor of Law, Professor
Professor of the Department of Civil Law and Procedure
Uzhhorod National University,
88000, 3, Narodna Square, Uzhhorod, Ukraine

Рекомендоване цитування: Яроцький В. Л., Надьон В. В., Менджул М. В. Правові колізії застосування технології сурогатного материнства іноземцями в Україні та шляхи їх подолання. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. №3. С. 124–136.

Suggested Citation: Yarotskiy, V. L., Nadon, V. V., & Mendzhul, M. V. (2022). Legal conflicts of application of turnover technology by foreigners in Ukraine and ways to overcome them. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 124–136.

Стаття надійшла / Submitted: 18.07.2022
Доопрацьовано / Revised: 18.08.2022
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

Довгерт Анатолій Степанович

Національна академія правових наук України
Харків, Україна

Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
Київ, Україна

Цірат Геннадій Артурович

Інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
Київ, Україна

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КОДИФІКАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Анотація. Метою цієї статті є розгляд сучасних тенденцій рекодифікації міжнародного приватного права, що відбувається протягом останніх 10–15 років в різних державах світу, перш за все, європейських, виявлення підходів, які покладені в основу різних національних актів рекодифікації МПрП, визначення сучасного стану кодифікації МПрП в Україні, проблемних питань, з якими стикається процес рекодифікації МПрП на сучасному етапі розвитку правової системи України. Досліджені новітні національні акти кодифікації МПрП свідчать про різноманітність підходів, покладених в основу такої кодифікації у різних державах, при цьому в однаковій мірі застосовуються як автономний, так і галузевий підходи. Значна увага приділена актам міжнародно-правової уніфікації окремих інститутів міжнародного цивільного процесу, які прийняті в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права та Європейського Союзу. Розглянуто сучасний стан кодифікації міжнародного приватного права в Україні, дана характеристика підходу, покладеному в її основу, надана оцінка та виявлені переваги та недоліки такого підходу. Розглянуті варіанти (сценарії), за якими може відбуватися процес рекодифікації та модернізації МПрП у контексті процесів рекодифікації цивільного права України. Обґрунтована необхідність відмови від автономного підходу у тому вигляді, якій було втілено у законі про МПрП, інших актах, та перейти до кодифікації МПрП у рамках єдиного акту приватного (цивільного) права з включенням до нього, в тому числі і процесуальних норм і інститутів. Окрему увагу приділено питанням кодифікації міжнародного цивільного процесу, модернізації деяких його інститутів з огляду на сучасні тенденції, досягнення світової та вітчизняної науки, та перспектив європейської інтеграції. Розглянуто стан регулювання та пропозиції щодо модернізації таких інститутів міжнародного цивільного процесу, як інститут запобігання паралельних проваджень та деяких видів міжнародної підсудності.

Ключові слова: рекодифікація, модернізація, уніфікація, підсудність, інститут, акт, конвенція.

Anatolii S. Dovgert

National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine

Institute of International Relations
Taras Shevchenko National University of Kyiv
Kyiv, Ukraine

Gennadii A. Tsirat

Institute of International Relations
Taras Shevchenko National University of Kyiv
Kyiv, Ukraine

CURRENT ISSUES OF CODIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL CIVIL PROSEDURE

Abstract. *The purpose of this article is to consider current trends of the recodification of private international law (PIL) over the past 10–15 years in different countries, especially European, to identify approaches grounded in various national acts of recodification of PIL, to determine the current state of codification in Ukraine, problematic issues facing the process of recodification of PIL at the present stage of development of the legal system of Ukraine. The latest national acts of codification of PIL studied in this article show the diversity of approaches underlying such codification in different countries, with both autonomous and branch approaches being applied equally. A significant attention is paid to the acts of international legal unification of certain institutions of the international civil proceeding adopted in the framework of the Hague Conference on Private International Law and the European Union. We considered a current state of codification of private international law in Ukraine, described the approach used therefor, and gave an assessment and identified advantages and disadvantages of such an approach. Scenarios under which the process of recodification and modernization of PIL in the context of the processes of recodification of civil law of Ukraine can take place are considered. There is a need to abandon the autonomous approach in the form embodied in the law of PIL, other acts, and move to the codification of PIL within a single act of private (civil) law with the inclusion of procedural rules and institutions therein. Special attention is paid to the codification of the international civil proceeding, modernization of some of its institutions in view of current trends, achievements of world and domestic science, and prospects for European integration. The state of regulation and proposals for the modernization of such institutions of international civil proceeding as the institute for the prevention of parallel proceedings and certain types of international jurisdiction are considered.*

Keywords: *recodification, modernization, unification, jurisdiction, institute, act, convention.*

ВСТУП

Процес рекодифікації цивільного права України, який відбувається в Україні, не може бути успішно здійснений без вирішення багатьох питань, пов'язаних

з модернізацією та рекодифікацією норм міжнародного приватного права, яке знаходиться в тісному зв'язку з приватним правом, в цілому та цивільним, зокрема.

Актуальність процесів модернізації, осучаснення та «новелізації» міжнародного приватного права постійно зростає на тлі якісного та кількісного зростання відносин з іноземним елементом, які є об'єктом регулювання нормами МПрП. Процеси рекодифікації міжнародного приватного права, його модернізації та оновлення відбуваються в багатьох державах світу, що є проявом гнучкості та адаптивних можливостей правових систем виробляти адекватні правові засоби регулювання суспільних відносин, які постійно змінюються та з'являються нові, раніше не відомі. Разом з рекодифікацією міжнародного приватного права на національному рівні на міжнародно-правовому рівні відбуваються процеси уніфікації підходів до регулювання багатьох інститутів міжнародного приватного права. Активно йдуть процеси гармонізації норм та інститутів міжнародного приватного права.

Дослідження сучасних тенденцій рекодифікації міжнародного приватного права, яка відбувалась протягом останніх 10–15 років у різних державах світу, виявлення та систематизація підходів, які покладені в основу різних національних актів рекодифікації МПрП, необхідні не тільки з точки зору виявлення останніх тенденцій та закономірностей цих процесів в різних регіонах та країнах світу. Воно має важливий прикладний характер, надає можливість врахувати досвід інших держав у цих питаннях, стати запобіжником помилок, яких можна припуститися в процесі рекодифікації МПрП, який відбувається в ці часи в Україні. Особливе місце займають питання міжнародного цивільного процесу. Як частина міжнародного приватного права він регулює відносини з іноземним елементом, але відносини процесуального характеру, регулюючи такі важливі аспекти цих відносин як міжнародна підсудність приватноправових спорів, транскордонна судова кооперація, визнання та виконання рішень іноземних судів. Ці інститути міжнародного цивільного процесу є об'єктом кодифікації на національно-правовому рівні, уніфікації на міжнародно-правовому рівні та гармонізації із застосуванням таких інструментів як модельні закони та принципи. Уніфікація, що відбувається на міжнародно-правовому рівні носить досить активний характер протягом останніх 10–15 років. Така увага к цим питанням з боку, наприклад, Гаазької конференції з міжнародного приватного права обумовлена існуючими «прогалинами» саме міжнародно-правового рівня їх регулювання і об'єктивною потребою їх заповнення на тлі зростання кількості та складності спорів з іноземним елементом. В Європейському Союзі це викликано необхідністю саме модернізації існуючих механізмів регулювання, побудованих на основі підходів, сформованих в останній чверті ХХ сторіччя. На фоні цих процесів та активної участі України в останніх актах уніфікації, прийнятих під егідою Гаазької конференції з міжнародного приватного права, очевидною і нагальною виявляється потреба

у модернізації підходів до регулювання деяких інститутів міжнародного цивільного процесу в Україні з огляду на сучасні тенденції, досягнення світової та вітчизняної науки. Мова йде, зокрема, про такі інститути міжнародного цивільного процесу, як інститут запобігання паралельних проваджень та деяких видів міжнародної підсудності, договірної, виключної та видами і характером відносин, з яких виник спір. Особливий наголос треба зробити на перспективах європейської інтеграції нашої держави. Мова йде про перспективи створення міжнародно-правових механізмів регулювання міжнародної підсудності та визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних та комерційних справах шляхом укладання багатосторонньої конвенції на кшталт конвенції Лугано 2007 р.

Питанням рекодифікації цивільного та міжнародного приватного права України в сучасній науковій літературі приділено достатньо уваги. Проте питання рекодифікації норм міжнародного цивільного процесу як складової МПрП України та модернізації підходів до регулювання деяких його складових попри їх актуальність та значимість залишаються поза увагою наукової спільноти. Процеси модернізації, оновлення та рекодифікації національного законодавства з питань МПрП, що відбуваються в багатьох державах світу, особливо Європи, свідчать про своєчасність та актуальність започаткування аналогічних процесів в нашій державі. Для рекодифікації у царині міжнародного приватного права існують ті ж юридичні чинники та передумови, що і для оновлення цивільного кодексу України: 1) значний розвиток ринкового законодавства в країні; 2) наявність норм-моделей регіональних та універсальних міжнародних актів¹; 3) найновіший досвід кодифікації МПрП у низці країн²; 4) необхідний потенціал вітчизняної приватно-правової науки [1,2]. Автори цієї статті ставлять за мету дати відповіді на деякі актуальні питання кодифікації міжнародного приватного права України в цілому та міжнародного цивільного процесу, зокрема в контексті загальних процесів рекодифікації цивільного України та процесів рекодифікації міжнародного приватного права, які відбуваються у світі.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

При виконанні цієї науково-дослідницької роботи авторами використовувались методи системного та порівняльно-правового аналізу, метод правового прогнозування та планування. Предметом цього дослідження стали підходи до кодифікації міжнародного приватного права, які використовуються різними державами та деякими міжнародними організаціями і об'єднаннями, досвід такої кодифікації, який втілений в різних за характером нормативних актах різних держав та міжнародних конвенціях. Для виявлення та оцінки таких підходів

¹ Так, наприклад, низкою регламентів ЄС фактично створена європейська кодифікація колізійного та міжнародного процесуального права.

² З початку XXI ст. у світі розроблені та набули чинності понад 20 кодифікацій з МПрП у формі частин цивільних кодексів або окремих законів.

автори частково використовували прийняту в науці міжнародного приватного права України та деяких інших держав класифікацію, яка поділяє вказані методи (підходи) до кодифікації МПрП на автономну, галузеву та альтернативну. Але треба визнати, що вказані підходи до кодифікації застосовуються в «чистому вигляді» досить не часто і згадана класифікація більш корисна для викладання міжнародного приватного права як навчальної дисципліни, ніж як відображення реального стану речей в царині кодифікації МПрП. На практиці ми часто стикаємось зі способами кодифікації МПрП, які поєднують елементи різних підходів з превалюванням одного з них або без такого. Виявляється доцільним поставити питання зміни критеріїв, за якими ми можемо здійснювати класифікацію методів (підходів) до кодифікації МПрП, та відмовитись від єдиного критерію – характеру правового акту, в якому законодавцем поміщена відповідна норма або інститут міжнародного приватного права.

Об'єктом дослідження стали національно-правові акти рекодифікації міжнародного приватного права, які були прийняті в більш ніж 10 державах протягом останніх 10–15 років. Із застосуванням методу порівняльно-правового аналізу були виявлені відмінності у підходах до визначення переліку інститутів МПрП, які ставали об'єктом кодифікації у формі єдиного автономного акту – окремого закону (акту) про міжнародне приватне право.

Разом з національно-правовими актами кодифікації МПрП різних держав об'єктом дослідження стали також ті міжнародні конвенції, які були прийняті протягом останніх років під егідою Гаазької конференції з міжнародного приватного права, актів Європейського Союзу та оновленої конвенції Лугано. Всі вказані акти спрямовані на міжнародно-правове регулювання та уніфікацію норм, що регулюють окремі складові міжнародного цивільного процесу: міжнародну підсудність та визнання і виконання іноземних судових рішень.

Окремим об'єктом дослідження був стан справ у сфері регулювання та кодифікації норм міжнародного приватного права в Україні. Було проаналізовано та надано оцінку ситуації, що склалась навколо кодифікації міжнародного приватного права України, саме з огляду на перспективи рекодифікації та модернізації окремих норм та інститутів МПрП у контексті рекодифікації цивільного права України. Розгляд потенційних варіантів рекодифікації МПрП виявив, що методологічне, доктринальне та юридико-технічне поєднання цих двох процесів, синхронізація їх в часі та розгляд рекодифікації МПрП через призму рекодифікації та оновлення цивільного кодексу України має стати ключовим елементом концепції рекодифікації міжнародного приватного права України на сучасному етапі.

Торкаючись питань модернізації та оновлення окремих інститутів МПрП автономно було досліджено норми, що регулюють загальні положення інституту міжнародної підсудності та процедур запобігання виникненню паралельних проваджень при вирішенні спорів з іноземним елементом в Україні та інших юрисдикціях. Указана частина дослідження була виконана з використанням методу

порівняльно-правового та системного аналізу, що надало можливість виявити недоліки закріпленого в законодавстві України підходу до регулювання процедур запобігання виникненню паралельних проваджень та запропонувати підходи до суттєвого оновлення діючих процедур.

За результатами проведеного дослідження автори дійшли певних висновків, які мають важливе теоретичне значення і стосуються необхідності рекодифікації міжнародного приватного права як органічної та невід'ємної складової загально-го процесу рекодифікації цивільного права України. Авторами обґрунтована необхідність зміни підходів до регулювання деяких інститутів міжнародного цивільного процесу України, перш за все, процедур запобігання виникненню паралельних проваджень при розгляді справ з іноземним елементом, міжнародної підсудності та сформульовані практичні рекомендації щодо удосконалення існуючих в українському законодавстві підходів до регулювання вказаних інститутів.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Процеси рекодифікації та оновлення законодавства відбувається хвилеподібно, і це закономірно. Послідовність виглядає наступним чином: закріплення в праві певних підходів до регулювання, далі перевірка цих підходів життям, яке постійно і швидко змінюється (моніторинг регулювання, судова практика, узагальнення, наукове осмислення та розробка підходів до модернізації); формування адекватних відповідей на питання, що виникають, шляхом формулювання нових підходів до регулювання та їх закріплення в законодавстві.

Відомо, що в світі існує три підходи до кодифікації міжнародного приватного права: галузевий, автономний і альтернативний. Але цей поділ цілком умовний і в реальності ми не часто можемо зустріти той чи інший підхід, втілений в «чистому» вигляді, наприклад, коли в окремому нормативному акті (законі) зібрані абсолютно всі норми міжнародного приватного права. Частіше за все ми зустрічаємо «змішані» форми, які поєднують різні підходи, коли автономна кодифікація поєднується з галузевою або автономна кодифікація застосовується тільки до окремих складових міжнародного приватного права, наприклад, колізійного права. Тому, говорячи про застосування тією чи іншою державою того чи іншого способу кодифікації, ми матимемо на увазі превалюючий підхід, обраний цією державою. Автономний підхід до кодифікації МПрП обрала значна група держав, зокрема, Швейцарія, Україна, Польща, Чехія, Туреччина, Албанія, Хорватія, Грузія, КНР, Японія та багато інших. У кожній з цих держав прийняті та діють окремі закони про міжнародне приватне право, хоча всі вони суттєво відрізняються за сферами регулювання та переліком відносин, які є об'єктом регулювання нормами цих законів. Друга група держав обрала галузевий підхід до кодифікації, в якому загальні положення, принципи та колізійні норми містяться в цивільних кодексах, а норми, що регулюють міжнародний цивільний процес – в цивільних

процесуальних кодексів. У той же час, в цих державах є окремі закони, які регулюють вузьке коло правовідносин, зокрема, з іноземним елементом, та містять норми міжнародного приватного права. До таких держав належить Бельгія, Франція, РФ, Німеччина, Іспанія, Литва та деякі інші. Третя група держав, і це переважно держави англо-американської системи права, обрали альтернативний спосіб кодифікації, який по суті відкидає будь-яку кодифікацію як таку, норми міжнародного приватного права знаходяться в різних актах та судових рішеннях (прецедентах).

Кожен з розглянутих підходів до кодифікації має свої позитивні та негативні сторони. Обираючи один з них, законодавець намагається зменшити вплив негативних та посилити вплив позитивних наслідків обраного ним способу кодифікації, керуючись при цьому різними аргументами та критеріями. Не останню роль тут відіграє правова традиція та розуміння ролі права як соціального явища та визначення ролі писаного закону та судової практики як джерел права.

Протягом останніх 10–12 років у світі, особливо у державах Європи, йде активний процес рекодифікації міжнародного приватного права, змістом якого є модернізація підходів до регулювання відносин з іноземним елементом. Власне законодавство про міжнародне приватне право оновили та модернізували багато держав Європи: у 2011 р. у Польщі прийнято новий закон про міжнародне приватне право [3], у Нідерландах почала діяти з 01.01.2012 р. оновлена книга 10 цивільного кодексу, в якій вміщені норми з міжнародного приватного права [4], Чеська республіка новим законом №91/2012 [5] замінила з 2012 р. акт Чехословаччини про міжнародне приватне право 1963 р., Угорщина оновила свій закон про міжнародне приватне право в 2017 р. [6] а Хорватія прийняла новий закон про міжнародне приватне право у 2017 р. (набув чинності в 2019 р.) [7].

Аналогічні процеси відбуваються в країнах Азії. Наприклад, в КНР в 2011 набув чинності акт про право, що застосовується до цивільних відносин з іноземним елементом [8], який є актом кодифікації саме колізійного права КНР. У 2014 році прийняті акти з МПрП в Індонезії та В'єтнамі.

Змістовний аналіз вказаних актів кодифікації свідчить про те, що підходи держав до автономної кодифікації є дуже різними. Так, Польський акт представляє собою збірник загальних принципів та колізійних норм стосовно всіх видів відносин з іноземним елементом. Тому він більше схожий на акт кодифікації колізійного права, ніж на акт кодифікації МПрП в цілому. З іншого боку, Чеський акт є найбільш поглибленим та всеосяжним актом автономної кодифікації МПрП, в якому, крім закріплення загальних та колізійних норм, містяться норми про підсудність, надання міжнародної правової допомоги, виконання іноземних судових рішень, транскордонне банкрутство тощо. При цьому побудова закону, розміщення норм схоже на побудову договорів про правову допомогу: юрисдикція чеських судів, право, що застосовується, «прив'язані» до конкретного виду спірних правовідносин з іноземним елементом. Хорватський закон про міжнародне приватне

право, крім загальних положень та принципів і колізійних норм, містить норми щодо підсудності та виконання іноземних судових рішень. При цьому треба підкреслити, що останні за часом кодифікації МПрП, які були проведені в цих державах, відбувались під значним або вирішальним впливом таких чинників як європейське приватне право, європейське міжнародне приватне право та міжнародних конвенцій [9].

Стан справ у сфері регулювання та кодифікації норм міжнародного цивільного процесу

Разом з процесами рекодифікації національного законодавства в сфері міжнародного приватного права відбуються активні процеси уніфікації міжнародного приватного права на міжнародно-правовому рівні. Основним об'єктом уніфікації виступають окремі складові міжнародного цивільного процесу, зокрема міжнародна підсудність та виконання іноземних судових рішень. Інші важливі складові, такі як вручення за кордоном судових документів та отримання доказів, отримання безоплатної правової допомоги та інші, врегульовані універсальними міжнародними конвенціями¹, склалась успішна практика їх застосування, моніторингу та узагальнення практики.

Для країн-членів ЄС з 2015 р. почав діяти оновлений Регламент ЄС № 1215/2012 з питань юрисдикції та виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах [10], який замінив Регламент 44/2001 з аналогічною назвою та сферою регулювання. Під егідою Гаазької конференції з міжнародного приватного права у 2005 р. було прийнято та відкрито для підписання конвенцію про угоди про вибір суду [11], яка набула чинності з 01.10.2015 р.² і врегулювала значну кількість відносин, що виникають при застосуванні договірної підсудності у справах з іноземним елементом. У 2019 р. було схвалено та відкрито для підписання конвенцію про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних та комерційних справах [12]. Вказана конвенція є новою спробою врегулювання на універсальному рівні питань визнання та виконання іноземних судових рішень.

Регламент ЄС № 1215/2012 вніс певні новації в регулювання питань юрисдикції та виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах в рамках ЄС і умовно може розглядатися як приклад регулювання цих складових міжнародного цивільного процесу в специфічних умовах єдиного правового простору ЄС (регіональний рівень) та концепції вільного руху судових рішень в межах держав-членів ЄС. В той же час Гаазькі конвенції 2005 та 2019 років мають розглядатися як потенційно універсальні багатосторонні міжнародні інструменти [13], які безпосередньо будуть впливати на національне регулювання тих самих відносин в нашій державі та державах-потенційних учасниках цих конвенцій.

¹ Мова йде про Гаазькі конвенції 1954, 1965 та 1970 років.

² Кількість держав-учасниць складає на сьогодні 32. Україна приєдналась до цієї конвенції у 2016 р., ратифікувала її у 2021 р. Конвенція набере чинності для України через три місяці після здачі ратифікаційної грамоти депозитарію конвенції. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

Роль міжнародних договорів та спеціальних актів ЄС у регулюванні відносин з іноземним елементом дуже значна та важлива. В державах-членах ЄС відносини з іноземним елементом поділяються на ті, які регулюються актами ЄС, як правило, регламентами, яких прийнято і діє значна кількість (з колізійного права, зокрема Регламенти Рим I, II, з міжнародного цивільного процесу Регламенти Брюссель I, II та інші), та відносини, які регулюються нормами національного права кожної держави та нормами міжнародних договорів, які укладені цією державою з іншими державами – не членами ЄС. При цьому держави-члени намагаються уніфікувати підходи, покладені в основу регулювання відповідних відносин з іноземним елементом і закріплені у відповідних регламентах, та підходи, на яких будується їх національне законодавство. Цим, зокрема, і обумовлені згадані вище процеси рекодифікації та оновлення законодавства з міжнародного приватного права в деяких державах-членах Союзу.

Стан справ в сфері регулювання та кодифікації норм міжнародного приватного права в Україні

Ситуація, що склалась навколо кодифікації міжнародного приватного права України, може бути охарактеризована наступними показниками. Переважна більшість матеріально-правових та колізійних норм, що мають регулювати приватно-правові відносини з іноземним елементом, містяться в законі про міжнародне приватне право (далі «закон про МПрП»). Норми, що регулюють міжнародний цивільний процес, розпорощені по різних нормативних актах: частина міститься в законі про МПрП, інші норми – в цивільному процесуальному кодексі України (далі «ЦПК»), господарському процесуальному кодексі України (далі «ГПК»), законах про ратифікацію деяких міжнародних конвенцій [14], а також в підзаконних актах [15, 16]. Таким чином, загальні положення МПрП, принципи МПрП та переважна більшість колізійних норм зосереджені майже в одному нормативному акті – законі про МПрП, а процесуальні норми, що регулюють міжнародний цивільний процес, містяться в декількох різних за характером та предметом регулювання нормативних актах.

Другим по значимості видом джерел норм міжнародного приватного права України є міжнародні договори, укладені Україною з іншими державами. Україна є учасницею значної кількості міжнародних договорів (двосторонніх та багатосторонніх, регіональних та універсальних)¹, а згідно зі ст. 9 Конституції України норми цих договорів є складовою національного права України.

Нагадаємо, в 2005 р. в процесі підготовки нового цивільного кодексу України стосовно кодифікації норм міжнародного приватного права наша держава обрала

¹ Україна є учасницею 30 двосторонніх договорів про правову допомогу у цивільних та комерційних справах, Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності 1992 р., Мінської конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р., Гаазьких конвенцій 1954, 1965, 1970, 2005 років, деяких Гаазьких, так званих, дитячих конвенцій та багатьох інших

автономний спосіб такої кодифікації, але він не охопив всі складові міжнародного приватного права, як це, наприклад, було зроблено в законах про МПрП Швейцарії [17], Румунії [18] або Чехії [5]. Проявом цієї «незавершеності» стало те, що багато норм міжнародного цивільного процесу не було включено до закону про міжнародне приватне право, і вони були закріплені у процесуальних кодексах. Більше того, протягом 15 років існування цього закону, роль процесуальних кодексів в регулюванні міжнародного цивільного процесу постійно зростала.

Ще однією особливістю підходу, прийнятого нашим законодавцем до регулювання норм міжнародного цивільного процесу, є те, що деякі його інститути дублюються в різних процесуальних кодексах. Це стосується, перш за все, процедур вручення за кордоном судових документів та отримання доказів та виконання українськими судами іноземних судових звернень та доручень [19; 20]. Це обумовлено існування декількох судових ланок у судовій системі України, до юрисдикції яких належать справи з іноземним елементом, причиною чого є наявність кількох процесуальних кодексів.

Таким чином, ми можемо констатувати, що обраний в 2005 р. автономний спосіб кодифікації міжнародного приватного права стосувався в основному колізійного права і лише частково міжнародного цивільного процесу: він торкнувся процесуально-правового становища іноземних осіб, міжнародної підсудності та судових імунітетів. Інститут судового доручення, визнання та виконання іноземних судових та арбітражних рішень врегульовані процесуальними кодексами, хоча загальні положення щодо цих інститутів закріплено в законі про МПрП. Вказаний підхід можна розглядати більше як поєднання автономного та галузевого підходів до кодифікації міжнародного цивільного процесу або як «незавершений», неповний автономний.

Україна не є державою-членом ЄС, але знаходиться на шляху поступового зближення з ЄС у багатьох сферах, в тому числі і у сфері права та юстиції. Будь-яка гармонізація права ЄС і права України, особливо у регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом, є вкрай важливою, оскільки це створює додаткові лінії взаємного тяжіння у відносинах між ЄС та Україною. Наближення законодавства України в сфері міжнародного приватного права та особливо в сфері міжнародного цивільного процесу до «стандартів» та підходів ЄС важливо ще й з точки зору створення необхідних умов для укладання між Україною та ЄС конвенції на кшталт конвенції Лугано 2007 р. Це мета, яка має бути чітко сформульована та поставлена на порядок денний нашої комунікації з ЄС. Ми маємо проявити ініціативу та вийти до ЄС з пропозицією щодо укладання подібної конвенції та розпочати конкретні кроки на шляху до цього.

Ці фактори треба брати до уваги в контексті підготовчого процесу до рекодифікації цивільного та міжнародного приватного права, що відбувається зараз в нашій країні. У зв'язку з цим постає важливе питання: як цей процес має вплинути на кодифікацію саме міжнародного приватного права, яка доля чекатиме на

закон про міжнародне приватне право та деякі його норми та інститути. В наукових колах жваво обговорюється питання доцільності збереження цього закону як форми автономної кодифікації МПрП, яка була обрана законодавцем як найбільш прийнятна у час, коли приймався новий цивільний кодекс України.

У контексті процесу рекодифікації цивільного права України ми вважаємо закономірним поставити питання доцільності збереження автономного підходу до кодифікації міжнародного приватного права та можливості повернення до галузевого підходу кодифікації.

З огляду на таку постановку питання ми маємо оглянути можливі варіанти та оцінити недоліки та переваги кожного з них.

На користь збереження існуючої системи вказує багато факторів: певна традиція, яка склалась протягом останніх 15 років, певні зручності, пов'язані з можливістю викласти загальні положення та принципи міжнародного приватного права в одному нормативному акті, відсутність потреби, у зв'язку з цим, докладання додаткових зусиль для переформатування цивільного кодексу тощо. Разом з тим закон про МПрП все одно потребуватиме значних змін в підходах до регулювання різних інститутів та окремих норм. Не треба відкидати і такий варіант, коли разом зі збереженням існуючого автономного підходу до кодифікації, можна довести її до логічного завершення та включити в закон ті складові міжнародного цивільного процесу, які зараз знаходяться в інших нормативних актах, а саме: норми про міжнародну правову допомогу, про визнання та виконання іноземних судових та арбітражних рішень, транскордонне банкрутство. Це буде аналогом підходу, втіленому у останніх актах кодифікації МПрП Чеської Республіки, Угорщини та Хорватії.

На користь «галузевого» підходу вказує такий важливий та об'єктивний фактор як існування найтіснішого зв'язку між окремими нормами та інститутами міжнародного приватного права та нормами і інститутами інших галузей права, наприклад, між нормами цивільного права та колізійними нормами, між цивільним (господарським) процесуальним правом та нормами міжнародного цивільного процесу. Другим аргументом на користь повернення до «галузевого» підходу у кодифікації є існуюча незавершеність, недоведеність до логічного кінця процесу автономної кодифікації, втіленого в законі про міжнародне приватне право України.

Норми МПрП регулюють відносини приватноправового характеру з іноземним елементом. В силу цього частина з них ближчі за предметом (об'єктом) регулювання до норм цивільного права, хоча існує значна різниця в методах регулювання. Це стосується колізійних та матеріальних норм міжнародного приватного права. Норми, що регулюють різні складові міжнародного цивільного процесу за природою, методом, об'єктом та предметом регулювання ближчі до цивільного (господарського) процесуального права. Все, що об'єднує вказані колізійні, матеріальні та процесуальні норми, це наявність у складі правовідносин іноземного

елемента. Саме цей критерій і був головним аргументом та користь того, щоб зібрати ці норми в єдиному нормативному акті – законі України про міжнародне приватне право.

Наступним підходом до рекодифікації міжнародного приватного права України може бути включення всіх діючих норм закону про МПрП після модернізації частини з них до оновленого цивільного кодексу, зосередивши їх в окремій книзі ЦК під назвою «Цивільні відносини з іноземним елементом». Вказаний підхід ґрунтується на доктринальному розумінні приватноправових відносин як єдиної правової сутності у всіх її проявах: матеріально-правових, колізійних та процесуальних. Вміщення норм МПрП у ЦК України надасть можливість «прив'язати» відповідні інститути та норми МПрП до відповідних системоутворюючих інститутів та норм ЦК, створивши таким чином єдиний акт кодифікації, в якому буде гармонійно поєднане регулювання відносин приватноправового характеру, як внутрішніх, так і з іноземним елементом.

Підсумовуючи викладене, вимальовується чотири варіанти: (а) нічого не змінювати у підходах до кодифікації (зберегти автономний підхід), а лише модернізувати деякі норми та інститути з урахуванням останніх світових трендів та наукових напрацювань; (б) зберегти та посилити автономний підхід і включити норми всіх основних інститутів міжнародного цивільного процесу до закону про МПрП і, таким чином зробити всеохоплюючий акт кодифікації МПрП; (в) відмовитись від автономного підходу у кодифікації та повернутися до галузевої кодифікації, передумови якої закладені в самому сьгоднішньому стані незавершеності автономної кодифікації; (г) створити єдиний акт кодифікації норм цивільного та норм міжнародного приватного права шляхом інкорпорації норм МПрП до оновленого ЦК.

Враховуючи існуючі обставини, розуміючи необхідність створення необхідних правових передумов для розвитку в нашій державі, перш за все, відносин приватного характеру ми розглядаємо як найбільш перспективний останній варіант – створення єдиного акту кодифікації норм цивільного та норм міжнародного приватного права. Кожен з інших трьох варіантів має свої переваги та недоліки, але всі вони, кожен різною мірою, законсервують існуючий стан, який вже сьогодні не задовольняє потребам розвитку в нашій державі приватноправових відносин.

Окремо постає питання стосовно норм, які регулюватимуть судові імунітети іноземних держав. Тут ми маємо вирішити два взаємопов'язаних питання. Перше: яку доктрину судових імунітетів іноземних держав ми обираємо? І якщо відповідь буде на користь доктрини обмеженого імунітету, то виникне друге питання: в який спосіб треба кодифікувати норми, які будуть регулювати цей інститут в праві України? Ми можемо піти шляхом США [21], Британії [22] та інших держав і прийняти окремий закон про судові імунітети іноземних держав і врегулювати в ньому всі аспекти вказаного інституту. Це, мабуть, найкращий шлях з точки зору юридико-технічних аспектів та якості регулювання. Інший шлях – закріплення

в процесуальних кодексах (ЦПК та ГПК) основних принципів, доктринальних підходів до цього інституту з одночасним посиланням на міжнародні конвенції з вказаних питань (маємо на увазі Конвенцію ООН 2004 року про юрисдикційні імунітети держав та їх власності [23] – єдину на сьогодні конвенцію, яка має потенціал набути чинності і стати універсальним міжнародно-правовим інструментом регулювання вказаного інституту)¹.

Окремі питання міжнародного цивільного процесу: стан регулювання та потреби у реформуванні

Незалежно від обраного варіанта модернізації законодавства України з міжнародного приватного права з тих, що розглянуті вище, існують складові міжнародного цивільного процесу, які на сьогодні добре врегульовані і ті, що потребують оновлення та модернізації. До перших можна віднести норми, що регулюють процедури надання міжнародної правової допомоги: вони вміщені в трьох процесуальних кодексах, в інструкції Міністерства юстиції, яка містить додаткові норми, які мають застосовуватися при здійсненні відповідних процедур, та у конвенціях, учасницею яких є Україна (всі Гаазькі конвенції з цих питань, інші міжнародні договори).

До тих, що потребують оновлення, в першу чергу ми відносимо питання судових імунітетів іноземних держав та їх власності та питання міжнародної підсудності. Перше має бути вирішено як на доктринальному (відмова від абсолютного імунітету на користь обмеженого), так і на законодавчому рівні (прийняття окремого закону про судові імунітети іноземних держав та їх власності або закріплення основних принципів цього інституту з відсилочною нормою до діючих міжнародних договорів). В основу власного закону можуть бути покладені принципи та норми, які закріплені в Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності 2004 р. Такий підхід не тільки дозволить підготувати якісний та сучасний закон і створить фундамент майбутньої імплементації цієї конвенції в право України, але й усуне рудиментарні норми щодо імунітетів, які існують в нашому законодавстві і той дисбаланс, що існує сьогодні.

Норми, що регулюють підсудність судам України спорів з іноземним елементом, треба оновити з урахуванням останніх тенденцій, шляхом наділення вітчизняних судів необхідними повноваженнями, мінімізувати ризики виникнення паралельних проваджень та конкуренції судових рішень та з метою гармонізації вітчизняного законодавства з правом Європейського Союзу та нормами міжнародних договорів, таких як Конвенція Лугано 2007 р. та Гаазька конвенція 2019 р. Можливо, це буде справедливо і для інституту визнання та виконання в Україні

¹ Станом на 20.01.2022 Конвенцію ООН про юрисдикційні імунітети ратифікували 22 держави, в той час як поріг ратифікації, після якого конвенція набуває чинності складає 30! Прошло 17 років і світ начебто зупинився на шляху до запровадження цієї конвенції як міжнародно-правової основи регулювання судових імунітетів іноземних держав. URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

рішень іноземних судів у цивільних та комерційних справах. Актуальність останнього питання значно збільшилась після ратифікації Україною Конвенції про угоди про вибір суду 2005 р., яка регулює певні аспекти визнання та виконання рішень іноземних судів [24] та підписання Україною однією з перших Гаазької Конвенції про визнання та виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах 2019 р.¹ Таким чином, блок норм, що мають регулювати процедури визнання та виконання іноземних судових рішень, має поєднати всі аспекти, невідомі раніше нашому праву, які закріплені в цих міжнародних договорах і праві Європейського Союзу.

Підсудність судам України спорів з іноземним елементом. Загальні положення

Вказавши про потребу в модернізації підходів до регулювання інституту міжнародної підсудності, ми, враховуючи обмеженість розміру цієї статті, хотіли б зосередити увагу на одному з аспектів міжнародної підсудності, а саме на загальних підставах визначення підсудності судам України спорів з іноземним елементом та уникнення паралельних проваджень. Мова йде про положення, які сьогодні закріплені у ст. 75 закону про МПРП.

Частина 1 ст. 75 закону вирішує питання підсудності судам України справ, що виникають з відносин з іноземним елементом в часі. «Підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається на момент відкриття провадження у справі...» [25]. Вказане правило виходить з того, що питання наявності юрисдикції у відповідного українського суду має бути піднято ти вирішено судом саме на момент порушення провадження у справі. Далі закріплено правило «незмінності» вказаних обставин: «... незважаючи на те, що в ході провадження у справі підстави для такої підсудності відпали або змінилися...». Мова йде про те, що суд не має права припиняти провадження та вирішувати справу по суті з огляду на те, що підстави підсудності, які існували на момент відкриття провадження, відпали або змінилися. Це забезпечує сталість та бесприривність процесу, запобігає можливому зловживанню сторонами своїми можливостями по зміні підстав для підсудності (зміна місця проживання, громадянства тощо). Закінчується норма цієї частини ст. 75 застереженням, згідно з яким вказане загальне правило застосовується у всіх випадках «... крім випадків, передбачених у статті 76 цього Закону». Сенс та мета цього застереження незрозумілі, оскільки ст. 76 закріплює загальні правила підсудності справ судам України. Саме з огляду на положення цієї статті та статті 77 (виключна підсудність) цього закону українські суди і мають встановлювати наявність або відсутність в них юрисдикції щодо певного спору (справи).

Інститут lis alibi pendens

Інститут *lis alibi pendens*, або інститут запобігання виникненню паралельних проваджень, закріплений у частині 2 ст. 75 закону про МПРП. Норми, що регу-

¹ Україна підписала вказану конвенцію 4.03.2020 р. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>

люють вказаний інститут, відомі праву багатьох держав [26], вони містяться в багатьох міжнародних договорах [27, 28, 29]. Суть і мета існування цього інституту полягає у тому, щоб запобігти не тільки виникненню паралельних проваджень, а й виникненню конкуруючих судових рішень. При загальному однаковому розумінні мети та призначення цього інституту, його регулювання на національно-правовому рівні значною мірою відрізняється. Питання необхідності зміни підходів до регулювання вказаного інституту, закріпленого у сучасній редакції ст. 75 закону України про МПРП, підіймалися авторами і раніше [2].

Частина 2 ст. 75 закону вказує наступне: «суд відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо у суді чи іншому юрисдикційному органі іноземної держави є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав» [25]. Оскільки ця норма міститься в законі про МПРП, вона застосовується до справ з іноземним елементом, її мета – усунення можливих паралельних проваджень в судах України та інших держав (міжнародних паралельних судових проваджень). В той же час подібні ситуації регулюються нормами процесуальних кодексів України. Мета цих норм – усунення потенційно можливих паралельних проваджень в судах України (національних або внутрішніх паралельних судових проваджень). Ст. 186 (1) (3) ЦПК України встановлює: «[с]уддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо: ... у провадженні цього чи іншого суду є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав;...» [19]. Це має вирішуватися судом на стадії *відкриття провадження у справі*.

У ЦПК є ст. 257 Залишення позову без розгляду, яка встановлює: «[с]уд постановляє ухвалу про залишення позову без розгляду, якщо: ... 4) у провадженні цього чи іншого суду є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав;» [19]. Вказане питання має вирішуватися судом вже на стадії *розгляду справи по суті*. Таким чином, процесуальним правом України передбачено, що така обставина як наявність іншого, паралельного провадження може бути виявлена на різних стадіях процесу, а суд в разі виявлення такої обставини, має прийняти відповідні процесуальні рішення стосовно цього.

Гіпотеза норми ст. 75 (2) закону про МПРП передбачає вирішення питання про наявність паралельного провадження: (а) на стадії відкриття провадження у справі; (б) на користь іноземного провадження за умови, якщо в іноземному суді є «аналогічна» справа і вона виникла (була порушена) раніше за часом; (в) часовий критерій є єдиним та вирішальним.

З норми цієї статті незрозуміло, чи зобов'язаний суд з'ясовувати всі можливі обставини справи з метою виявлення іноземного судового провадження, або про це йому має повідомити сторони (сторона). Незрозуміло, звідки суд має дізнатися про існуюче судове провадження в іноземному суді. Все це ставить під сумнів можливість виявлення факту іноземного судового провадження саме на стадії відкриття провадження у справі, а відповідно і прийняття судом відповід-

ного рішення про відмову у відкритті провадження. Ми маємо розуміти, що для того щоб дійти обґрунтованого висновку стосовно «аналогічної» справи в іноземному суді (ті самі сторони, той самий предмет та ті ж самі підстави), суду необхідні час, інформація, докази, позиції сторін тощо. Всього цього суд за визначенням не може мати на стадії вирішення питання про відкриття провадження у справі за відповідним позовом. Скоріше за все, суд може дізнатися про іншу справу від сторони відповідача, якого треба повідомити і надати можливість представити позицію тощо.

Враховуючи важливість цього питання, а мова йде про відмову нашого суду від юрисдикції по конкретній справі на користь іноземного суду, ставлення до цієї ситуації має бути виваженим і збалансованим: з одного боку, має бути поважне ставлення до таких процесів, а з іншого – нашим судам має бути надано право самим вирішувати, чи є підстави для того, щоб відмовляти у відкритті провадження або закривати провадження у справі. Необхідно позбутися ознак (умов) «автоматичності» та невідворотності, які закріплені у діючій редакції норми ст. 75 (2) закону про МПрП, які детермінують позицію суду у таких випадках.

Справа ще й у тому, що проблема паралельних проваджень не обмежується питаннями часу, а точніше який з конкуруючих судів порушив провадження у «аналогічній» справі першим. У таких випадках важливим є також питання належної юрисдикції, тобто чи мають суди відповідних держав право розглядати цей спір (часто питання юрисдикції суду є предметом окремого розгляду як самим судом першої інстанції, так і апеляційними судами). В контексті визначення належної юрисдикції важливе співвідношення між такими видами підсудності як загальна, договірна та виключна. Уявімо ситуацію, коли український суд згідно з нормами ст. 77 закону про МПрП має виключну юрисдикцію, але дізнається про наявність паралельного провадження, розпочатого по аналогічній справі іноземним судом. Чи має він відмовити у відкритті провадження у справі згідно з положеннями ст. 75 (2) того ж закону про МПрП, чи норми про виключну підсудність мають пріоритет перед нормами ст. 75 (2)?

Необхідно звернути увагу на те, що врегулювання ситуацій виникнення «паралельних» проваджень особливо актуально саме на рівні національного закону в силу наступних обставин. У випадках, коли виникає загроза виникнення «паралельних» проваджень у справах, які потрапляють до сфери регулювання відповідного міжнародного договору, нормами тих самих міжнародних договорів врегульовані питання підсудності спорів з іноземним елементом і виключної підсудності зокрема. Наприклад, ст. 21 (2) Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу у цивільних справах встановлено: «якщо одну і ту ж справу (між тими самими учасниками, з одного і того ж предмету, з тих самих підстав) було порушено в органах юстиції обох Договірних Сторін, компетенцію котрих встановлює цей Договір, орган юстиції, який порушив справу пізніше, залишає її без розгляду» [28]. Тому єдиним критерієм, за яким має вста-

новлюватися належний форум, залишається критерій часу: суд, який порушив справу пізніше, має відмовитись від розгляду справи на користь суду, який розпочав її раніше, за умови, що він має юрисдикцію за цим міжнародним договором. За відсутності міжнародного договору крім критерію часу залишаються інші критерії, а саме співвідношення видів підсудності, на яких ґрунтують свою юрисдикцію конкуруючі суди. Схожу позицію висловлює F. M. Buonaiuti розглядаючи умови застосування інституту *lis alibi pendens* у відповідності з нормами статей 33–34 Регламенту ЄС № 1215/2012 [30]. Більше того, на нашу думку, критерій співвідношення видів підсудності має відігравати більшу роль та мати більше значення, ніж критерій часу, у разі, якщо інститут *lis alibi pendens* регулюється виключно нормами національного права.

Прикладами інших підходів до регулювання інституту *lis alibi pendens* може бути законодавство Румунії, Швейцарії та Угорщини. Так, у ст. 156 румунського закону 1992 р. № 105 встановлено, що «румунські органи не втрачають компетенцію, визначену відповідно до статей 148–152, внаслідок такої обставини, що ця ж справа або справа, з нею пов'язана, розглядалась іноземним судовим органом» [18]. Стаття 9 швейцарського закону «Про міжнародне приватне право» закріплює проміжну ланку «взяття до уваги»: швейцарський суд призупиняє розгляд справи, якщо раніше провадження з тієї ж справи за участю тих самих осіб було відкрито за кордоном, при цьому можна припустити, що іноземний компетентний орган у розумний строк ухвалить рішення, яке зможе бути визнане в Швейцарії [16]. Аналогічні норми містять також ст. 7 закону Італії: «... італійський суддя призупиняє розгляд справи, якщо він визначить, що рішення іноземного суду може бути визнане таким, що має юридичну силу для правової системи Італії» [31] та § 69 Угорського закону 2017 р. «Про міжнародне приватне право» [6].

Указані приклади вказують на ще один фактор, який треба брати до уваги при вирішенні проблеми паралельних проваджень: спроможність судового рішення, яке може ухвалити по справі іноземний суд, бути чинним на території держави-суду, і цей фактор тісно пов'язаний, зокрема з питаннями виключної підсудності.

ВИСНОВКИ

Активні процеси рекодифікації міжнародного приватного права у світі, особливо у Європі, свідчать про зміни, що назріли та потребують вирішення на сучасному етапі розвитку систем регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом. Вказана теза цілком вірна і для законодавства України, існує багато норм та інститутів, які потребують змін та модернізації, особливо у сфері міжнародного цивільного процесу. Рекодифікація цивільного права, над якою сьогодні працюють провідні вітчизняні фахівці, є нагодою повернутися до питань кодифікації міжнародного приватного права. Існуючий підхід до кодифікації, втілений у 2005 р., потребує переосмислення та зміни. Авторами надана оцінка сучасного стану кодифікації МПрП України, запропоновані варі-

анти, які можуть бути покладені в основу нового підходу до його кодифікації. Визначено, що рекодифікація МПрП має бути здійснена в рамках рекодифікації цивільного кодексу, на загальних доктринальних та техніко-юридичних засадах та підвалинах. Необхідність модернізації підходів до регулювання деяких складових міжнародного цивільного процесу обумовлена, зокрема, і потребами гармонізації законодавства України з правом ЄС та створення передумов для початку процесу укладання угоди Україна-ЄС у сфері юрисдикції та виконання судових рішень в цивільних та комерційних справах.

Авторами проведено дослідження окремих інститутів міжнародного цивільного процесу, яке дозволяє дійти наступних висновків. Існує нагальна потреба внесення суттєвих змін до підходів, які лежать в основі регулювання інституту *lis alibi pendens* діючим законодавством. Мають бути враховані як досвід регулювання цього інституту законодавством інших держав, так і викладені авторами аргументи на користь розширення повноважень українських судів при вирішенні питань власної підсудності в умовах загрози виникнення паралельних проваджень. Вказані зміни можуть бути здійснені в рамках процесу рекодифікації міжнародного приватного права та зв'язані єдиною логікою модернізації підходів до регулювання окремих складових міжнародного цивільного процесу в нашій державі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Довгерт А. С. Наука міжнародного приватного права в незалежній Україні (1991–2012 рр.). *Право України*. 2013. № 7. С. 12–23.
- [2] Цірат Г. А. Міжнародний цивільний процес: шляхи реформування у сучасних умовах. *Право України*. 2020. № 6. С. 166–188.
- [3] Private International Law : Act of 04.02.2011 (O. J. 2011 No. 80, item 432; in force from 16 May, 2011). URL: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/polonia-act-of-4-february-2011-private-international-law.pdf>
- [4] Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle10101011.htm>
- [5] Coll. the Act Czech Republic, governing private international law of 25.01.2012. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Act-Governing-Private-International-Law.pdf>
- [6] Act XXVIII on private international law of 2017. URL: https://e-justice.europa.eu/340/EN/which_country_s_law_applies?HUNGARY&member=1
- [7] Zakon o međunarodnom privatnom pravu. URL: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html
- [8] Yuang J. Creation and perfection of China's Law applicable to Foreign-Related civil relations. *Yearbook of Private International Law*. 2012–2013. Vol. XIV. P. 269–288.
- [9] Pauknerova M., Pffaifer M. The new Act on private international law in the Czech Republic: Starting point and Perspectives within the European Union. *Journal of on private international law*. 2014. Vol.10 (2). P. 205–226.
- [10] Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) of 12.12.2012. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>

- [11] Convention on Choice of Court Agreements of 30.06.2005. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>
- [12] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters of 02.07.2019. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>
- [13] Study supporting the preparation of an impact assessment on the potential EU accession to the 2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters Final Report. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/final_report_study_accession_judgments_convention_en.pdf
- [14] Закон України про приєднання України до Конвенції про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2051-14#Text>
- [15] Інструкція про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень : затв. наказом Мін-ва юстиції України, Держ. судової адміністрації України від 27.06.2008 № 1092/5/54. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08#Text>;
- [16] Інструкція про виконання в Україні Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання: затв. наказом Мін-ва юстиції України від 15.09.2017 № 2904/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1150-17#Text>
- [17] Federal Act on Private International Law (PILA) of 18.12.1987 (Status as of 01.01.2022). URL: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#chap_1/sec_2
- [18] Rules of conflict of law and jurisdiction provided by Law no.105/1992 – Romanian International Private Law Act, (partially repealed by the entrance into force of the Romanian Civil code, on 01.10.2011, and integrally repealed by the entrance into force of the new Romanian Procedure Code on 15.02.2013). URL: <https://eventi.nservizi.it/upload/85/altro/slide%20danila1.pdf>
- [19] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>
- [20] Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>
- [21] United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2891.pdf>
- [22] State Immunity Act 1978. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>
- [23] Конвенція ООН 2004 р. про юрисдикційні імунітети держав та їх власності. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_e50#Text
- [24] Про ратифікацію Конвенції про угоди про вибір суду : Закон України від 15.06.2021 № 1544-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1544-20#Text>
- [25] Закон України про міжнародне приватне право. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>
- [26] Чеський акт про міжнародне приватне право. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Act-Governing-Private-International-Law.pdf>
- [27] Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#Text.
- [28] Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203_018#Text;

- [29] SECTION 9 Lis pendens – related actions of The Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters 2007. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2007:339:FULL&from=EN>
- [30] Buonaiuti, F. Lis alibi pendens and related actions in the Relationships with the Courts of third countries in the recast of Brussels I Regulation. *Yearbook of Private International Law*. 2013–2014. Vol. XIV. P. 87–111
- [31] Реформа Итальянской системы международного частного права (ст. 7 Закона 1995 №218). *Международное частное право: иностранное законодательство* / предисл. А. Л. Маковского ; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. Москва : Статут, 2001. С. 324–325.

REFERENCES

- [1] Dovgert, A. (2013). The science of private international law in independent Ukraine (1991–2012). *Law of Ukraine*. 7, 12–23.
- [2] Tsirot, G. (2020). International civil process: ways of reform in modern conditions. *Law of Ukraine*, 6, 166–188.
- [3] Private International Law: Act. (2011, February). Retrieved from <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/polonia-act-of-4-february-2011-private-international-law.pdf>
- [4] Dutch Civil Code. Retrieved from <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dccite10101011.htm>
- [5] Coll. the Act Czech Republic, governing private international law. (2012, January). Retrieved from <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Act-Governing-Private-International-Law.pdf>
- [6] Act XXVIII on private international law. (2017). Retrieved from https://e-justice.europa.eu/340/EN/which_country_s_law_applies?HUNGARY&member=1
- [7] Zakon o međunarodnom privatnom pravu. Retrieved from https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html
- [8] Yuang, J. (2012-2013). Creation and perfection of China's Law applicable to Foreign-Related civil relations. *Yearbook of Private International Law*, XIV, 269–288.
- [9] Pauknerova, M. & Pffaißer, M. (2014). The new Act on private international law in the Czech Republic: Starting point and Perspectives within the European Union. *Journal of on private international law*, 10(2), 205–226.
- [10] Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (2012, December). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>
- [11] Convention on Choice of Court Agreements (2005, June). Retrieved from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>
- [12] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (2019, July). Retrieved from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>
- [13] Study supporting the preparation of an impact assessment on the potential EU accession to the 2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters Final Report. Retrieved from https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/final_report_study_accession_judgments_convention_en.pdf

- [14] Law of Ukraine on Ukraine's accession to the Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2051-14#Text>
- [15] Instruction on the procedure for execution of international agreements on the provision of legal assistance in civil cases on the service of documents, obtaining evidence and recognition and enforcement of court decisions: approved by the Order of the Ministry of Justice of Ukraine, State Judicial Administration of Ukraine (2008, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0573-08#Text>.
- [16] Instruction on the implementation in Ukraine of the Convention on the International Recovery of Alimony for Children and Other Forms of Family Maintenance: approved by the Order of the Ministry of Justice of Ukraine (2017, September). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1150-17#Text>
- [17] Federal Act on Private International Law (PILA) (1987, December). Retrieved from https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#chap_1/sec_2
- [18] Rules of conflict of law and jurisdiction provided by Law no.105/1992 – Romanian International Private Law Act, (partially repealed by the entrance into force of the Romanian Civil code, on 01.10.2011, and integrally repealed by the entrance into force of the new Romanian Procedure Code on 15.02.2013). Retrieved from <https://eventi.nservizi.it/upload/85/altro/slide%20danila1.pdf>
- [19] Civil Procedure Code of Ukraine (2004, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
- [20] Commercial Procedural Code of Ukraine (1991, November). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>
- [21] United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976). Retrieved from <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2891.pdf>
- [22] State Immunity Act (1978). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>
- [23] Convention UN on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_e50#Text
- [24] On Ratification of the Convention on Choice of Court Agreements^ Law of Ukraine (2021, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1544-20#Text>
- [25] Law of Ukraine on Private International Law. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>
- [26] Czech Act on Private International Law. Retrieved from <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Act-Governing-Private-International-Law.pdf>
- [27] Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters (1993). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#Text.
- [28] The Agreement between Ukraine and the Czech Republic on Legal Assistance in Civil Matters. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203_018#Text.
- [29] SECTION 9 Lis pendens – related actions of The Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (2007). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2007:339:FULL&from=EN>
- [30] Buonaiuti, F. (2013-2014). Lis alibi pendens and related actions in the Relationships with the Courts of third countries in the recast of Brussels I Regulation. *Yearbook of Private International Law*. XIV, 87–111.

- [31] Reform of the Italian system of private international law (Art. 7 of the Law 1995, N 218). (2001). *International private law: foreign law* / preface by prof. A. L. Makovsky; comp. and scientific ed. A. N. Zhiltsov, A. I. Muranov. Moscow: Statute, 324–325

Анатолій Степанович Довгерт

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Професор кафедри міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

01601, вул. Володимирська 64/13, 1, Київ, Україна

Геннадій Артурович Цірат

Доктор юридичних наук, доцент

доцент кафедри міжнародного приватного права

Інститут міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

01601, вул. Володимирська 64/13, 1, Київ, Україна

Anatolii S. Dovgert

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Professor of the Department of private international law

Institute of International Relations

Taras Shevchenko National University of Kyiv

01601, 64/13 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine

Gennadii A. Tsirat

Doctor of Law, Associate Professor

Associate Professor of the Department of private international law

Institute of International Relations

Taras Shevchenko National University of Kyiv

01601, 64/13 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Довгерт А. С., Цірат Г. А. Актуальні питання кодифікації міжнародного приватного права та міжнародного цивільного процесу. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 137–159.

Suggested Citation: Dovgert, A. S., & Tsirat, G. A. (2022). Current issues of codification of private international law and international civil procedure. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 137–159.

Стаття надійшла / Submitted: 12.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 12.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

Олег Васильович Синегубов

Харківська обласна військова адміністрація
м. Харків, Україна

НЕПЛАТОСПРОМОЖНІСТЬ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: КРИТЕРІЇ ПОШУКУ ЕФЕКТИВНОСТІ У ПРОЦЕДУРАХ БАНКРУТСТВА

Анотація. Сучасний стан розвитку національної системи відновлення платоспроможності фізичних осіб характеризується неефективністю, а судові процедури, пов'язані з неплатоспроможністю фізичних осіб та фізичних осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність, як представників малого та середнього бізнесу підлягають реформуванню, зважаючи на незабезпечення балансу інтересів у їх нормативно-правовому регулюванні. Національна система неплатоспроможності під впливом засад доступності та ефективності правосуддя у відповідних справах вимагає гармонізації із міжнародними стандартами відповідних процедур. Зазначене зумовлює необхідність переосмислення окремих положень законодавства, що регулює процедури банкрутства фізичних осіб з метою їх відповідності сучасним фінансово-економічним реаліям. Метою статті є визначення напрямків підвищення ефективності процедур неплатоспроможності фізичних осіб. В основу дослідження у статті покладено системно-структурний, герменевтичний методологічні підходи, використано порівняльно-правовий метод дослідження, а також методи аналізу та синтезу та інші. У статті автором відстоюється позиція, що чинне нормативно-правове регулювання неплатоспроможності фізичних осіб не відповідає соціально-економічним факторам, не дозволяє гарантувати відповідну інтересам учасників правовідносин ранню реструктуризацію, досудові процедури банкрутства. Крізь призму міжнародного стандарту доступності правосуддя та вимог правової визначеності аналізується застосування окремих норм процесуального права, що регулюють порядок здійснення процедур банкрутства фізичних осіб. Автором проаналізовано та узагальнено правозастосовні аспекти позасудової реструктуризації боргів за споживчими кредитами та кредитами в іноземній валюті, перспективи правового регулювання порядку задоволення вимог кредиторів у межах справи про неплатоспроможність. Обґрунтовується висновок про доцільність впровадження контрольованої державою ранньої реструктуризації боргів, позасудової реструктуризації боргів як системи заходів до відкриття провадження у справі про неплатоспроможність, спрощений порядок процедур банкрутства, основними характеристиками якого мають стати зниження стигми неплатоспроможності, гарантії доступності судових процедур при загрозі неплатоспроможності, забезпеченні швидкого та гнучкого механізму, перегляд розміру оплати винагороди арбітражного керуючого, пріоритетність економічної реабілітації.

Ключові слова: неплатоспроможність фізичної особи, доступність правосуддя, судова процедура у справі про неплатоспроможність, реструктуризація боргів боржника, закриття провадження у справах про неплатоспроможність.

Oleg V. Sinigubov

Kharkiv Regional Military Administration
Kharkiv, Ukraine

INSOLVENCY OF NATURAL PERSONS: CRITERIA OF SEARCHING FOR EFFECTIVENESS IN BANKRUPTCY PROCEDURES.

Abstract. *The modern state of the development of the national system of natural person's solvency is ineffective, and the legal procedures having to do with the insolvency of natural persons and natural persons who conduct entrepreneurial activity as representative of small and medium business are to be reformed. Affected by the principles of judgment availability and effectiveness, the national insolvency system requires being brought to conformity with the international standards of the corresponding procedures. The above determines the necessity to reconsider certain provisions of law regulating the procedures of natural person's bankruptcy to make them conform to modern financial and economic realia. The aim of the article is to define the directions of improving the effectiveness of the procedures of natural person's insolvency. The research is based on the systemic-structural, hermeneutic and methodological approaches, it uses the comparative-legal method and the methods of synthesis and analysis. The author argues that current legal regulation of natural person's insolvency does not conform with social and economic factors, does not make it possible to guarantee early restructuring, pre-trial bankruptcy procedures that would correspond the interests of the participants. Application of certain legal norms of procedural law that regulate the rules of natural person's bankruptcy procedure are analysed in terms of the international standard of access to justice and the requirement of legal certainty. The author analyses and summarises the law enforcement aspects of the out-of-court restructuring of debts on consumer credits and foreign currency credits and considers the prospects of legal regulation of the procedure of meeting the creditors' demands within insolvency case. The article gives ground for the relevance of implementing early state-guaranteed debt restructuring, out-of-court debt restructuring as a system of measures before starting a procedure in an insolvency case, simplified bankruptcy procedure where lowering the insolvency stigma is to become the main feature, guarantee of access to legal procedures when there is a threat of insolvency, quick and flexible mechanism, reconsideration of the amount of the insolvency officer's fee, priority of economic rehabilitation.*

Key words: *natural person's insolvency, access to justice, legal procedure in an insolvency case, debt restructuring, closing the procedure in an insolvency case.*

ВСТУП

Підписання Угоди про асоціацію Україна-ЄС у червні 2014 року стало ключовою політичною подією в новітній історії України. Угода про асоціацію та зобов'язання України перед МВФ та іншими міжнародними донорами потребують нового законодавства у багатьох різних сферах, серед інших реформ. В результаті за останні кілька років відбулося багато змін, і очікуються подальші реформи. Зокрема, відбувається реформування банківського ринку, розпочато реформу судової системи [1]. Глобальна пандемія, що спричинила додаткові

кризові економічні процеси у сфері правовідносин, пов'язаних із задоволенням вимог за кредитними зобов'язаннями, забезпеченими іпотекою житла, посилила кризу інвестиційного становища України, зважаючи на довготривалу кризу банківської сфери.

Сучасна економіка, заснована на кредитних відносинах, вимагає передбачуваних, прозорих та ефективних механізмів стягнення за вимогами, забезпеченими та не забезпечуваними заставою, поза системи процедур банкрута та у їх межах. Ці системи мають гармоніювати одна з одною за нормативно-правовими та інституціональними характеристиками. З цією метою у 2001 році Світовим банком були розроблені «Принципи для ефективних систем врегулювання неплатоспроможності та захисту прав кредиторів/боржників» як інструмент, що допомагає країнам в їхніх зусиллях з оцінки та вдосконалення найважливіших аспектів законодавства про банкрутство і відповідної інституційної бази, що з кожним роком набував свого удосконалення. У 2005 році був представлений проект ефективної системи управління кредитними ризиками, що дозволяють реструктурувати або погашати проблемні кредити. Відповідна система залежить від наявності надійних і передбачуваних правових механізмів. Якщо проблемні активи або інші фактори підривають життєздатність банку, або якщо економічні умови призводять до системної кризи, системи захисту прав кредиторів і неплатоспроможність набуває особливої актуальності [2].

Оскільки за даними Світового банку більше 60% зайнятих у приватному секторі в усьому світі складають малі та середні підприємства (далі – МСП), задоволення їх неплатоспроможності є важливим фактором для економічного росту, потребує економічно ефективного та швидкого відновлення неплатоспроможності з метою успішної реструктуризації або виходу з ринку. Системи банкрутства, які не визнають цих проблем, є занадто дорогими або бюрократичними, а додаткові зовнішні та глобальні фактори, пасивність кредиторів, поєднання особистих та ділових боргів боржника ускладнює відновлення їх платоспроможності. Це стало однією з причин поряд із глобальною пандемією, яка зумовила вирішення проблеми МСП у принципах неплатоспроможності робочою групою Світового банку [3; 4]. Окрема увага Світовим банком приділялась процедурам неплатоспроможності фізичних осіб. Основною метою його звіту стало надання вказівок щодо характеристик ефективного режиму неплатоспроможності фізичних осіб, а також щодо можливостей та проблем, які виникають у процесі розробки відповідного режиму [5]. Для України особливо актуальним у цьому аспекті є споживче банкрутство.

Світовий банк відзначив, що неплатоспроможність мікро-, малих та середніх підприємств (далі – ММСП) та фізичних осіб характеризується низкою певних специфічних проблем. У кредиторів не достатньо стимулів вести справи з такими боржниками, для ведення справ у ММСП та фізичних осіб не вистачає ресурсів для відшкодування витрат, пов'язаних із процедурою банкрутства. Мікро- та мале

підприємство зазвичай фінансується за рахунок поєднання корпоративних та особистих коштів, що може привести до тяжких наслідків для підприємців та їхніх сімей у випадку неплатоспроможності, та отримання соціального клейма.

Процедури банкрутства за новітнім законодавством були предметом досліджень з теоретичного та практичного боку багатьма дослідниками та практиками, серед яких Л. Гарник, Л. Грабован, В. Джунь, С. Жуков, М. Лукашук, В. Погребняк, Б. Поляков, О. Подцерковний, П. Пригуза, В. Радзвилюк, Б. Ратушна та ін. Результатами досліджень стали висновки про непослідовне правове регулювання неплатоспроможності, наявність значних прогалин у регулюванні певних правовідносин, що тягне неефективність процедур банкрутства, порушення вимог правової визначеності. Зокрема, предмет дослідження правників складала судовий контроль у процедурах банкрутства фізичних осіб [6], споживче банкрутство, складності та вартість процедур [7, с. 175] закриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи [8], права кредиторів на подання заяви про банкрутство фізичної особи, обґрунтованість розміру винагороди арбітражного керуючого та необхідність сплати судового збору, визначення обсягу поняття членів сім'ї боржника, підстави для відкриття провадження у справі [9; 10; 11].

Водночас на національному доктринальному рівні не узагальнено проблеми та не запропоновано пропозицій з удосконалення законодавства, пов'язаних з доступністю процедур відновлення платоспроможності та особливостями процедур банкрутства для фізичних осіб та фізичних осіб-підприємців як представників мікро- та малого бізнесу з позиції передбачуваності та простоти процедури. Залишається відкритим питання щодо підстав та критеріїв розмежування споживчих та підприємницьких боргів фізичної особи, яка здійснює господарську діяльність у відповідній формі. У зв'язку із вищезазначеним метою статті є визначення напрямків підвищення доступності та ефективності процедур неплатоспроможності фізичних осіб.

1. МЕТОДИ ТА МЕТОДОЛОГІЯ

Відповідно до поставленої мети дослідження засновано на інтегрованому методологічному підході, що включає герменевтичний, структурно-функціональний, системно-функціональний, під час якого використано низку взаємопов'язаних методів, що доповнюють один одного. Підхід полягає у вивченні способів правового регулювання процедур неплатоспроможності фізичних осіб через критерії пошуку балансу інтересів, що реалізуються у процедурах банкрутства, що становить системо-утворюючий фактор побудови дослідження. Історичний та порівняльний методи використано для вивчення процесу становлення та розвитку принципів правового регулювання відновлення платоспроможності фізичних осіб.

Методи системного аналізу та синтезу дозволили поступово виявити внутрішню сутність та вплив процедур банкрутства фізичних осіб на забезпечення легі-

тимних очікувань їх учасників та публічні інтереси, враховуючи кризові процеси фінансово-економічного характеру у державі. З цією метою виявлена їх роль у системі в цілому. Використано спеціальні юридичні методи тлумачення правових положень, які визначають концепт, засади та функціонування процедур неплатоспроможності. Здійснено аналіз правозастосовних актів, який дозволив виявити розбіжності та непослідовність у нормативно-правовому регулюванні банкрутства на національному рівні, відсутність єдності застосування відповідних положень у судовій практиці.

Проаналізовано інституційні, процесуальні та суб'єктивні фактори, які впливають на доступність процедур банкрутства для фізичних осіб. Структурно-функціональний аналіз дозволив визначити правовідносини, у межах яких існує значний ризик для неплатоспроможності, а також процесуальні засоби, які не сприяють ефективності процедур банкрутства загалом. У статті проаналізовано нормативно-правове регулювання досудової реструктуризації боргів фізичної особи, які виникли зі споживчих правовідносин, судову практику господарських судів, зокрема, й висновки щодо застосування норм права, що регулюють процедури неплатоспроможності, викладені у постановках Верховного Суду.

У дослідженні використовуються логічне узагальнення та наукове абстрагування, за допомогою яких проводиться аналіз соціальних процесів, їх взаємозв'язок із механізмом процедур неплатоспроможності в Україні. Метод моделювання дозволив отримати висновки щодо пропозицій регулювання процедур неплатоспроможності фізичних осіб на засадах спрощених процедур.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

МВФ визначив, що на рівні окремої держави особливий режим регулювання банкрутства для ММСП та фізичних осіб може виникнути з кількох причин, враховуючи державну політику щодо захисту прав споживачів, зокрема, порядок споживчого кредитування. Оскільки звіт МВФ насамперед стосувався тлумачення законодавства про неплатоспроможність суб'єктів, які мають найбільший вплив на економіку країни, не висловлювались переваги щодо того, чи мають фізичні особи підпадати під особливий режим чи планувати такий режим [12, с. 19]. Значний період часу на національному рівні певні особливості не були враховані, що згодом було вирішено, та чинним законодавством врегульовано відповідні правовідносини. Статус та особливості процедури банкрутства мікро- та малого підприємництва, що представлено як фізичні особи-підприємці, та фізичних осіб є політичним рішенням кожної держави, що має враховувати відповідний національний контекст, а загальні принципи ефективного банкрутства застосовуються, якщо вони прямо не замінені спеціальними принципами. Водночас наявність та подальше удосконалення відповідних спеціальних положень є необхідним, що зумовлено виявленими правозастосовними проблемами під час апробації положень Кодексу України з процедур банкрута [13] з часу набрання ним чинності.

Державам надано право передбачити окремий та спрощений режим неплатоспроможності ММСП та фізичних осіб, який традиційно притаманний розвиненим країнам [9]. Водночас Світовий банк наголошує, що ефективні системи неплатоспроможності для них мають гарантувати доступність та заохочення кредиторів та боржників до використання позасудових процедур реструктуризації, змішаних і спрощених судових процедур банкрутства. Спрощені процедури мають супроводжуватись меншими формальностями та витратами, можуть доповнюватися зручними формулярами, доступними через Інтернет. Законодавством мають установлюватися чіткі критерії того, які суб'єкти мають право користуватися спрощеними процедурами, що ґрунтуються на зниженій стигмі, пов'язаній із неплатоспроможністю, забезпеченні швидкого та гнучкого механізму її відновлення та/або реорганізації бізнесу, сприянні новому старту життєздатних ММП, які опинились у стані неплатоспроможності, ефективній ліквідації нежиттєздатних одиниць [14, с. 4]. Водночас Світовий банк зазначив, що пріоритетним для фізичних осіб є їх «економічна реабілітація». Зважаючи на глобальні кризові процеси, Світовий банк рекомендував розробити механізми надання допомоги ММП на ранніх етапах фінансових ускладнень, підвищити фінансову та управлінську грамотність серед власників ММП, забезпечити заходи для зменшення «клейма неплатоспроможності», розширення доступу до кредитів [15, с. 8, 15].

У зв'язку з досліджуваною проблемою ефективності процедур неплатоспроможності фізичних осіб маємо окремо звернути увагу на актуальність державної політики мікрофінансування та погашення боргів за кредитами, отриманими в іноземній валюті під заставу житла, а також кредитами під заставу житла, місце знаходження якого є територія проведення антитерористичної операції. Саме у цих правовідносинах боржники-фізичні особи можуть опинитись або знаходяться у стані стійкої неплатоспроможності, та за критеріями, визначеними КУзПБ, мають право подати заяву про визнання банкрутом. Примітним є те, що, на відміну від законодавства інших країн, національне не передбачає право кредиторів порушити справу про банкрутство фізичної особи. Утім характерним для режимів, де існує відповідне право кредиторів, питома вага справ про банкрутство відкривається за ініціативою боржника.

Аналіз національної судової практики інституту неплатоспроможності фізичних осіб та відновлення платоспроможності боржників за кредитами, отриманими в іноземній валюті під заставу житла, свідчить про непрозорі умови та критерії реструктуризації за спеціальними положеннями [16; 17]. До цього часу відповідною процедурою скористалась не велика кількість валютних позичальників та затверджено невелику кількість планів реструктуризації. Мораторій на накладення стягнення на майно громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті [18], залишив більшість позичальників в очікуванні подальших пільг, водночас передбачивши спеціальні умови банкрутства відповідних позичальників у Перехідних положеннях КУзПБ.

Відповідні положення обумовлюють вирішення на національному рівні проблем доступності процедур банкрутства фізичних осіб та фізичних осіб-підприємців як представників ММП у розумінні міжнародних організацій.

До аналізу доступності у межах цих правовідносин, враховуючи міжнародне тлумачення цієї категорії, маємо підійти диференційовано. Зважаючи на позиції міжнародних організацій та судову практику ЄСПЛ, зміст поняття доступності характеризують наступні чинники: інституційні складають територіальну доступність, відкритість інформації про процедуру та суд, стабільність судової системи та законодавства; доступність механізмів перегляду судових рішень; організаційно-правові визначаються темпоральними показниками, доступністю правової допомоги, зрозумілістю та передбачуваністю процедури, помірністю судових витрат. Проведені опитування, здійснені автором та іншими правниками свідчать, що найбільші перешкоди доступу до правосуддя складають для фізичних осіб складність процедури, недотримання строків та фінансовий чинник [19, с. 141].

Чинний КУЗПБ не передбачає можливості відстрочення та розстрочення винагороди арбітражного керуючого, а відповідний розмір стає одним із факторів складності доступу до правосуддя. Авансування винагороди арбітражного керуючого на три місяці не обмежує витрати, з цим пов'язані, оскільки процедура банкрутства провадиться значно довше, що покладає на фізичну особу ще більший фінансовий тягар. Поряд із цим, враховуючи складність процедури, фізична особа буде потребувати правової допомоги. Відповідно до положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу» [20] такою допомогою у справах про банкрутство може скористатися невелика група фізичних осіб.

Враховуючи складність фінансової ситуації, в якій знаходиться боржник, доступність процедур неплатоспроможності має визначатись не лише витратами, які особа має понести у зв'язку з процедурами банкрутства, а й можливістю скористатись певною альтернативою на більш ранньому етапі, оскільки доступність альтернативних способів захисту прав є важливим показником дотримання конвенційних прав за розширеною концепцією тлумачення доступності правосуддя [21]. Зокрема, йдеться про розробку для фізичних осіб процедур, подібних до санації до відкриття провадження у справі та чітке визначення критеріїв застосування підстав для відкриття провадження у справі про неплатоспроможність. Положеннями п. 4 ч. 2 ст. 115 КУЗПБ, визначено, що можуть існувати інші обставини, які підтверджують, що найближчим часом боржник не зможе виконати грошові зобов'язання чи здійснювати звичайні поточні платежі (загроза неплатоспроможності). Верховний Суд з цього приводу висловив позицію, що перелік підстав для відкриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи, визначений ч. 2 ст. 115 КУЗПБ, не є вичерпним, оскільки у п. 4 ч. 2 цієї статті передбачено можливість існування інших обставин – загрози неплатоспроможності. При цьому право боржника звернутись із заявою про відкриття проваджен-

ня у справі про неплатоспроможність не залежить від наявності всіх підстав, передбачених ч. 2 ст. 115 КУзПБ. Підстава для відкриття провадження у справі про неплатоспроможність у кожному конкретному випадку має визначатись місцевим судом з урахуванням поданої боржником заяви та доданих до неї доказів на підтвердження настання обставин, що підтверджують неплатоспроможність фізичної особи (на момент звернення до суду з відповідною заявою) або загрозу її неплатоспроможності. Також важливою є позиція щодо вирішення питання обґрунтованості заяви боржника у підготовчому засіданні, відповідність вимогам до її форми та змісту відповідно до КУзПБ та з'ясування на підставі поданих боржником доказів наявності підстав для відкриття провадження у справі про неплатоспроможність, визначених ч. 2 ст. 115 КУзПБ [22].

Європейський парламент надав рекомендації з впровадження у національні правові режими неплатоспроможності ранньої реструктуризації, яка є фінансово більш доступною, яка на національному рівні не характеризується передбачуваністю та залишилась поза ефективним державним контролем, незважаючи на її важливість у межах публічних інтересів [6]. Метою ранньої реструктуризації є запобігання банкрутству, а засобами її забезпечення мають бути гарантії держави у переговорах щодо розроблення плану реструктуризації, зокрема, шляхом призначення відповідного фахівця [23]. У цьому аспекті позасудова процедура банкрутства для фізичних осіб з ознаками неплатоспроможності або її ймовірності, що мала б здійснюватися під юрисдикцією господарського суду та з залученням арбітражного керуючого або кризового менеджера з більш помірними витратами, мала б значну ефективність. Добросовісний боржник повинен мати гарантії, що він буде почутий та йому буде надано неформальну можливість реструктуризувати свою заборгованість.

Відсутність позасудового порядку врегулювання неплатоспроможності фізичних осіб, за виключенням справ валютних позичальників, робить процедуру банкрутства для фізичних осіб непомірно обтяжливою. Неможливість відкриття справи за ініціативою кредиторів свідчить про незабезпечення інтересів та легітимних очікувань потенційних конкурсних кредиторів. Відповідні положення стають вкрай актуальними у межах проблематики, яка була викликана національною фінансовою кризою, а потім кризою національної банківської системи та пов'язана із кредитами в іноземній валюті.

Міжнародними організаціями відзначалась непомірна тривалість процедур банкрутства фізичних осіб та ММСП, що передбачені на національному рівні. Європейський парламент відзначив, що невинуватена тривалість процедур реструктуризації, неплатоспроможності та погашення боргів у кількох державах-членах є важливим фактором, що викликає низькі показники стягнення та стримує інвесторів від ведення бізнесу в юрисдикціях, де процедури ризикують зайняти занадто багато часу та бути надмірно дорогими. Відповідно до п. 17 Директиви 2019/1023 Європейського парламенту МСП та ММП (ММСП) мають більшу

ймовірність погашення боргів, ніж реструктуризації, оскільки вони мають нести непропорційно вищі витрати, ніж великі підприємства. Опиняючись в ситуації ускладненої платоспроможності ці суб'єкти не мають необхідних ресурсів, для подолання складностей, пов'язаних з додатковими витратами на реструктуризацію у межах процедури банкрутства, скористатися перевагами більш ефективних процедур реструктуризації, доступних лише в деяких державах-членах. На національному рівні рекомендується розробити та оприлюднити типові плани реструктуризації, які будуть адаптовані до потреб та особливостей фізичних осіб, ММСП.

Відповідно до п. 24 Директиви порядок реструктуризації має бути доступним для боржників, особливо для фізичних осіб має забезпечуватись можливість подолання неплатоспроможності на ранній стадії, коли здається ймовірним, що їхня неплатоспроможність може бути попереджена та для фізичних осіб-підприємців дасть можливість забезпечення життєздатності бізнесу [23].

У цьому аспекті ще раз звернемо увагу на проблеми, пов'язані з іпотечним кредитуванням житла в іноземній валюті, коли державою були передбачені правові засоби реструктуризації відповідних боргів фізичних осіб, що спричинило подовження банківської кризи. І хоча відповідний механізм не був послідовним, наявність цих заходів продемонструвала занепокоєння держави та намагання передбачити правові засоби, які не виявились ефективними. Наявність мораторію у цьому аспекті не можна оцінити однозначно, оскільки йде мова про забезпечення права на мирне володіння майном відповідно до ст. 1 протоколу 1 Конвенції, що визначає легітимні очкування кредитора як елемент правової визначеності на отримання активу, яке непропорційно обмежувалось.

Науковці пропонували заборону законодавчого втручання у право на мирне володіння майном поширити не лише на випадки, коли держава або державні органи є сторонами у справі, але й на випадки законодавчого втручання держави в цивільно-правові (приватно-правові) відносини шляхом звільнення однієї сторони від виконання своїх зобов'язань або цивільно-правової відповідальності без згоди іншої сторони. Досить вагомим у практиці мораторіїв став Закон України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» [24]. Утім Конституційного Суду України цей закон визнав таким, що відповідає Конституції [25; 26, с. 138].

Висловлюється й протилежна позиція, відповідно до якої права вимоги, які підпадають під дію відповідних мораторіїв, підтверджені остаточними судовими рішеннями, є майном (*possession*) за змістовним тлумаченням ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Мораторії на стягнення є поширеною підставою тривалого та масового невиконання судових рішень. А виконання судового рішення, що інтерпретується ЄСПЛ у справі «Бурдов проти Росії» [27], є невід'ємною частиною «судового процесу» у розумінні ст. 6 Конвенції [28; 29; 30]. Водночас ці права можуть підпадати під обмеження, встановлені законом. Власне, аналогічний під-

хід мав і Конституційний Суд України, який відображено у вищезазначеному рішенні по справі про мораторій на примусову реалізацію майна [31, с. 6]. Зазначені положення свідчать про складні обставини, коли для визначення ступеню обмеження права на законодавчому рівні необхідно визначити баланс приватних та публічних інтересів при такій гострій їх конкуренції, враховуючи їх значення для економічної ситуації та інвестиційного клімату країни.

23 вересня 2021 р. припинив дію мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті. Умовами реструктуризації кредитів в іноземній валюті змогли скористатись не більше 3% позичальників [32]. Після зняття мораторію банки звертають стягнення на підставі іпотечного застереження, що було внесено в договір іпотеки при його укладанні. І хоча мораторій на задоволення вимог кредиторів за валютними кредитами за позицією Верховного Суду розповсюджувався й на позасудові способи звернення стягнення [33], кредитори нехтували цим положенням, що свідчить про те, що держава не гарантувала чіткі та ефективні механізми ранньої реструктуризації.

Законопроектom № 6075 запропоновано продовжити дію Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті до прийняття спеціального Закону щодо реструктуризації споживчих кредитів в іноземній валюті», але не більше ніж на рік з дня його опублікування до прийняття спеціального порядку [34]. Його положення мають ураховувати баланс приватних та публічних інтересів у цих правовідносинах, але є очевидним негативний вплив цього подовження на банківську систему та опосередковано на бюджетну.

Водночас чинне законодавство передбачає особливості процедур банкрутства для валютних позичальників фізичних осіб. У п. 5 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» КУзПБ застосовуються судом протягом п'яти років з дня введення в дію КУзПБ, а провадження у справі про відновлення платоспроможності фізичних осіб здійснюється за наявності наступних умов: заборгованість фізичної особи виникла до дня введення в дію КУзПБ за кредитом в іноземній валюті, який забезпечений іпотекою квартири або житлового будинку, що є єдиним місцем проживання сім'ї боржника. Відповідно до ч. 6 ст.131 КУзПБ, до складу ліквідаційної маси не включається житло, яке є єдиним місцем проживання сім'ї боржника (квартира загальною площею не більше 60 квадратних метрів або житловою площею не більше 13,65 квадратного метра на кожного члена сім'ї боржника чи житловий будинок загальною площею не більше 120 квадратних метрів) та не є предметом забезпечення, а також інше майно боржника, на яке згідно з законодавством не може бути звернено стягнення.

Судова практика свідчить про наявність формалізму при здійсненні реструктуризації заборгованості фізичної особи, що здійснюється за процедурою неплатоспроможності. При перегляді Верховним Судом постанови Південно-західного апеляційного господарського суду встановлено, що місцевим господарським судом

неодноразово відкладався розгляд справи з поважних причин, внаслідок чого остаточний склад кредиторів судом було затверджено після спливу 120-денного строку. Суди не зважали на обставини, що свідчать про об'єктивну неможливість зборів та був проявлений надмірний формалізм та непропорційність між застосованими засобами та поставленою метою, та реструктуризація боргів боржника залишилась невикористаною [35].

Для проведення зборів кредиторів фізичної особи існує проблема, про наявність якої свідчить судова практика, яка викликана положенням абз. 4 ч. 3 ст. 48 КУзПБ, відповідно до якого збори кредиторів проводяться за місцезнаходженням боржника. Спеціальних положень у IV Книзі не встановлено. Крім того, використано спеціальний термін «місцезнаходження», притаманний для юридичних осіб. Відповідно до ч. 1 ст. 29 Цивільного кодексу України (надалі за текстом – ЦК України) [36] місцем проживання фізичної особи є житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово. Згідно зі ст. 30 Конституції України не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи інакше як за вмотивованим рішенням суду. Невідкладні випадки для проникнення у житло відсутні визначені законодавством. Фізична особа має право відмовитись від зборів за її місцем проживання, враховуючи різні особисті та побутові питання, неможливість організації та проведення зборів кредиторів боржника за місцем проживання боржника, що не обов'язково може свідчити про її недобросовісність, враховуючи актуальну ситуацію, пов'язану з пандемією. Відсутність вмотивованої ухвали суду для проникнення у житло фізичної особи для проведення зборів стає перешкодою для їх проведення. У межах дотримання вимог пропорційності втручання у права особи, проведення зборів кредиторів за місцем проживання боржника можливе лише на підставі його письмової згоди, наданої до суду, а відмова у межах чинного правого регулювання зумовлює арбітражного керуючого та кредиторів разом із боржником погоджувати місце проведення зборів.

Актуальною проблемою для боржників-фізичних осіб, щодо яких було відкрито провадження у справі про банкрутство до введення у дію КУзПБ, стає доступність реструктуризації. Крім того, маємо зазначити про невизначеність положень законодавства про розмежування боргів фізичної особи як споживача та як суб'єкта господарської діяльності.

Чинне законодавство про банкрутство у межах вимог доступності відповідних процедур для фізичних осіб має прогалини та не характеризується передбачуваністю, що стосується підстав закриття провадження у справі. Відповідні підстави передбачені у ст. 90 КУзПБ, яка застосовується щодо фізичних осіб з урахуванням Книги IV КУзПБ. Суд закриває провадження у справі на всіх стадіях провадження у справі про банкрутство (до та після визнання боржника банкрутом), якщо затверджено звіт керуючого санацією або ліквідатора в порядку, передбаченому КУзПБ (п. 5 ч. 1 ст. 90), а також після визнання боржника банкрутом, якщо до боржника після офіційного оприлюднення оголошення про відкриття проваджен-

ня у справі про його банкрутство не висунуто вимог (п. 6 ч. 1 ст. 90). У випадку незаявлення вимог кредиторів відповідні положення судами застосовуються неоднозначно.

Об'єктом процедури банкрутства (неплатоспроможності) борги боржника, погашення яких відбувається у межах санації, ліквідації (реструктуризації боргів боржника, погашення боргів боржника). У разі незвернення кредиторів з грошовими вимогами до боржника у суду не має процесуальної можливості перейти до стадії санації або ліквідації, зважаючи на неможливість об'єктивно встановити розмір заборгованості, а також засади диспозитивності.

Зокрема, суди зазначають про наявність змістовної колізії між п. 5 та п. 6 ч. 1 та ч. 2 ст. 90 КУзПБ щодо стадій провадження, де можливе закриття провадження. Закриття провадження у справі у зв'язку з затвердженням звіту ліквідатора можливе лише після визнання боржника банкрутом, а у зв'язку з незверненням кредиторів з вимогами до боржника – лише до визнання боржника банкрутом. Ґрунтуючись на цьому, апеляційний господарський суд усунув колізію шляхом системного тлумачення ст. 90 КУзПБ, розділів II, III, IV Книги третьої КУзПБ відповідно до якого застосовування п. 6 ч. 1 ст. 90 КУзПБ, можливо лише до визнання боржника банкрутом.

Суди, закриваючи провадження у справі у зв'язку з обставинами, визначеними п. 6 ч. 1 ст. 90 КУзПБ, зазначають, що мають застосуватись наслідки, передбачені ч. 4 ст. 90 КУзПБ для п.п. 4–6 ч. 1 ст. 90 КУзПБ, та в ухвалі про закриття провадження у справі має бути зазначено, що вимоги конкурсних кредиторів, які не були заявлені в установлений законом строк або були відхилені господарським судом, вважаються погашеними, а виконавчі документи за відповідними вимогами визнаються такими, що не підлягають виконанню [37].

Відповідне тлумачення положень КУзПБ підтримано й Господарським судом Чернігівської області у справа №927/289/21, який зазначив: оскільки кредитори з грошовими вимогами до боржника не звернулись, провадження у справі про неплатоспроможність фізичної особи підлягає закриттю на підставі п. 6 ч. 1 ст. 90 КУзПБ. Вимоги конкурсних кредиторів, які не були заявлені в установлений КУзПБ строк вважаються погашеними, а виконавчі документи за цими вимогами визнати такими, що не підлягають виконанню [38].

Невизначеною є ситуація у тих випадках, коли у справі наявний лише заставний кредитор, який не пред'явив вимог до боржника протягом встановленого законом строку. Господарський суд міста Києва у справі №910/15343/20, незважаючи на ту обставину, що заставний кредитор протягом більше 6 місяців не вступив у справу, визнав боржника банкрутом та ввів процедуру погашення боргів, але провадження у справі не заквив [39].

Проблеми правозастосування виникають у випадку смерті фізичної особи, щодо якої порушено провадження у справі про банкрутство. КУзПБ відповідна підстава не передбачена. Якщо звернутись до субсидіарного застосування поло-

жень ГПК України, то відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 231 цього Кодексу підставою закриття провадження у справі є смерть фізичної особи або оголошення її померлою, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Крім того, п. 9 ч. 1 ст. 90 КУзПБ, який визначає інші підстави закриття провадження у справі про банкрутство, застосовується до визнання боржника банкрутом, зважаючи на положення ч. 2 ст. 90 КУзПБ. Відповідно до правової позиції Верховного Суду, висловленій у справі №5023/1704/12, суд має з'ясувати чи допускають спірні правовідносини правонаступництво. Між тим суди попередніх інстанцій усунулись від дослідження відповідних обставин із наданням їм відповідної правової оцінки.

Встановлення фактичних обставин, які мають значення для вирішення питання про наявність або відсутність підстав для закриття провадження у цій справі, – щодо того, чи допускають спірні правовідносини правонаступництво та щодо особи правонаступника тощо, а також призвело до постановлення незаконної ухвали суду першої інстанції, що перешкоджають подальшому провадженню у цій справі [40].

Наявність зазначених вище колізій свідчить про порушення вимог правової визначеності як елементу верховенства права, якому має відповідати господарське судочинство. Положення законодавства мають бути сформульовані достатньо чітко для передбачуваного правозастосування. Норма не може розглядатись як «право», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю таким чином, щоб громадянин мав змогу передбачити, які наслідки може потягнути вчинена дія («Олссон проти Швеції», п. 61) [41]. Особливого значення ці положення набувають у сфері здійснення правосуддя з точки зору спеціально дозвільного способу правового регулювання, що притаманний процесуальним галузям права. Відповідно повноваження суду мають бути прямо визначені нормами процесуального права з метою недопустимості суддівського свавілля та відмові у правосудді, що є порушенням права на справедливий розгляд справи відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції.

Відповідно до законопроекту №4409 ст. 90 КЗуПБ запропоновано викласти в редакції, якою провадження у справі може бути закрито «у зв'язку зі смертю, оголошення померлим або визнання безвісно відсутнім боржника – фізичної особи» [42]. До цього законотворчого положення належить підійти критично, враховуючи й сутність процедур неплатоспроможності, й світову практику регулювання відповідних процедур, відповідно до яких провадження закриттю не підлягає, оскільки задоволення вимог кредиторів залишається пріоритетним. Відповідно до ч. 17 ст. 39 чинної редакції КУзПБ провадження у справі про банкрутство юридичної особи не підлягає зупиненню. Щодо фізичних осіб відповідні положення не передбачені, що дає підстави для застосування положень ГПК України щодо зупинення провадження у справі.

Закриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи у зв'язку зі смертю боржника, який визнаний або не визнаний банкрутом, не має передбача-

тись законодавством та не може застосовуватись, враховуючи викладені й вище положення, й тезу про те, що легітимні очкування кредиторів, які заявили та підтвердили свої вимоги у межах відповідної справи, мають бути захищені. Ліквідаційна (конкурсна) маса має пріоритет перед спадковою, тому після визначення останньої всі спори щодо майна фізичної особи-боржника, що й передбачено положеннями ч. 2 ст. 7 КУЗПБ, мають вирішуватись у межах справи про банкрутство.

ВИСНОВКИ

Враховуючи значний вплив неплатоспроможності фізичних осіб на сучасному етапі на стабільність банківської системи держави, процедури неплатоспроможності фізичних осіб відіграють важливу роль у межах засобів забезпечення фінансово-економічного становища у державі та привабливості її інвестиційного клімату. Відповідні процедури на національному рівні мають характеризуватись більшою передбачуваністю та доступністю для фізичних осіб. Із урахуванням міжнародних принципів відновлення платоспроможності, розроблених для фізичних осіб та ММСП, стандартів доступності правосуддя основними напрямками, які визначають їх удосконалення, має бути впровадження контрольованої державою ранньої реструктуризації боргів, позасудової реструктуризації боргів як системи заходів щодо відновлення платоспроможності боржника-фізичної особи до відкриття провадження у справі про неплатоспроможність, що має включати передбачуваний механізм, спрощений порядок, основними характеристиками якого має бути зниження стигми неплатоспроможності, гарантії доступності судових процедур при загрозі неплатоспроможності, забезпеченні швидкого та гнучкого механізму відновлення платоспроможності, перегляд розміру та порядку оплати винагороди арбітражного керуючого, пріоритетність економічної реабілітації, можливість розмежування особистих, споживчих та підприємницьких боргів. Чинний порядок здійснення процедур відновлення платоспроможності потребує удосконалення з огляду на забезпечення доступності правової допомоги, чітких критеріїв застосування підстав для відкриття провадження у справі про неплатоспроможність, перегляд порядку та розміру авансування оплати винагороди арбітражного керуючого, забезпечення передбачуваності застосування процесуальних засобів, пов'язаних із рухом справи у випадку незаявлення кредиторами вимог, смерті боржника-фізичної особи під час провадження у справі. Додатковими перспективними та актуальними напрямками дослідження процедур неплатоспроможності фізичних осіб є: впровадження альтернативних способів врегулювання неплатоспроможності фізичних осіб; розробка порядку здійснення процедур банкрутства у зв'язку зі смертю боржника під час провадження у справі про неплатоспроможність, а також можливість відкриття провадження у справі про неплатоспроможність після його смерті.

Наукова цінність статті визначається тим, що висновки та результати, отримані на підставі узагальнення міжнародних принципів та аналізу процедур неплатоспроможності фізичних осіб за грошовими зобов'язаннями різного характеру, можуть скласти основу для реформування відповідних процедур з метою підвищення їх ефективності та забезпечення доступності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Doing business in Ukraine: overview. *Practical Law*. 2020. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-1187?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-1187?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (дата звернення: 21.09.2021).
- [2] Принципы построения эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов. Переработанный проект. 21.12.2005. *Всемирный банк*. URL: http://www.oau.ru/_upimg/0427C5D61D50B36B17A903774DDB6E77_principles05.pdf (дата звернення: 11.09.2021).
- [3] The world bank principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes. International Bank for Reconstruction and Development. 2021. *The World Bank*. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 15.09.2021).
- [4] Core Principles of an Effective Insolvency System. 2020. *EBRD*. URL: <https://www.ebrd-restructuring.com/storage/uploads/documents/8edb2683435d751e8c5a7be08ad85b43.pdf> (дата звернення: 17.08.2021).
- [5] Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons. Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. *The World Bank*. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/btstream/handle/10986/17606/ACS68180WP0P120Box0382094V00PUBLIC0.txt?sequence=2&isAllowed=y> (дата звернення: 20.08.2021).
- [6] Мендичев Д. В. Судовий контроль у процедурі банкрутства фізичних осіб. *Судебно-юридическая газета*. 5 серп. 2021. URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/210044-sudoviy-kontrol-u-protseduri-bankrutstva-fizichnikh-osib-denis-mandichev-cuddya-gospodarskogo-sudu-kiyeva> (дата звернення: 07.09.2021).
- [7] Лукашук М. Правове регулювання банкрутства фізичних осіб на підставі Кодексу України з процедур банкрутства. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства*: зб. наук. статей / за заг. ред. С. В. Жукова. Київ : Алерта, 2019. С. 174–181. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення: 08.07.2021).
- [8] Савченко А. С. Смерть фізичної особи-боржника як підстава для закриття провадження у справі про банкрутство. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 109–113. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/8455/Smert%20fizychnoi%20osoby_Savchenko_2020.pdf?sequence=3&isAllowed=y (дата звернення: 14.05.2021).
- [9] Загоруй Л. М. Банкрутство фізичної особи – не підприємця. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2020. № 1 (89). С. 204–212. URL: <https://doi.org/10.33766/2524-0323.89.204-212> (дата звернення: 15.08.2021).
- [10] Бутирська І. А. Банкрутство фізичних осіб: проблеми теорії та практики. *Економіка та право*. 2021. № 1. С. 89–95.

- [11] Ратушна Б. П., Гасцька-Колотило Я. З. Правове регулювання банкрутства фізичної особи на підставі Кодексу України з процедур банкрутства. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 1. С. 92–94.
- [12] Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 № 2597-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text> (дата звернення: 11.10.2021).
- [13] Orderly & Effective Insolvency Procedures Key Issues Legal Department. 1999. *International Monetary Fund*. URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/#liquid> (дата звернення: 17.07.2021).
- [14] Основные принципы ЕБРР, касающиеся эффективной системы урегулирования дел о несостоятельности. 2021. *Европейский банк реконструкции и развития*. URL: <https://www.ebrd.com/legal-reform/ebdinsolvency-coreprinciples-russian.pdf> (дата звернення: 13.09.2021).
- [15] Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes. 2021. *International Bank for Reconstruction and Development. The World Bank*. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 15.08.2021).
- [16] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо споживчих кредитів, наданих в іноземній валюті : Закон України від 13.04.2021 № 1381-IX. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/t211381?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01 (дата звернення: 05.07.2021).
- [17] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реструктуризації зобов'язань за кредитами в іноземній валюті та адаптації процедур неплатоспроможності фізичних осіб : Закон України від 13.04.2021 № 1382-IX. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/t211382?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01 (дата звернення: 05.07.2021).
- [18] Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті : Закон України від 03.06.2014 № 1304-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1304-18#Text> (дата звернення: 18.07.2021).
- [19] Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : монографія. Харків : Право, 2008. 304 с.
- [20] Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#n85> (дата звернення: 21.09.2021).
- [21] Комаров В. В., Цувіна Т. А. Міжнародний стандарт доступності правосуддя та предмет цивільного процесуального права. *Вісник АПН України*. 2021. № 3. С. 197–207.
- [22] Постанова Верховного суду від 17.06.2021 у справі № 926/2987-6/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97854700> (дата звернення: 01.08.2021).
- [23] Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency). URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj> (дата звернення: 27.09.2021).
- [24] Про введення мораторію на примусову реалізації майна : Закон України від 29.11.2001 № 2864-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2864-14#Text> (дата звернення: 04.09.2021).

- [25] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна» (справа про мораторій на примусову реалізацію майна) від 10.06.2003 № 11-рп/2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-03#Text> (дата звернення: 20.09.2021).
- [26] Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія Харків : Право, 2010. 256 с.
- [27] Case of Burdov v. Russia (No. 2) (Application No. 33509/04): Judgment, 15.01.09. *The European Court of Human Rights*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90671> (дата звернення: 29.09.2021).
- [28] Case of Voytenko v. Ukraine (Application No. 18966/02): Judgment, 29.06.2004. *The European Court of Human Rights*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-61855&filename=001-61855.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (дата звернення: 29.09.2021).
- [29] Case of Shmalko v. Ukraine (Application No. 60750/00): Judgment, 06.05.2003 *The European Court of Human Rights*. URL: https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_60750-00_001-23207 (дата звернення: 29.09.2021).
- [30] Case of Romashov v. Ukraine (Application No. 67534/01): Judgment, 27.07.2004. *The European Court of Human Rights*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-61946&filename=001-61946.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (дата звернення: 29.09.2021).
- [31] Блажівська Н. Є. Мораторій на звернення стягнення на майно боржника в законодавстві України та в практиці ЄСПЛ. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 5–9.
- [32] Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо мораторію на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті : пояснювальна записка до проекту Закону України від 21.09.2021 № 6075. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/GI06015A?an=13> (дата звернення: 30.09.2021).
- [33] Постанова Великої Палати Верховного суду від 20.11.2019 у справі № 802/1340/18-а. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86435729> (дата звернення: 16.07.2021).
- [34] Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо мораторію на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті : проект Закону України № 6075 від 21.09.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72803 (дата звернення: 28.09.2021).
- [35] Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 16.03.2021 у справі № 916/169/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95708019> (дата звернення: 18.08.2021).
- [36] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 23.08.2021).
- [37] Постанова Північного апеляційного господарського суду від 07.10.2020 у справі № 927/318/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92226567#> (дата звернення: 05.08.2021).

- [38] Ухвала Господарського суду Чернігівської області від 31.05.2021 у справі №927/289/21. URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/97386328/> (дата звернення: 12.07.2021).
- [39] Постанова Господарський суд м. Києва від 21.07.2021 у справі №910/15343/20. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/98700888> (дата звернення: 08.08.2021).
- [40] Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 27.11.2019 у справі №5023/1704/12. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86141378> (дата звернення: 22.09.2021).
- [41] Case of Olsson v. Sweden App. No. 10465/83 [1988] ECHR 2 (24 March 1988). URL: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1988/2.html> (дата звернення: 30.09.2021).
- [42] Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства: проект Закону №4409 від 20.11.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70493 (дата звернення: 25.07.2021).

REFERENCES

- [1] Doing business in Ukraine: overview. (2020). *Practical Law*. Retrieved from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-1187?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true/](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-1187?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true/)
- [2] Principles of building effective systems of insolvency and protection of creditors' rights. (2005). Revised project. *The World Bank*. Retrieved from http://www.oau.ru/_upimg/0427C5D61D50B36B17A903774DDB6E77_principles05.pdf.
- [3] The World bank principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes. (2021). *IBRD. The World Bank*. Retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [4] Core principles of an effective insolvency system. (2020). *EBRD*. Retrieved from <https://www.ebrd-restructuring.com/storage/uploads/documents/8edb2683435d751e8c5a7be08ad85b43.pdf>.
- [5] Report on the treatment of the insolvency of natural persons. insolvency and creditor/debtor regimes task force. (2014). *The World Bank*. Retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WPOP120Box0382094B00PUBLIC0.txt?sequence=2&isAllowed=y>.
- [6] Mendichev, D. V. (2021). Judicial control of bankruptcy procedures for physical entities. *Judicial-legal newspaper*. Retrieved from <https://sud.ua/ru/news/sud-info/210044-sudoviy-kontrol-u-protseduri-bankrutstva-fizichnikh-osib-denis-mandichev-cuddya-gospodarskogo-sudu-kiyeva/>
- [7] Lukashuk, M. (2019). Legal regulation of bankruptcy of individuals on the basis of the Bankruptcy Procedures Code of Ukraine. *Application of the norms of the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine. Collection of scientific articles*. Kiev: Alert, 174–181. Retrieved from https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf.
- [8] Savchenko, A. S. (2020). Death of a natural person-debtor as a ground for closing the bankruptcy proceedings. *Entrepreneurship, economy and law*, 2, 109–113. Retrieved from http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/8455/Smert%20fizychnoi%20osoby_Savchenko_2020.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

- [9] Zagoruy, L. M. (2020). Bankruptcy of an individual – not an entrepreneur. *Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko*, 1 (89), 204–212. Retrieved from <https://doi.org/10.33766/2524-0323.89.204-212>.
- [10] Butyrskaya, I. A. (2021). Bankruptcy of natural persons: problems of theory and practice. *Economics and law*, 1, 89–95.
- [11] Ratushna, B. P., & Gayetska-Kolotylo, Ya. Z. (2019). Legal regulation of bankruptcy of of natural persons on the basis of the Bankruptcy Procedures Code of Ukraine. *Legal scientific electronic journal*, 1, 92–94.
- [12] Bankruptcy Procedure Code of Ukraine. (2018). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>.
- [13] Orderly & Effective insolvency procedures key issues. 1999. *International Monetary Fund*. Retrieved from <https://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/#liquid>.
- [14] Basic principles for an effective bankruptcy settlement system. (2021). *EBRD*. Retrieved from <https://www.ebrd.com/legal-reform/ebrdinsolvency-coreprinciples-russian.pdf>.
- [15] Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes. (2021). *IBRD. The World Bank*. Retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [16] On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning Consumer Loans Provided in Foreign Currency: Law of Ukraine. (2021, April). Retrieved from https://ips.ligazakon.net/document/view/t211381?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01.
- [17] On amendments to certain legislative acts of ukraine concerning restructuring of liabilities for foreign currency loans and adaptation of insolvency procedures of natural persons: Law of Ukraine. (2021, April). Retrieved from https://ips.ligazakon.net/document/view/t211382?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress01.
- [18] A about the moratorium on recovery of property of citizens of Ukraine provided as collateral for loans in foreign currency: Law of Ukraine (2021, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1304-18#Text>.
- [19] Ovcharenko, O. M. (2008). *Access to justice and guarantees of its implementation*. Kharkiv: Pravo.
- [20] About free legal aid: Law of Ukraine (2011, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#n85>.
- [21] Komarov, V. V., & Tsuvina, T. A. (2021). International standard of access to justice and subject of civil procedural law. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 197–208.
- [22] Decision of the Supreme Court of 17.06.2021 in the case № 926/2987-b/20. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97854700>.
- [23] Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj>.
- [24] About introduction of a moratorium on compulsory sale of property: Law of Ukraine (2001, November). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2864-14#Text>.

- [25] Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of 47 people's deputies of Ukraine on compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the Law of Ukraine «On Imposition of Moratorium on Compulsory Sale of Property» (case on moratorium on compulsory sale of property). (2003). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-03#Text>.
- [25] Sakara, N. Y. (2010). *Problems of access to justice in civil cases*. Kharkiv: Pravo.
- [27] Case of Burdov v. Russia (No. 2) (Application No. 33509/04): Judgment 15.01.09. *The European Court of Human Rights*. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90671>.
- [28] Case of Voytenko v. Ukraine (Application No. 18966/02): Judgment 29.06.2004. *The European Court of Human Rights*. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-61855&filename=001-61855.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.
- [29] Case of Shmalko v. Ukraine (Application no. 60750/00): Judgment on 6 May 2003 *The European Court of Human Rights*. Retrieved from https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_60750-00_001-23207.
- [30] Case of Romashov v. Ukraine (Application no. 67534/01): Judgment 27.07.2004. *The European Court of Human Rights*. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-61946&filename=001-61946.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.
- [31] Blazhivska, N. E. (2018). Moratorium on foreclosure on the debtor's property in the legislation of Ukraine and in the practice of the European Court of Human Rights. *Entrepreneurship, economy and law*, 12, 5–9.
- [32] Explanatory note to the draft Law of Ukraine «On amendments to certain legislative acts concerning the moratorium on recovery of property of citizens of Ukraine provided as collateral for foreign currency loans». (2021). Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/GI06015A?an=13>.
- [33] Decision of the Grand Chamber of the Supreme Court of November 20, 2019 in case № 802/1340/18-a. Retrieved from <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86435729>.
- [34] About modification of some legislative acts concerning the moratorium on recovery of property of citizens of Ukraine provided as collateral of credits in foreign currency: Draft Law of Ukraine (2021, September). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72803.
- [35] Decision of the Commercial Court of Cassation of the Supreme Court of 16.03.2021 in case № 916/169/20. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95708019>.
- [36] Civil Code of Ukraine. (2003, Yanuar). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
- [37] Decision of the Northern Commercial Court of Appeal of 07.10.2020 in the case № 927/318/20. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92226567#>.
- [38] Decision of the Commercial Court of the Chernihiv Region of 31.05.2021 in the case № 927/289/21. Retrieved from <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/97386328>.
- [39] Decision of the Commercial Court of Kyiv of 21.07.2021 in the case № 910/15343/20. Retrieved from <https://verdictum.ligazakon.net/document/98700888>.
- [40] Decision of the Commercial Court of Cassation of the Supreme Court of 27.11.2019 in the case № 5023/1704/12. Retrieved from <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86141378>.

- [41] Case of Olsson v. Sweden 10465/83 [1988] ECHR 2 (24 March 1988). Retrieved from <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1988/2.html>.
- [42] On Amendments to the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine: draft Law of Ukraine. (2020, November). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70493.

Олег Васильович Синегубов

Доктор юридичних наук, доцент
Голова Харківської обласної військової адміністрації
61002, 64, вул. Сумська, м. Харків, Україна

Oleg V. Sinegubov

Doctor of Law, Associate Professor
Head of Kharkiv Regional Military Administration
61002, 64, Sumska Str., Kharkov, Ukraine

Рекомендоване цитування: Синегубов О. В. Неплатоспроможність фізичних осіб: критерії пошуку ефективності у процедурах банкрутства. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 160–180.

Suggested Citation: Sinegubov, O. V. (2022). Insolvency of natural persons: criteria of searching for effectiveness in bankruptcy procedures. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 160–180.

Стаття надійшла / Submitted: 10.07.2022
Доопрацьовано / Revised: 08.08.2022
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

УДК 346.14

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-181

Оксана Мар'янівна Вінник

*Відділ міжнародного приватного права та
правових проблем євроінтеграції
Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національна академія правових наук України
Київ, Україна*

Тетяна Григорівна Попович

*Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національна академія правових наук України
Київ, Україна*

Богдан Володимирович Деревянко

*Відділ міжнародного приватного права та
правових проблем євроінтеграції
Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національна академія правових наук України
Київ, Україна*

РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Анотація. У статті досліджуються проблеми регулювання відносин цифрової економіки з метою виявлення нових правових механізмів їх регулювання, зумовлених цифровізацією. Наголошується на необхідності спів регулювання (за участю держави та суб'єктів цифрового бізнесу), технічного регулювання, включно зі стандартизацією, а також пошуку ефективних засобів регулювання відносин з майнингу та використання крипто валют. Застосовуючи низку наукових методів дослідження (діалектичного, формально-логічного, синергетичного, системного аналізу, прогностичного, порівняльно-правового та інших), доводиться, що цифровізація – складне явище, з притаманними йому незаперечними достоїнствами (зокрема, можливість вирішувати надскладні завдання) і ризикам (загроза втрати людиною контролю над штучними інтелектом та роботами, зловживання цифровими можливостями, посилення вуглецевого сліду через надмірне споживання в процесі цифровізації електроенергії тощо). За цих умов гостро постає проблема правового забезпечення цифровізації з метою її соціального спрямування, яке має забезпечити суспільно-корисне використання позитивних властивостей цифровізації та мінімізацію її ризиків. З поступом цифровізації ставлення суспільства (на міжнародному та національних рівнях) до регулювання відносин в цій сфері змінюється: на зміну гаслам про незалежність кіберпростору прийшло усвідомлення про встановлення

цивілізованих «правил гри», які мають виконати роль регулятора, що збалансовано враховує як публічні інтереси (суспільства, держав, міжнародної спільноти) та приватні інтереси цифрового бізнесу. Акцент робиться на двох складових регулювання відносин цифровізації – технічному регулюванні, включно зі стандартизацією, та регулюванню відносин з майнінгу та використанню крипто валют. За результатами проведеного дослідження доводиться необхідність запровадження правових механізмів регулювання відносин цифровізації з урахуванням її двоїстості (наявності як переваг, так і ризиків) та пропонуються зміни до чинного законодавства України.

Ключові слова: економіка, цифровізація, ризики цифровізації, правове регулювання, стандартизація, криптовалюта.

Oksana M. Vinnyk

*Department of International Private Law and
Legal Problems of European Integration
Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute
of Private Law and Entrepreneurship
of National Academy of Law Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine*

Tetiana G. Popovych

*Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute
of Private Law and Entrepreneurship
of the National Academy of Law Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine*

Bogdan V. Derevyanko

*Department of International Private Law and
Legal Problems of European Integration
Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute
of Private Law and Entrepreneurship
of National Academy of Law Sciences of Ukraine
Kyiv, Ukraine*

REGULATION OF DIGITAL ECONOMY RELATIONS: CERTAIN ASPECTS

Abstract. *The article examines the problems of regulation of the digital economy in order to identify new legal mechanisms for their regulation due to digitalization. Emphasis is placed on the need for co-regulation (involving the state and digital businesses), technical regulation, including standardization, and the search for effective means of regulating mining relations and the use of cryptocurrencies. Applying a number of scientific research methods (dialectical, formal-logical, synergetic, systems analysis, prognostic, comparative law, etc.), it is proved that digitalization is a complex phenomenon with its inherent advantages (in particular, the ability*

to solve complex problems) and risks (threat of human loss of control over artificial intelligence and robots, abuse of digital capabilities, increasing carbon footprint due to excessive consumption in the process of digitization of electricity, etc.). Under these conditions, the problem of legal support of digitalization with the aim of its social orientation, which should ensure the socially useful use of the positive properties of digitalization and minimize its risks, is acute. With the progress of digitalization, the attitude of society (at the international and national levels) to the regulation of relations in this area changes. The slogans about the independence of cyberspace have been replaced by the realization of the establishment of civilized «rules of the game», which should play the role of a regulator that takes into account both public interests (society, states, international community) and private interests of digital business. The emphasis is on two components of regulation of digitalization relations – technical regulation, including standardization, and regulation of relations on mining and use of cryptocurrencies. According to the results of the study, it is necessary to introduce legal mechanisms for regulating the relationship of digitalization, taking into account its duality (the presence of both benefits and risks) and proposes changes to current legislation of Ukraine.

Keywords: *economy; digitization; risks of digitalization; legal regulation; standardization; cryptocurrency.*

ВСТУП

Сучасне суспільне життя без цифрових технологій важко уявити. Електронний бізнес та цифрова економіка стали результатом поширення інформаційно-комунікаційних (насамперед цифрових) технологій у сфері господарювання. Цифровізація наклала значний відбиток на відносини в економічній сфері, забезпечивши появу якісно нових суб'єктів (представників електронного/цифрового бізнесу, віртуальних підприємств зокрема), електронних ресурсів (бізнес-сайтів, цифрових платформ, інструментів доповненої реальності, криптовалют, чат-ботів, штучного інтелекту, роботів з ознаками і об'єкта, і суб'єкта), нових видів товарів (комп'ютерних програм; комп'ютерних ігор; віртуальних об'єктів) та послуг (електронних комунікаційних, електронних довірчих, електронних фінансових та ін.), електронних договорів, нових видів господарських санкцій (вилучення номерного ресурсу, припинення участі в регуляторній платформі), можливості розгляду конфліктів-спорів в режимі онлайн тощо. Відносини з новими ознаками, зумовленими цифровізацією, потребують відповідного регулювання з метою забезпечення цивілізованих «правил гри» на ринках цифрової економіки. Хоча на початкових етапах цифровізації популярним було гасло свободи та незалежності кіберпростору [1], проте наявність значних ризиків використання цифрових технологій (насамперед – через зловживання ними, неконтрольованого та/або легковажного їх використання) зумовила зміну пріоритетів: від виключного саморегулювання до спів регулювання, в якому держава бере істотну участь з урахуванням позиції учасників ринків цифрової економіки, а також існує потреба і в міжнародному впливові на процеси цифровізації з огляду на їх транснаціональний характер, включно з необхідністю боротьби з кіберзлочинністю [2], що не знає кордонів, охороною екології нашої планети [3]. Істотну роль в регулю-

ванні зазначених відносин відіграє технічне регулювання, включно зі стандартизацією всіх рівнів: міжнародним, національним, приватним. Про важливість стандартизації у сфері цифровізації свідчать положення схвалених Урядом України концепцій – розвитку цифрової економіки [4] та розвитку штучного інтелекту [5], зокрема, щодо необхідності врахування міжнародних стандартів. Разом з тим, усі зазначені рівні регулювання важливі, оскільки віддзеркалюють весь спектр інтересів – як публічних (міжнародної спільноти, держав, територіальних громад), так і приватних у справі напрацювання оптимальних для врахування цих інтересів «правил гри». Специфіка використання цифрових технологій зумовлює і особливі підходи до такого регулювання. В цих складних умовах, що потребують нестандартних рішень, зростає роль правової науки, яка має дослідити відносини цифровізації, виявити їх ключові ознаки, тенденції розвитку, переваги та загрози/ризиків використання цифрових технологій з метою напрацювання рекомендацій для законодавця. Відповідно має корегуватися і економіко-правова політика в цих непростих умовах стрімкого розвитку відносин, пов'язаних з цифровізацією [6; 7].

Криптовалютам як одному з надбань цифровізації також притаманні як значні переваги (швидкість трансакцій та невелика комісія за їх обробку; широкі варіанти оплати, що важливо для бізнесу; доступність і ліквідність; незалежність від центральної влади), так і ризики (*волатильність* цін; анонімність, що може становити проблему під час дотримання правил ідентифікації клієнтів або захисту від шахрайства, чи встановлення джерел походження та/або використання коштів для антисуспільних акцій/дій; вразливість щодо шахрайств та у разі ігнорування питання кібербезпеки; проблеми контролю за походженням коштів) [8; 9], що зумовлює відповідне реагування з боку міжнародної спільноти та держав. Проте єдиних підходів до вирішення цієї проблеми досі не напрацьовано: від тотальної заборони крипто валют в низці країн до поміркованого ставлення і навіть до цілковитої свободи щодо неї. Складність проблеми правового регулювання з майнингом та використанням крипто валют позначився і на долі Закону України «Про віртуальні активи», прийнятого Верховною Радою від 8 вересня 2021 р., на який, однак, Президентом було накладено вето [10].

Достоїнства цифровізації (можливість діяти ефективно, швидко, дистанційно, в транснаціональному масштабі, вирішувати надскладні завдання) використовуються не лише на суспільне благо, а нерідко особами, що бажають отримати незаслужені переваги шляхом порушення прав та законних інтересів інших осіб, що і призвело до виникнення та поширення кіберпорушень та кіберзлочинності. Крім того, функціонування/використання надбань цифровізації (особливо штучного інтелекту, роботів, дронів) може мати небажаний для суспільства ефект через низький рівень дослідження наслідків застосування таких ресурсів та/або прояву негативних ефектів (вихід з-під контролю людини), а також через відсутність загальноприйнятих на транснаціональному рівні стандартних вимог до цифрових

ресурсів, що шкодить добросовісній конкуренції [11]. Важливою є також енерговитратність цифровізації (з точки зору споживання великої кількості електроенергії для забезпечення роботи електронних комунікацій, відповідних пристроїв, майнінга крипто валюти тощо), що негативно впливає на довкілля, оскільки для цього використовуються переважно невідновлювальні природні ресурси (вугілля, нафта, газ), збільшуючи так званий вуглецевий слід [12; 13]. Двоїстість цифровізації вимагає адекватного правового регулювання, що, з одного боку, стимулюватиме суспільно корисне використання цифрових технологій, а з іншого – стримує зловживання ними, мінімізуватиме ризики/загрози цифровізації. В цілому адекватне потребам громадянського суспільства нормативно-правове регулювання має забезпечити соціальне спрямування цифровізації та цифрової економіки, а також стимулюватиме соціальну відповідальність цифрового бізнесу.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

При проведенні дослідження були використані напрацювання українських та зарубіжних науковців, що порушували проблеми цифровізації: зазвичай групами авторів – щодо загальних засад регулювання відносин цифровізації економічної сфери [6; 7; 14], щодо ролі в цьому права цифрової економіки [15]), місця технічного регулювання, включаючи стандартизацію всіх рівнів [11; 16; 17; 18; 19] – від транснаціонального до приватного (*Yayun Shen, Michael Faure* [20]), проблем регулювання криптовалютних відносин (напрацювання зарубіжних [8; 9; 21; 22; 23] та українських [24; 25; 26] дослідників. Актуальність порушеної тут проблеми зумовлена не лише в ракурсі цифровізації, а й з огляду на необхідність урахуванням потенціалу цифрових технологій у справі охорони екології Землі (з точки зору доцільності глобального регулювання з метою порятунку планети варто згадати працю групи авторів – *Rakhyun E. Kim, Louis J. Kotzé* [3]). Порівняння правової проблематики цифровізації в Україні та за кордоном дозволило виявити спільні тенденції в розвитку зазначених відносин, що зумовило необхідність врахування в процесі вдосконалення правового регулювання в Україні зарубіжного та міжнародного досвіду у вирішенні порушених тут проблем.

Складність, новизна та неоднозначність (з точки зору наслідків для довкілля та впливу на сферу господарювання) відносин цифровізації, а також брак наукових досліджень з проблем правового регулювання цих відносин зумовили *методологію*, що була застосована в процесі дослідження. Комплексне застосування низки методів та прийомів наукового пізнання дозволило здійснити ґрунтовний аналіз предмета дослідження.

Використання *діалектичного методу* дало можливість розкрити сутність і призначення цифровізації, прослідкувати її вплив на економіку, екологію, інші сфери суспільного буття. *Формально-логічний* метод дозволив виділити ті сфери суспільних відносин, на які цифровізація має найбільший вплив, а стандартиза-

ція – на ринки цифрової економіки. Метод *аналізу* використовувався при вивченні наукових напрацювань у сфері дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних учених та практиків, стану правового регулювання відповідних суспільних відносин в Україні та в ЄС. Метод *синтезу* дозволив виявити спільні тенденції розвитку відносин цифрової економіки, притаманні для національних та транснаціональних ринків цифрової економіки, а використаний в дослідженні *порівняльний* метод надав можливість співставити ключові ознаки традиційних грошей та крипто валюти, можливості транснаціональної та приватної стандартизації в умовах цифровізації. *Синергетичний* метод надав можливість дослідити складну систему цифрової економіки та роль в ній стандартизації та крипто валютного ринку. Метод *системного аналізу* використовувався, зокрема, при визначенні взаємозв'язку цифровізаційних процесів та їх наслідків в економіці, впливу стандартизації на ринки цифрової економіки, ролі крипто валюти в сучасній економіці та характеристики видів контролю за ризиками цифровізації, включно з крипто валютними ризиками, наслідків відсутності зваженого підходу до стандартизації, що відповідає інтересам як національних, так і транснаціональних ринків та їх учасників. *Прогностичний* метод став вельми витребуваним для прогнозування можливих наслідків (як позитивних, так і негативних) як цифровізації в цілому, так і в ракурсі технічного регулювання в умовах цифрової економіки, включно з крипто валютним ринком, а також при напрацьовані пропозицій щодо попередження/мінімізації ризиків/їх негативних проявів. Використання *порівняльно-правового* методу знадобилося при аналізі досвіду правового регулювання відповідних відносин на міжнародному (ЄС) та національному (зарубіжному та українському) рівнях. Комплексне застосування вищезазначених методів дозволило не лише виявити основні проблеми нормативно-правового забезпечення відносин цифровізації в економічній та суміжних з нею сферах, а й запропонувати шляхи їх вирішення з метою забезпечення в Україні соціального спрямування цифрової економіки та цифровізації в цілому.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Настання цифрової епохи, зумовленої появою та використанням цифрових технологій, на початкових етапах сприймалося як ера цифрової свободи, що не потребує ніякого втручання публічних інституцій (держави, міжнародних організацій) у сферу цифровізації з метою її регулювання [1]. Саморегулювання стало майже єдиним способом регулювання відносин у цій сфері, а основним аргументом для цього стали незаперечні переваги застосування цифрових технологій, а прихованим – складність цифрових технологій, брак в державних структурах відповідних фахівців для аналізу та оцінки наслідків цифровізації. Лише згодом, коли наслідки використання можливостей цифровізації з анти суспільною та/або суто егоїстичною метою, без урахування інтересів суспільства та/або всупереч законним інтересам інших осіб набули великих масштабів,

змінилося і ставлення суспільства та публічних інституцій до проблеми регулювання відносин цифровізації. Визнано, що традиційні для сфери підприємництва «Правила гри», відомі з давніх часів, мають право на існування і в новим умовах, хоча останні накладають значний відбиток на саме регулювання. Це проявляється в необхідності, по-перше, спів регулювання (залучення державою до регулювання відносин цифровізації заінтересованих осіб, насамперед суб'єктів цифрового бізнесу та їх саморегулювних організацій; по-друге, з огляду на транс національність відносин цифровізації та глобальності негативних її наслідків (посилення так званого вуглецевого сліду і, відповідно, забруднення довкілля в процесі використання цифрових технологій, що потребують значних обсягів електроенергії, яка в сучасний період виробляється переважно з невідновлювальних джерел) виникає потреба у впливові міжнародної спільноти на ці процеси (щодо регулювання відносин на транснаціональних ринках, встановленні технічних вимог, в тому числі стандартів, що відповідають інтересам учасників таких ринків, а не лише групи суб'єктів цифрового бізнесу, що першими запровадили певні вимоги з урахуванням власних інтересів і без погодження з інституціями, відповідальними за стандартизацію). Криптовалютний ринок, що виник і розвивався без будь-якого втручання з боку держав, поступово переходить під контроль уповноважених органів, хоча і з різним ступенем контролю залежно від економіко-правової політики в певній державі. На міжнародному рівні ці процеси можна прослідкувати на прикладі ЄС, у межах якого регулюються відносини цифровізації та вдосконалюється правове регулювання відносин цифрової економіки (про що свідчить значна кількість актів – регламентів та директив, а також проектів нових актів зі згаданих тут проблем (крипто валютного ринку зокрема [27]). Україна значною мірою враховує досвід ЄС, прийнявши низку відповідних законів, в тому числі протягом останнього часу [28; 29; 10], проте все ще не забезпечила комплексності такого регулювання через: відсутність кодифікованого акту щодо цифровізації, наявність значних прогалин (щодо стандартизації, економічної конкуренції в умовах цифровізації, зменшення вуглецевого сліду в процесі використання цифрових технологій, зокрема в процесі майнінгу криптовалют, тощо). Відтак, вдосконалення правового регулювання відносин цифровізації – залишається вельми актуальною проблемою, що потребує вирішення та постійного контролю з огляду на вдосконалення використання цифрових технологій, що, своєю чергою, зумовлює необхідність врахування наслідків цього процесу на нормативно-правовому рівні.

Хоча правовому забезпеченню відносин цифровізації з метою її соціального спрямування присвячена низка праць дослідників [6;14;15], проте деякі аспекти залишаються недостатньо висвітленими або такими, що зазнали певних змін. Зокрема це стосується правового забезпечення стандартизації в умовах цифрової економіки, а також майнінгу та використання криптовалют.

2.1. Роль технічного регулювання відносин цифровізації.

В умовах сучасної економіки важливу роль відіграє технічне регулювання, включно зі стандартизацією, що забезпечує встановлення суспільно необхідних вимог технічного характеру до продукції/товарів, робіт, послуг, процесів, технологій тощо. Важливість стандартизації у сфері застосування інформаційно-комунікаційних технологій/цифрової економіки підкреслюється в низці нормативно-правових актів, зокрема в:

- Законі України «Про Концепцію Національної програми інформатизації» [30] щодо: негативної тенденції відставання України від міжнародного рівня розвитку стандартизації у сфері інформатизації та необхідності виправлення такого становища; необхідності розроблення національних стандартів у галузі інформатизації як одного з першочергових пріоритетів у сфері інформатизації; розроблення системи державних стандартів у галузі інформатизації як складової організаційно-правового забезпечення процесу інформатизації, що передбачає розроблення пакета нормативно-правових актів з питань організації та правового регулювання відносин у сфері інформатизації; актуальності вирішення проблеми комплексної автоматизації виробництва на основі сучасних стандартів і технологій, яка б охоплювала процеси від проектування та підготовки виробництва до безпосереднього автоматизованого виробництва;

- Законі «Про електронні комунікації» [28], в якому: *закріплено визначення понять* (ст. 2) технічного регулювання у сфері електронних комунікацій (правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик електронних комунікаційних мереж або окремих їх складових, технічних засобів електронних комунікацій та пов'язаних з ними процесів і методів проектування, будівництва, реконструкції, технічного переоснащення та експлуатації, а також електронних комунікаційних послуг), а також мережі Інтернет як глобальної електронної комунікаційної мережі, що призначена для передачі даних та складається з фізично та логічно взаємоз'єднаних окремих електронних комунікаційних мереж, взаємодія яких базується на використанні єдиного адресного простору та на використанні інтернет-протоколів, визначених міжнародними стандартами); здійснення відповідно до закону функцій технічного регулювання у сферах електронних комунікацій та радіочастотного спектра визначено як одне з повноважень центрального органу виконавчої влади у сферах електронних комунікацій та радіочастотного спектра (ст. 6); закріплено за постачальників електронних комунікаційних мереж та/або послуг обов'язок дотримуватися технічних регламентів та технічних вимог (технічних специфікацій) відповідно до закону (ст. 18); здійснення стандартизації у сферах електронних комунікацій та радіочастотного спектра відповідно до Закону України «Про стандартизацію» з урахуванням вимог рекомендацій Міжнародного союзу електрозв'язку та інших міжнародних організацій зі стандартизації (ст.37); гармонізація національних стандартів, норм і правил з міжнародними стандартами, рекомендаціями, нормами і прави-

лами у зазначених сферах визначена як важлива мета та умова міжнародного співробітництва (ст. 128);

- Законі України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» [29] щодо видів діяльності, здійснення яких стимулюється шляхом створення правового режиму Дія Сіті, одним з яких є видання стандартного програмного забезпечення (системного або програмних додатків);

- у прийнятому Верховною Радою України 08 вересня 2021 р. Законі «Про віртуальні активи» [10] (на який, однак, було накладено вето Президента), щодо повноважень органів, що здійснюють державне регулювання у сфері обороту віртуальних активів (ст. 16), одним з яких (повноважень) є формування та забезпечення реалізації державної політики щодо розвитку і функціонування ринку віртуальних активів, сприяння адаптації законодавства України про оборот віртуальних активів до міжнародних стандартів (належить до основних завдань центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері обороту віртуальних активів);

- Концепції **розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки** [4] щодо: стандартизації (із застосуванням національних та міждержавних стандартів) як основи цифровізації, одного з головних чинників її успішної реалізації; одного із основних завдань держави на шляху до цифровізації країни – офіційне визнання міжнародних стандартів, які становлять загально-визнану основу Індустрії 4.0 (близько 100 стандартів), державна підтримка діяльності технічних комітетів, які беруть участь у роботі над стандартами, що стосуються Індустрії 4.0. Необхідності досягти вищих соціальних стандартів у процесі цифровізації соціальної сфери; щодо покращення життєдіяльності міст шляхом упровадження міжнародних стандартів управління смарт-сіті (iso-37120, iso-37101 та ін.);

- Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні [5] щодо: сприяння залученню грантового фінансування наукової діяльності у галузі штучного інтелекту з метою стимулювання переходу українських науковців до ефективних моделей, стандартів та форматів співпраці, зокрема через Національний фонд досліджень; необхідності оновлення державних стандартів щодо інформаційної безпеки, зокрема державних інформаційних ресурсів, а також розроблення нових національних стандартів у сфері кібербезпеки і кіберзахисту; необхідність оновлення стандартів та розроблення нових з урахуванням європейських та міжнародних стандартів, зокрема стандартів ISO 27001, ISO/IEC 27032; важливість застосування технологій штучного інтелекту для проведення аналізу, прогнозування та моделювання розвитку показників ефективності системи публічного управління, окремих галузей економіки під час планування, технічного регулювання та стандартизації; забезпечення захисту прав та свобод учасників відносин у галузі штучного інтелекту, розроблення та використання технологій штучного інтелекту з дотриманням етичних стандартів як одного з основних завдань держави

у сфері правового регулювання галузі штучного інтелекту; забезпечення функціонування та діяльності технічних комітетів стандартизації відповідно до вимог 7.1.5 ДСТУ 1.14:2015 «Національна стандартизація. Процедури створення, діяльності та припинення діяльності технічних комітетів стандартизації за напрямом штучного інтелекту; забезпечення взаємодії між відповідними Технічними комітетами України та міжнародними підкомітетами стандартизації ISO/IEC/JTC 1/SC 42 *Artificial Intelligence* щодо спільного розроблення стандартів у галузі штучного інтелекту; розроблення Етичного кодексу штучного інтелекту за участю широкого кола заінтересованих сторін;

- інших актах законодавства, в тому числі Законі «Про стандартизацію» [31], в якому в зв'язку набуттям чинності Законом «Про електронні комунікації» [28] з'явилося положення, що безпосередньо стосується цифровізації, а саме: щодо обов'язку Національного органу зі стандартизації приймати національні стандарти у сфері електронних комунікацій та радіочастотного спектра, що є ідентичні стандартам Європейського інституту телекомунікаційних стандартів (ст. 17).

Отже, попри наявність в актах законодавства окремих положень про необхідність врахування в умовах цифровізації міжнародного досвіду при прийнятті національних стандартів, в цілому ця проблема не вирішена на рівні законодавства (щодо ролі та особливостей стандартизації в цих умовах, співвідношення приватних, національних та міжнародних стандартів і пов'язаних з цим завдань стандартизації в Україні).

На теоретичному рівні роль стандартів у сучасних умовах досліджується вітчизняними та зарубіжними науковцями/інституціями з точки зору безпеки бізнес-діяльності та її результатів [17; 18; 19], щодо ролі стандартизації для забезпечення добросовісної конкуренції на цифровізованих ринках (зокрема, В. Lundqvist [11]), а також міжнародними інституціями, в тому числі Єврокомісією, яка в одному зі своїх документів (*Standards and the digitalisation of EU industry Economic implications and policy developments* [16]) визначила роль стандартів в умовах цифровізації, а саме:

- здатність стандартів сприяти поточній цифровізації промисловості, сприяючи сумісності між продуктами та процесами, забезпечуючи передання інформації між економічними агентами та/або машинами, гарантуючи при цьому необхідний рівень якості та безпеки;

- важливість ролі стандартів у високотехнічних галузях, включаючи ті, що сприяють розширенню цифрової трансформації європейської промисловості (Індустрія 4.0); відповідно, стандарти можуть відігравати важливу роль як прискорювачі змін заохочення впровадження цифрових інновацій, а також при керуванні розробкою нових технологій;

- розробка стандартів і сумісності на основі стандартів – центральне завдання, що сприяє поширенню промислової цифровізації;

- з огляду на транснаціональне використання цифрових технологій встановлення та просування спільних стандартів є одними з найважливіших дій урядів, які можуть пришвидшити впровадження промислового Інтернету речей; однак ці зусилля мають не відставати від швидких змін в технологіях у всьому світі.
- унікальність європейської системи стандартизації полягає у використанні гармонізованих європейських стандартів, розроблених Європейським комітетом стандартизації (CEN), які після прийняття стають частиною законодавства ЄС;
- цінність стандартів (крім координації) проявляється: у разі наявності мережевих ефектів (коли ефективність ринку збільшується зі збільшенням кількості користувачів), і, відповідно, посилюється позитивна роль стандартів на конкуренцію через кодифікацію ринкових переваг та підвищення взаємозамінності, що покращує оптимальний розподіл ресурсів і призводить до більшої ефективності в економіці; забезпечує рівність доступу виробників до ринкової інформації; сприяє зниженню бар'єрів входу на певний ринок, що особливо важливо для дрібних виробників спеціалізованих продуктів, в тому числі в умовах наявності мережевого ефекту; надають можливість збільшити розмір ринку, тим самим сприяючи більшій кількості споживачів та їхнім можливостям щодо вибору товару за його характеристиками та ціною;
- своєчасне та гармонізоване прийняття стандартів відіграє ключову роль у контексті цифровізації промисловості, як засіб сприяння сумісності та інновацій, і забезпечення успішного впровадження нових рішень у глобальному масштабі;
- ризики використання новітніх технологій також стимулюють стандартизацію з метою попередження таких ризиків та/або зменшення їх негативних наслідків;
- разом з тим, негативною тенденцією є збільшення практики приватної стандартизації в межах груп підприємців (*суб'єкти цифрового бізнесу, їх групи дедалі більше встановлюють стандарти без погодження чи консультування з традиційними інституціями, що опікуються стандартизацією, внаслідок чого відбувається фрагментація зусиль і підвищення складності*), що також може створити ризики для користувачів, обмежити сумісність з іншими аналогічними стандартами і, відповідно, негативно позначитися на етиці використання цифрових технологій та на дотримання прав людини;
- в умовах глобалізації цифрової економіки посилюється значення загальних стандартів для транснаціональних ринків;
- з огляду на транснаціональний характер цифровізації та її складність (в тому з точки зору складу учасників, ефектів тощо) стандарти в цій сфері повинні ставати все більш інтегрованими і здатними охоплювати більш широкий спектр конвергенції технологій, інфраструктури та галузей;
- стандартизація у сфері цифровізації має враховувати задоволення потреб споживачів, інтересів виробників та суспільства в цілому, що вимагає врахування

соціального, екологічного, етичного та соціально-політичного аспектів і, відповідно, вирішуватися спільно, за участі основних учасників відносин зі стандартизації;

- в процесі стандартизації важливу роль мають відігравати основні права людини, забезпечуючи повну повагу до прав на приватне життя та захист персональних даних, а також враховувати інші фундаментальні права, у тому числі свобода ведення бізнесу та право власності;

- стандарти у сфері цифровізації промисловості ЄС повинні враховувати відповідні рівні безпеки, водночас не порушувати економічний потенціал нових доступних рішень;

- стандартизація цифрової сфери – ключ до створення єдиного ефективно функціонуючого цифрового ринку ЄС, що передбачає підтримку (в тому числі фінансову) створення ефективних стандартів шляхом надання сприяння європейським організаціям зі стандартизації та посилення їхньої співпраці з Єврокомісією.

Висновки Єврокомісії щодо ролі стандартів для цифрової економіки вірні і для України, про що свідчать і положення вищезгаданих концепцій. На необхідності врахування приватними стандартами суспільних інтересів наголошують і дослідники в ракурсі дотримання при цьому видові стандартизації екологічних вимог. Проблема регулювання в планетарному масштабі (для вирішення глобальних проблем на зразок збереження екології Землі), що включає і встановлення технічних вимог (зокрема щодо використання екологічнобезпечних технологій у виробництві), порушується в праці Rakhyun E. Kim, Louis J. Kotzé [3].

Попри важливість проблеми стандартизації в умовах цифровізації та глобалізації економічної та інших сфер суспільного буття, а також наявність окремих положень у низці актів законодавства щодо необхідності прийняття комплексу заходів Україні досі відсутній єдиний програмний документ щодо завдання стандартизації у цифровій сфері на найближчі роки. У Законі України «Про стандартизацію» [26] навіть не згадуються про виявлені Єврокомісією ще в 2016 р. проблеми, що виникли в умовах цифрової економіки та транснаціональності її ринків, включно з популярністю приватних стандартів, їх прийняттям без погодження або консультування з відповідальними за стандартизацію інституціями, а також без урахування публічних інтересів – економіки країни, транснаціональних ринків з великою кількістю учасників та необхідністю встановлення прийнятних для всіх «правил гри», враховуючи й технічні вимоги до цифрових технологій, процесів їх розробки та застосування. Відсутність в Україні закону/кодексу, що закріплює загальні засади цифровізації, у тому числі стосовно стандартизації, призвела до розпорошеності норм про технічне регулювання у сфері цифрової економіки в різних актах законодавства (включно з вищезгаданими) і відсутність чіткої державної політики щодо вирішення проблем стандартизації в цифрову епоху з притаманними для неї рисами. Відтак, проблеми стандартизації у зв'язку з цифровізацією економіки України та шляхи їх вирішення мають бути віддзер-

калені в Законі «Про стандартизацію», як і в ст. 15 «Технічне регулювання у сфері господарювання» Господарського кодексу України [32] в процесі його модернізації з урахуванням сучасного стану відносин у сфері економіки.

2.2. Особливості регулювання відносин щодо майнингу та використання крипто валют.

Майнинг та використання криптовалют – це та сфера, що досі залишається не-регульованою в більшості країн світу. Як уже згадувалося, ставлення до регулювання цих відносин різне: від суто негативного в одних країнах, поміркованого – в частині країн і ліберального – в інших (до останніх належить і Україна, як про це свідчить прийнятий, але ветований Президентом України, акт законодавства щодо віртуальних активів [10]). З огляду на важливість відносин зі створення та використання криптовалют економіко-правовий аспект цих відносин широко досліджується і висвітлюється як українськими [24; 25; 26], так і зарубіжними науковцями [8; 9; 21; 22; 23], у тому числі щодо правових проблем в цій сфері.

Крім того, досліджується вплив крипто валют (особливо майнингу) на довкілля (використання великих обсягів електроенергії, що в сучасний період виробляється з невідновлювальних джерел і, відповідно, посилює так званий вуглецевий слід, відповідальний за зміну клімату Землі) [13]).

Наявність значних прогалин у регулюванні крипто валютних відносин, що негативно відбивається на відповідних ринках, у тому числі з точки зору дотримання традиційних стандартів дотримання прав клієнтів у відносинах з фінансовими посередниками і, відповідно, необхідності створення нормативної бази, яка має покращити захист інвесторів на цих ринках та відповідають суспільним інтересам.

Зазначені відносин неоднозначні, оскільки використання криптовалют має як переваги, так і значні ризики, на що звертають увагу дослідники цих відносин та заінтересовані інституції [8; 9; 21; 22; 23; 24; 26]. Відповідно до простої характеристики криптовалюта – це цифрові гроші, які працюють окремо від банку і можуть використовуватися, як готівка по всьому світу, але має специфічні переваги та недоліки (ризики), зумовлені її віртуальністю. До переваг криптовалют належать: *швидкість транзакцій та невелика комісія за їх обробку; широкі варіанти оплати*, що важливо для бізнесу і, відповідно, має потенціал для залучення ширшої клієнтської бази; *доступність і ліквідність; незалежність від центральної влади* (остання риса нерідко розглядається як вельми ризикована для суспільства, але приваблива для цифрового бізнесу).

Разом з тим, криптовалютам притаманні недоліки, а саме: *волатильність цін* (різка зміна вартості крипто валют протягом невеликого періоду часу, що може бути спричинено низкою факторів); *анонімність* (хоча деталі користувачів криптовалюти та транзакції часто зберігаються в загальнодоступних джерелах, проте

імена та місця шифруються, що може становити проблему під час дотримання правил ідентифікації клієнтів або захисту від шахрайства); *кібербезпека* (оскільки *cryptocurrencies* існує в цифровому вигляді, а свідоцтво про право власності часто обмежуються закритими ключами, які використовуються для перевірки справжності операцій, що в підсумку робить криптовалюти основною мішенню для хакерів, якщо не застосовуються адекватні заходи захисту цієї нової форми валюти). Криптовалюта може бути *вразливою до шахрайства*, проте через відсутність в більшості країн відповідного регулювання та контролю з боку уповноважених органів останні мають незначні можливості щодо застосування до осіб, які зловживають криптовалютами можливостями, заходів впливу (так званий правовий ризик). *Технологічний ризик* полягає: у можливості заволодіння сторонніми особами інформацією про ID гаманця і пароль, у тому числі в можливості передачі цієї інформації третім особам фірмою-надавачем послуг з розміщення гаманця; у можливості пошкодження програмного обладнання або самого комп'ютера власника гаманця; у можливості банальної втрати і не відновлення ID гаманця та/або паролю його власником. За цих умов важливу роль можуть відіграти рекомендації уповноважених органів (щодо оптимальної поведінки (насамперед з точки зору безпеки) на криптовалютному ринку.

Деякі риси криптовалют можуть оцінюватися і як переваги, і як недоліки. Це стосується зокрема таких рис, як анонімність та незалежність від центральної влади вигідні: перша вигідна для користувачів, що бажають приховати відомості про себе від інших учасників відносин, в тому числі уповноважених органів (з міркувань оподаткування, відповідальності за джерела походження коштів), а незалежність від влади – як для подібних користувачів, так і суб'єктів цифрового бізнесу, що на сумнівних засадах займаються майнингом крипто валют та обслуговуванням процесів її обігу, зберігання. Крім того, ці риси пов'язані із складністю контролювання правоохоронними органами випадків використання крипто валюти для незаконних операцій/дій (купівлі-продажу об'єктів, вилучених з цивільного обороту, в тому числі зброї, наркотичних засобів, небезпечних речовин тощо; одержання неправомірної вигоди посадовою особою в одиницях криптовалюти; одержання злочинцями викупу в одиницях криптовалюти, рівно як і здійснення шахрайства, предметом злочину в яких є одиниці крипто валюти).

Хоча криптовалютам притаманна низка ознак традиційних валют (використовуються в усьому світі; зберігають вартість; мають певні обмінні курси; обмежені в пропозиції), їх використання має свою специфіку:

більшість криптовалют децентралізовані та працюють без адміністраторів, а замість цього покладаються на технологію шифрування та перевірку для здійснення переказів, що означає відсутність центрального органу, який керує створенням і використанням криптовалют;

більшість криптовалют реалізують мережу, яка дозволяє користувачам здійснювати транзакції, використовуючи спільну систему приватних ключів і публіч-

них реєстрів для аутентифікації нових транзакцій і створення зашифрованого журналу минулих транзакцій;

для використання криптовалюти, споживачі та підприємства повинні спочатку придбати обліковий запис криптовалютного гаманця, що виконує функцію банку, але створений спеціально для осіб, які хочуть придбати або прийняти крипто валюту (придбання гаманця дозволяє купувати криптовалюти на відкритих біржах і використовувати їх для різноманітних транзакцій, а згодом – конвертувати її в готівку:

Європейська комісія прагне підтримати загальноєвропейський підхід до регулювання криптовалютних відносин з метою стимулювання інвестування і забезпечення захисту споживачів і інвесторів. Підготовлений Комісією пакет пропозицій, включено з проектом Регламенту щодо криптовалютного ринку (*Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA)* [27]), спрямований на оновлення правил фінансового ринку з урахуванням криптоактивів і створення правової основи для фінансових наглядових органів в ЄС, що включає використання блокчейнів у торгівлі цінними паперами і трейдингу. Запропоновані Єврокомісією Правила регулювання ринків криптоактивів підтримують інновації, захищаючи споживачів і цілісності криптографічних валютних бірж. Запропонований Регламент (2019/1937) поширюється на організації, що випускають криптоактиви, фірми, що надають послуги, пов'язані з криптоактивами, фірми, що управляють цифровими гаманцями, і біржі криптовалют. Зазначений проект Регламенту передбачає визнання фінансовою діяльністю щодо криптовалют (як це визначено в Директиві 2002/65/ЄС Європейського Парламенту та Ради) з установленням відповідних вимог для суб'єктів такої діяльності (щодо організаційно-правової форми – лише юридичні особи, включені до відповідного реєстру, що мають: необхідні дозволи; відповідну майнову базу; виконують організаційні вимоги, придатні для боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму; механізми захисту прав споживачів/клієнтів; виконують обов'язки перед уповноваженими органами тощо).

Прийнятий 08 вересня 2021 р. Верховною Радою України Закон «Про віртуальні активи» [10], на який було накладено вето президента (проте після усунення причин накладення вето має серйозні шанси на стати частиною законодавства України), в основному відповідає ключовим положенням вищезгаданого проекту регламенту ЄС, закріплюючи:

низку понять, у тому числі: *віртуальних активів* (нематеріальне благо, що є об'єктом цивільних прав, має вартість та виражене сукупністю даних в електронній формі. існування та оборотоздатність віртуального активу забезпечується системою забезпечення обороту віртуальних активів. віртуальний актив може посвідчувати майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав); *постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів* (виключно суб'єкти господарювання – юридичні особи, які провадять в інтересах третіх осіб один або

декілька з таких видів діяльності: зберігання або адміністрування віртуальних активів чи ключів віртуальних активів; обмін віртуальних активів; переказ віртуальних активів; надання посередницьких послуг, пов'язаних з віртуальними активами, та інші), *обороту віртуальних активів* (усі правовідносини, які стосуються віртуальних активів, які виникають між учасниками ринку віртуальних активів, а також між ними та державою); *ринку віртуальних активів* (сукупність учасників ринку віртуальних активів та правовідносин між ними щодо обороту віртуальних активів);

закріплює: *права, обов'язки та відповідальність* учасників ринку віртуальних активів; *вимоги до постачальника послуг* віртуальних активів (наявність статусу юридичної особи – зазвичай фінансової установи, що має сформований статутний капітал не нижче встановленого законом розміру, включена до Державного реєстру постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів; *наявність* відповідних дозволів та бездоганної ділової репутації у керівника, головного бухгалтера, власників істотної участі та кінцеві бенефіціарних власників; наявність встановленої законом та можливості підтвердження законності отримання коштів, що були направлені на формування статутного капіталу юридичної особи; відповідність іншим вимогам, встановленим законом, в тому числі законодавством щодо запобігання використанню коштів, отриманих злочинним шляхом, включно з терористичною діяльністю); *загальні принципи державного регулювання* обороту віртуальних активів (доцільність, адекватність, ефективність, збалансованість, передбачуваність, прозорість та врахування громадської думки) та органи такого регулювання (Кабінет Міністрів України; центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері обороту віртуальних активів, НБУ, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку, інші уповноважені органи, визначені законом).

Досить ефективним варіантом регулювання відносин щодо крипто валют та контролю за їх використанням може стати участь в державному регулюванні саморегульованих організацій крипто валютного ринку із закріплення на рівні закону їх правового статусу та участі в співрегулюванні. Крім того, важливу роль можуть відігравати і акти рекомендаційного характеру для учасників крипто валютного ринку (особливо – пересічних споживачів як найбільш вразливої їх категорії), ухвалені уповноваженими органами за участі зазначених саморегульованих організацій, що має сприяти захисту інтересів таких осіб у складних для них відносинах.

Наступна група способів зменшення ризиків операцій із криптовалютою може застосовуватися самими учасниками ринку криптовалюти, що отримала назву саморегулювання і полягає у встановленні суб'єктами ринку крипто валют та їх саморегульованими організаціями Правил етики на криптовалютному ринку, що мають забезпечити соціальне спрямування використання криптовалют (унікнення зловживань криптовалютами можливостями, використання екологічно безпечних технологій для майнингу криптовалют та ін.).

До бажаних стратегічних загальнодержавних заходів стосовно крипто валюти можна віднести: включення в акти законодавства, що регулюють використання крипто валют (зокрема Закон «Про віртуальні активи») обов'язок відповідальної поведінки суб'єктів крипто валютного ринку щодо дотримання екологічнобезпечних та використання енергоощадних технологій під час майнінгу криптовалют, а також заборона зловживати крипто валютними можливостями. Важливим також є закріпленні на рівні закону заходів стимулювання для учасників ринку крипто валют, що добровільно взяли на себе соціальну відповідальність за добросовісну поведінку на ринку криптовалют, включно з дотриманням вищезгаданих умов та уникненням зловживань крипто валютними можливостями.

ВИСНОВКИ:

1. Відносини цифровізації неоднозначні, оскільки використання цифрових технологій має не лише переваги (можливість діяти ефективно, швидко, дистанційно, в транснаціональному масштабі), але пов'язано із значними ризиками (загроза виходу з-під контролю людини штучного інтелекту та роботів; значна енерговитратність, що збільшує так званий вуглецевий слід і, відповідно, посилює забруднення довкілля; кіберзлочинність).

2. Відтак, відносини цифровізації потребують регулювання з метою забезпечення соціального спрямування цього процесу, що включає стимулювання суспільно корисне використання цифрових технологій та зменшення ризиків/загроз, пов'язаних з цифровізацією.

3. Ставлення до регулювання відносин цифровізації змінилося: від суто негативного на початкових її етапах [1] до необхідності встановлення прийнятних для суспільства та його більшості правил [33], що забезпечують правовий порядок в інтересах суспільства та з урахуванням типових приватних інтересів його членів.

4. У регулюванні відносин цифровізації важлива роль належить технічному регулюванню, в тому числі стандартизації, з метою забезпечення ефективності, прозорості та добросовісності конкуренції на ринках цифрової економіки.

5. Важливою складовою регулювання в умовах цифровізації є криптовалютне регулювання, потреба в якому зумовлена зростанням популярності криптовалют, які, однак, як і більшість інших надбань цифровізації, мають не лише переваги, а й ризики.

6. Наявному правовому забезпеченню відносин цифровізації як на міжнародному (ЄС, зокрема), а більшою мірою – національному (Україна) рівнях притаманна низка недоліків, серед яких – відсутність комплексного регулювання у вигляді системи, на чолі з кодифікованим актом (Цифровим кодексом), положенням якого щодо цифровізації мають відповідати спеціальні акти, що регулюють окремі види відносин щодо використання цифрових технологій (Господарський кодекс, Закони «Про стандартизацію», «Про віртуальні активи» та ін.). Крім того, положення щодо цифровізації (її соціального спрямування, цифрових прав та обов'язків громадян мають бути закріплені в Основному Законі країни).

РЕКОМЕНДАЦІЇ

1. Включення до Конституції України положень щодо забезпечення державою соціального спрямування цифровізації та щодо основних цифрових прав та цифрових обов'язків громадян.

2. Кодифікація відносин цифровізації у формі прийняття Цифрового кодексу, якому повинні відповідати положення в кодексах та законах, що мають визначити особливості цифровізації певних сферах (економіки – ГК, стандартизації – Закон «Про стандартизацію», криптовалютного ринку – Закон «Про віртуальні активи» тощо).

3. Прийняття за участі саморегулювальних організацій цифрового бізнесу Правил етики у сфері цифрової економіки, що мають стимулювати соціальну відповідальність цифрового бізнесу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] A Declaration of the Independence of Cyberspace. URL: <https://lab314.brsu.by/kmp-lite/kmp2/Net/Declaration/declaration.htm> (дата звернення: 06.06.2021).
- [2] Adonis A. A. International Law on Cyber Security in the Age of Digital Sovereignty. *E-International Relations*. 2020. Mar. 14. P. 1–5. URL: <https://www.e-ir.info/2020/03/14/international-law-on-cyber-security-in-the-age-of-digital-sovereignty/> (дата звернення: 11.02.2021).
- [3] Kim R. E., Kotzé L. J. Planetary boundaries at the intersection of Earth system law, science and governance: A state-of-the-art review. *Review of European Community and International Environmental Law*. 2021. Vol. 30. Iss. 1. P. 3–15. URL: <https://doi.org/10.1111/reel.12383>.
- [4] Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки : схвал. розпорядженням Каб. Міністру України від 17.01.2018 № 67-р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text> (дата звернення: 03.01.2022).
- [5] Концепція розвитку штучного інтелекту в Україні: схвал. розпорядженням Каб. Міністрів України від 02.12.2020 № 1556-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text> (дата звернення: 03.01.2022).
- [6] Vinnyk O. M., Shapovalova O. V., Patsuriia N. B., Honcharenko O. M., Yefremova K. V. The problem of ensuring the social direction of the legislation of Ukraine on the digital economy. *Asia Life Sciences*. 2020. Iss. 1. P. 133–151.
- [7] Vinnyk O. M., Zadykhaylo D. V., Honcharenko O. M., Shapovalova O. V., Patsuriia N. B. Economic and Legal Policy of the State in the Field of Digital Economy. *International Journal of Criminology and Sociology*. 2021. Vol. 10. P. 383–392.
- [8] Thackeray J. 5 Inherent Risks of Cryptocurrency – FEI. URL: daily.financialexecutives.org/FEI-Daily/July-2018/5-Inherent-Risks-of-Cryptocurrency.aspx (дата звернення: 26.12.2021).
- [9] Nica O., Piotrowska K., Schenk-Hoppé K. R. Cryptocurrencies: Economic benefits and risks. University of Manchester, Fin Tech working paper no (2 October 26, 2017). URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059856 (дата звернення: 08.01.2022)

- [10] Про віртуальні активи : проект Закону України від 09.06.2020 № 3637. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JI02365A.html (дата звернення: 03.01.2022).
- [11] Lundqvist B. Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law. *The Antitrust Bulletin*. 2017. Vol. 62(4). P. 710–725. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X17733359>. (дата звернення: 04.01.2022).
- [12] Маркевич К. Вуглецевий слід цифровізації. *Разумков центр*. 2021. 26 лип. URL: <https://razumkov.org.ua/statti/vugletsevyi-slid-tsyfrovizatsii> (дата звернення: 13.08.2021).
- [13] Bitcoin Mining Alone Could Raise Global Temperatures Above Critical Limit by 2033. URL: <https://www.vice.com/en/article/neganb/bitcoin-mining-could-raise-global-temperatures-by-2-c> (дата звернення: 15.11.2021).
- [14] Guliyeva A., Korneeva E., Strielkowski W. An Introduction: Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations in the 21st Century. *Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations: Problems and Prospects of Development: Proceedings of the 1st International Scientific Conference (Larder, 2020)*. URL: <file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80/Downloads/125954173.pdf> / (дата звернення: 06.04.2021).
- [15] Вінник О. М. Право цифрової економіки : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака. 2021. 350 с.
- [16] Standards and the digitalization of EU industry Economic implications and policy developments. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635608/EPRS_BRI\(2019\)635608_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635608/EPRS_BRI(2019)635608_EN.pdf) (дата звернення: 04.01.2022).
- [17] Popovych T. G., Bezukh O. V., Trofanchuk H. I., Pozhodzhuk T. B. Economic law and standardization: A basis for avoiding risks in business. *International Journal of Criminology and Sociology*. 2021. Vol. 10. P. 440–449.
- [18] Barnett J. M. *Antitrust Overreach: Undoing Cooperative Standardization in the Digital Economy*, 25 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 163 (2019). URL: <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol25/iss2/2> (дата звернення: 03.02.2022)
- [19] Adatto L. Digital standards: key role in shaping the it sector and the interest of coordination within agile dynamics. *Journal of Innovation Economics & Management*. 2018. Vol. 3(27). P. 69–96. DOI: <https://doi.org/10.3917/jie.027.0069//>
- [20] Shen Ya., & Faure M. Private standards for the public interest? Evidence from environmental standardization in China. *Review of European comparative and international environmental law*. 2021. Vol. Iss. 3. P. 396–408.
- [21] Massad T. G. It's Time to Strengthen the Regulation of Crypto-Assets. *Economic Studies at Brookings*. 2019. P. 69. URL: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/03/Economis-Studies-Timothy-Massad-Cryptocurrency-Paper.pdf> (дата звернення: 11.01.2022).
- [22] Kyriazis N. A. Herding behaviour in digital currency markets: An integrated survey and empirical estimation. *Heliyon*. 2020. Vol. 6. Iss. 8. URL: [http://www.cell.com/heliyon/pdf/S2405-8440\(20\)31595-4.pdf](http://www.cell.com/heliyon/pdf/S2405-8440(20)31595-4.pdf). DOI: <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2020.e04752>.
- [23] Lee J. Law and regulation for a crypto-market: perpetuation or innovation? URL: <https://ssrn.com/abstract=3648701>. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648701>.

- [24] Деревянко Б. В. Ризики здійснення операцій з криптовалютою (біткойнами) громадян і суб'єктів господарювання України. *Форум права*. 2017. № 3. С. 33–39. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_3_8.pdf.
- [25] Drozd O., Basai O., Churpita H. The Specificities of Using Cryptocurrency in Purchase and Sale Contracts. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2018. Vol. 4. No. 2. P. 274–281. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-2-274-281>.
- [26] Inshyn M., Mohilevsky L., Drozd O. The Issue of Cryptocurrency Legal Regulation in Ukraine and all Over the World: a Comparative Analysis. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2018. Vol. 4. No. 1. P. 169–174. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-1-169-174/>.
- [27] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (дата звернення: 04.01.2022).
- [28] Про електронні комунікації: Закон України від 16.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1089-20?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text> (дата звернення: 20.01.2022).
- [29] Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України від 15.07.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text> (дата звернення: 04.01.2022).
- [30] Про Концепцію Національної програми інформатизації: Закон України від 04.02.1998. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/75/98-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text> (дата звернення: 04.01.2022).
- [31] Про стандартизацію: Закон України від 05.06.2014. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1315-18?find=1&text=%D1%82%D0%B5%D1%85%D0%BD%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3#Text> (дата звернення: 07.01.2022).
- [32] Господарський кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 20.10.2021).
- [33] Regulatory effectiveness in the era of digitalisation – OECD. 2019, June. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Regulatory-effectiveness-in-the-era-of-digitalisation.pdf> (дата звернення: 23.01.2022).

REFERENCES

- [1] A Declaration of the Independence of Cyberspace. Retrieved from <https://lab314.brsu.by/kmp-lite/kmp2/Net/Declaration/declaration.htm>.
- [2] Adonis, A. A. (2020). International Law on Cyber Security in the Age of Digital Sovereignty. *E-International Relations*, 14, 1–5. Retrieved from <https://www.e-ir.info/2020/03/14/international-law-on-cyber-security-in-the-age-of-digital-sovereignty/>.
- [3] Kim, R. E., & Kotzé, L. J. (2021). Planetary boundaries at the intersection of Earth system law, science and governance: a state-of-the-artreview. *Review of European Community and International Environmental Law*, 30, 1, 3–15. DOI: <https://doi.org/10.1111/reel.12383>.
- [4] The concept of development of the digital economy and society of Ukraine for 2018–2020: Approved by the order of the Cabinet of Ministers of Ukraine (2018, January). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>.

- [5] The concept of development of artificial intelligence in Ukraine: Approved by the order of the Cabinet of Ministers of Ukraine (2020, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80?Find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text>.
- [6] Vinnyk, O. M., Shapovalova, O. V., Patsuriia, N. B., Honcharenko, O. M., & Yefremova, K. V. (2020). The problem of ensuring the social direction of the legislation of Ukraine on the digital economy. *Asia Life Sciences*, 1, 133–151.
- [7] Vinnyk, O. M., Zadykhaylo, D. V., Honcharenko, O. M., Shapovalova, O. V., & Patsuriia, N. B. (2021). Economic and Legal Policy of the State in the Field of Digital Economy. *International Journal of Criminology and Sociology*, 10, 383–392.
- [8] Thackeray J. 5 Inherent Risks of Cryptocurrency – FEI. Retrieved from daily.financialexecutives.org/FEI-Daily/July-2018/5-Inherent-Risks-of-Cryptocurrency.aspx.
- [9] Nica, O., Piotrowska, K., & Schenk-Hoppé, K. R. (2017). Cryptocurrencies: Economic benefits and risks. University of Manchester, FinTech working, 2. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059856
- [10] On Virtual Assets: Draft Law of Ukraine (2020, June). Retrieved from http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JI02365A.html.
- [11] Lundqvist, B. (2017). Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law. *The Antitrust Bulletin*, 62(4), 710–725. Retrieved from <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X17733359>.
- [12] Markevich, K. (2021). Carbon digitization trace. *Razumkov center*. (2021, July). Retrieved from <https://razumkov.org.ua/statti/vugletsevyi-slid-tsyfrovizatsii>.
- [13] Bitcoin Mining Alone Could Raise Global Temperatures Above Critical Limit by 2033. Retrieved from <https://www.vice.com/en/article/neganb/bitcoin-mining-could-raise-global-temperatures-by-2-c>.
- [14] Guliyeva, A., Korneeva, E., & Strielkowski, W. (2020). An Introduction: Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations in the 21st Century. *Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations: Problems and Prospects of Development: Proceedings of the 1st International Scientific Conference (2020, Larder)*. Retrieved from file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80/Downloads/125954173.pdf/.
- [15] Vinnyk, O. M. (2021). The Law of Digital Economy: a monograph. Kiev: Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Law Sciences of Ukraine.
- [16] Standards and the digitalization of EU industry Economic implications and policy developments. (2019). Retrieved from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635608/EPRS_BRI\(2019\)635608_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635608/EPRS_BRI(2019)635608_EN.pdf)
- [17] Popovych, T. G., Bezukh, O. V., Trofanchuk, H. I., & Pozhodzhuk, T. B. (2021). Economic law and standardization: A basis for avoiding risks in business. *International Journal of Criminology and Sociology*, 10, 440–449.
- [18] Barnett, J. M. *Antitrust Overreach: Undoing Cooperative Standardization in the Digital Economy*. 25 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev., 163. Retrieved from <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol25/iss2/2>

- [19] Adatto, L. (2018). Digital standards: key role in shaping the it sector and the interest of coordination within agile dynamics. *Journal of Innovation Economics & Management*, 3(27), 69–96. DOI: <https://doi.org/10.3917/jie.027.0069/>
- [20] Shen, Ya., Faure, M. (2021). Private standards for the public interest? Evidence from environmental standardization in China. *Review of European comparative and international environmental law*, 30(3), 396–408.
- [21] Massad, T. G. (2019). It's Time to Strengthen the Regulation of Crypto-Assets. *Economic Studies at Brookings*, 69. Retrieved from <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/03/Economis-Studies-Timothy-Massad-Cryptocurrency-Paper.pdf>.
- [22] Kyriazis, N. A. (2020). Herding behaviour in digital currency markets: an integrated survey and empirical estimation. *Heliyon*, 6(8). Retrieved from [http://www.cell.com/heliyon/pdf/S2405-8440\(20\)31595-4.pdf](http://www.cell.com/heliyon/pdf/S2405-8440(20)31595-4.pdf). DOI: <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2020.e04752>.
- [23] Lee, J. (2020). Law and regulation for a crypto-market: perpetuation or innovation? Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=3648701> ; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648701>.
- [24] Derevyanko, B. V. (2017). Risks of cryptocurrency transactions (bitcoins) of citizens and business entities of Ukraine. *Law Forum*, 3, 33–39. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_3_8.pdf.
- [25] Drozd, O., Basai, O., & Churpita, H. (2018). The Specificities of Using Cryptocurrency in Purchase and Sale Contracts. *Baltic Journal of Economic Studies*, 4(2), 274–281. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-2-274-281>.
- [26] Inshyn, M., Mohilevsky, L., & Drozd, O. (2018). The Issue of Cryptocurrency Legal Regulation in Ukraine and all Over the World: a Comparative Analysis. *Baltic Journal of Economic Studies*, 4(1), 169–174. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-1-169-174/>.
- [27] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>.
- [28] On electronic communications: Law of Ukraine (2020, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1089-20?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text>.
- [29] On stimulating the development of the digital economy in Ukraine: Law of Ukraine (2021, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text>.
- [30] On the Concept of the National Informatization Program: Law of Ukraine (1998, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/75/98-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%82#Text>.
- [31] On standardization: Law of Ukraine (2014, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1315-18?find=1&text=%D1%82%D0%B5%D1%85%D0%BD%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3#Text>.
- [32] Economic Code of Ukraine (2003, January). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
- [33] Regulatory effectiveness in the era of digitalisation – OECD (2019, June). Retrieved from <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Regulatory-effectiveness-in-the-era-of-digitalisation.pdf>.

Оксана Мар'янівна Вінник

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, м. Харків, Україна

Головний науковий співробітник відділу міжнародного

приватного права та правових проблем євроінтеграції

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

01601, вул. Раєвського, 23а, м. Київ, Україна

Тетяна Григорівна Попович

Кандидат юридичних наук, старший дослідник

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,

01601, вул. Раєвського, 23а, м. Київ, Україна

Богдан Володимирович Деревянко

Доктор юридичних наук, професор

Головний науковий співробітник відділу міжнародного

приватного права та правових проблем євроінтеграції

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

01601, вул. Раєвського, 23а, м. Київ, Україна

Oksana M. Vinnyk

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Chief researcher of Department of International Private

Law and Legal Problems of European Integration

Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private

Law and Entrepreneurship of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

01601, Raevsky Str., 23 a, Kyiv, Ukraine

Tetiana G. Popovych

Candidate of Law, Senior Researcher

Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private

Law and Entrepreneurship of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
01601, Raevsky Str., 23 a, Kyiv, Ukraine

Bogdan V. Derevyanko

Doctor of Law, Professor

Chief researcher of Department of International Private

Law and Legal Problems of European Integration

Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private

Law and Entrepreneurship of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

01601, Raevsky Str., 23 a, Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Вінник О. М., Попович Т. Г., Дерев'янко Б. В. Регулювання відносин цифрової економіки: окремі аспекти. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Том 29. №3. С. 181–204.

Suggested Citation: Vinnyk, O. M., Popovych, T. G., & Derevyanko, B. V. (2022). Regulation of digital economy relations: certain aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 181–204.

Стаття надійшла / Submitted: 14.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 15.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

Сергій Миколайович Прилипко

Національна академія правових наук України,
Харків, Україна

Ілля Вадимович Колосов

приватний експерт з питань права
Нікополь, Україна

Вікторія Вікторівна Веннікова

Кафедра міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства
Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого
Харків, Україна

ПРОФСПІЛКИ У ПІВНІЧНІЙ АМЕРИЦІ ТА АВСТРАЛІЇ: КЛЮЧОВІ ОСОБЛИВОСТІ, ВПЛИВ ТА РОЛЬ У ПІДТРИМАННІ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ

Анотація. У пропонованій статті обговорено проблеми ефективності соціального діалогу між урядами, організаціями роботодавців та працівників, а також промислові відносини – засоби сприяння соціальній справедливості, економічному зростанню, підвищенню заробітної плати та поліпшенню умов праці та стабілізації бізнесу. Мета роботи полягає у дослідженні правових підвалів діяльності закордонних профспілок (у Північній Америці та Австралії), виокремленні їх особливостей, порівнянні їх між собою, а також надання рекомендацій щодо поліпшення правового регулювання профспілкової діяльності з позицій підтримки соціального діалогу та вдосконалення вітчизняного законодавства у вищезгаданій сфері. Методологія дослідження базується на загальних наукових методах, таких як аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія та емпіричних методах – спостереження, порівняння та статистики. Зокрема, зроблено висновок, що переваги системи профспілок високорозвинених держав полягають у впливовості і свободі профспілок, які мають величезний вплив у підтриманні соціального діалогу від тресторонніх колективних переговорів до діалогу з урядовцями. І навпаки, невелика частка продуктивних сил, залучених до профспілок та несприйняття рекомендаційних процедури або інших форм консультування працівників, є недоліками їх правової системи. Відтак актуальність дослідження та його важливість для подальшого розвитку права, полягає у необхідності подолання вищезгаданих недоліків, шляхом узагальнення наукових доктрин та систематизації знань, отриманих з різних країн світу, зокрема, з метою вдосконалення вітчизняного законодавства. Водночас, вивчення зарубіжного досвіду у сфері соціального діалогу, медичного права, податкової політики, соціального забезпечення визначено як завдання наступних авторських досліджень і розвідок.

Ключові слова: професійні спілки, соціальний діалог, організації роботодавців, колективні переговори, колективні угоди, стратегії соціальної стабільності.

Sergii M. Prylipko

*National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine*

Illia V. Kolosov

*Private Expert in Law
Nikopol, Ukraine*

Viktorii V. Viennikova

*Department of Private International and Comparative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
Kharkiv, Ukraine*

TRADE UNIONS IN NORTH AMERICA AND AUSTRALIA: MAINLY FEATURES, IMPACT AND ROLE IN SOCIAL DIALOGUE'S MAINTAINING

Abstract. *In paper proposed effective social dialogue between governments, employers' and workers' organizations, profound industrial relations, are means to promote social justice, inclusive economic growth, improved wages and working conditions and sustainable enterprises are discussed. Purposes of survey are considered at research of the foreign trade unions' legal framework (particularly, in North America and Australia), make from their features, compare it between one another, as well as giving recommendations to improve this ones from the positions of social dialogue's maintaining and Native' legal improve in aforesaid area. Research methodology is based on general scientific methods such as analysis, synthesis, induction, deduction, analogy and empirical methods – observation, comparison and statistical ones. Particularly concluded that advantages of high-developed states' unions system (USA, Canada, Australia) consists in powerful and free trade-unions, which notwithstanding have enormous impact on social dialogue maintaining from tripartite collective bargaining to dialogue with government's officials. Conversely, small proportion of productive forces involved in trade unions and non-acceptation of workshop recommendations or other forms of employee consulate are disadvantages of their legal framework. Henceforth, relevance of research and its importance for the further law development considered in aforesaid disadvantages overcome by summarizing essential scientific doctrine and systematization knowledge obtained from variety of world countries' labour legislation with aim of Native legal improve. Simultaneously, it provided implication that foreign experience in field of social dialogue, medical law, tax policy, social welfare may be tasks of following investigations.*

Keywords: *trade unions, social dialogue, employer organizations, collective bargaining, collective agreements, social stability strategies.*

INTRODUCTION

Effective social dialogue between governments, employers' and workers' organizations, and sound industrial relations, are means to promote social justice, inclusive economic

growth, improved wages and working conditions and sustainable enterprises. As instruments of good governance at all levels from the local to the global, they foster an enabling environment for the realization of decent work for all [1]. Trade unions have enormous challenges ahead of them. It is hard to be a unionist today. Violations of trade union rights are widespread. Technological and economic changes affect the nature and type of jobs and with that the potential of organizing and representing workers both in the North and in the Global South. This is set against important changes in the economy and labour market. The paper also suggests four daring but equally realistic future scenarios for trade unions: marginalization, dualization, replacement and revitalization. The future will tell which of these scenarios will become reality [2].

Trade unions are increasingly playing an important role in preventing violence and harassment and providing support to victims, particularly in sectors where women face greater risks of violence and harassment. At the global level, global union federations have led several ground-breaking global campaigns, as well as initiatives to raise awareness and organize women workers [3].

The efficiency of production, labor productivity and efficiency of workers as development factors of domestic economy largely depend on the organization of labor protection in the sectors and in every considered enterprise. The ensuring safe and healthy working conditions in the production environment directly affects the health of workers and their ability to work, and it in its turn, affects the final results of the enterprise. However, in recent times, the labor protection is increasingly out of attention of employers [4, p. 524].

Effective social dialogue has the potential to resolve important economic and social issues, deal with crises, encourage good governance and boost economic and social progress. The extent and quality of social dialogue have a direct impact on social peace and stability, as well as on the overall governance of the labour market and the economy as a whole. There is no «one size fits all» model of social dialogue that can be readily exported from one context to another; there is a rich diversity of experiences and practices of social dialogue throughout the world. Adapting social dialogue to the particular context is key to ensuring full ownership by the parties involved and sustainability of the process. While social dialogue practices may differ from country to country, freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining are key preconditions for effective social dialogue in any national context [5].

In respect to these circumstances new economic conditions, globalization and unionization's impact provoke social instability in countries developed, which leads to need of new strategies to its overcome in respect to state's safety and people's welfare [6, p. 79].

Henceforth, relevance of research and its importance for the further law development consist in aforesaid disadvantages overcome by summarizing essential scientific doctrine

and systematization knowledge obtained from variety of world countries' labour legislation with aim of Native legal improve.

The relationship between trade unions' activity and social dialogue's maintaining has been explored by many researches. Particularly, these ones have been extensively studied in recent years. In Ukraine for such problems has devoted the papers of such scholars as: Yaroshenko O., Gernakov V., Yakovlev O., Lozovoi S., Yakovleva G., Sereda O., Kiselev I., Matsko A., Prilipko S., Sliusar A., Chanisheva G., Bolotina N., etc.

Additionally, in recent years, researches have become increasingly interested in field of employment contracts, become furthermore social value. Many contemporary studies focus on features of individual and collective labour contracts bargaining and signing [7, p. 132].

Notwithstanding, the comparison between *status praesens* of aforesaid problem in North America's States and Australia in connecting with Ukraine legal reforming and social dialogue's maintaining have already undone.

Thus, the purposes of the study are consist in research of the foreign trade unions' legal framework (in North America and Australia), make from their features, compare it between one another, as well as giving recommendations to improve this ones from the positions of social dialogue's maintaining and Native legal improve in aforesaid area.

MATERIALS AND METHODS

Presented survey has done with assistance of formal and compares methods as special and ontology, deduction, analysis ad synthesis as common [8, p. 347], which led to obtain a new data and background for discussion and further investigations from contemporary scientific viewpoint. Thus, research methodology is based on general scientific methods such as analysis, synthesis, induction, deduction, analogy and empirical methods – observation, comparison and statistical ones.

Additionally, in article proposed is used a structure qualitative and differential analysis research methodology based on the «formational sociological approach in which the overall research context is emphasized». Aforesaid approach provides implication and meaning of a complex number of issues related to trade unions' activities. A qualitative research used secondary interview data and content analysis of publications during 1993–2021 to examine the extent to which State's policy has reduced number of violations of trade union rights and enhanced the social dialogue's impact. Secondary interview data was studied using content analysis of scientific publications that studied governments' activities and conducted research on the causes of violations, the political and industrial culture of officials and employers behavior, the relationship between legal authorities, courts, trade unions, employers and their organizations. Search for publications was carried out in databases of ILO, UFCW, editions, indexed by Scopus, WCMS, ITUC. The search was carried out by keywords: 1) trade unions; 2)

social dialogue; 3) employer organizations; 4) collective bargaining; 5) collective agreements; 6) social stability strategies. In total, an analysis of more than 500 scientific publications for the period 1993–2021 was conducted, from which 24 researches were selected, which are related to the objects of study of the legal regulation of trade unions, their features, impact and role in social dialogue's maintaining in North America and Australia. Statistics data for the period of 1993–2021 on the number of people unionized in aforesaid states were used to emphasize the effectiveness of scale of trade unions activities and justify their social role.

The methodological basis of the survey, undoubtedly, is a dialectical method, the introduction of which provides an opportunity to study the object and subject of research in their gnoseological unity [9, p. 8], as well as the nature of the trade unions' activities and their impact, as cause and effect. Due to the historical method, the periods and peculiarities of the formation of the institute of employees' representation notified separately: in high-developed states, post-communist and «third world» ones. Using the structural and functional method in combination with the methods of classification and grouping, the violations of trade union rights, technological and economic changes and, consequently, the nature and type of jobs and with that potential of organizing and representing workers both in the North and in the Global South was carried out. Based on the formal-logical and formal-legal methods, it was developed author's viewpoint about the foreign trade unions' legal framework (in North America and Australia), their features as well as giving recommendations to improve this ones from the positions of social dialogue's maintaining and Native legal improve in aforesaid area.

RESULTS AND DISCUSSION

L&E Global alliance constituted, that unions in *North America* appeared almost two hundred years ago as a «mutual aid society.» They remain so until now. Any of the union members makes their own small contribution to the protection of the team. Almost everyone considers union premiums «insurance premiums for work» but this is only the «tip of the iceberg.» Union contributions are used not only to prevent reductions, but also to finance negotiations on improving the wage and safety criterion, paying for professional consultations if necessary, drawing in the largest number of employees and increasing the number of trade unions, studying volunteers and functionaries of safety committees, as well as working to improve the importance of social security for employees and their families. Unions assume the largest and more authoritative organizations employees in the **United States**. The bulk of trade unions are organized under the auspices of 2 of parent organizations: the «AFL–CIO» and the CWF. The USA Chamber of Commerce is considered as largest employers' organization in the U. S. In certain sectors of the economy with the highest level of trade union membership (for example, in health care), employers have every chance to do and make multilateral organizations for collective bargaining with elected union adherents. At the end of 2019, 14,6 million employees, or 10.3% of the workforce,

were in the ranks of trade unions. Employees of the public section are involved in the union much more often (33,6%) than employees of the personal (6,2%). Branches of the economy's division with the highest level of trade union consulates – utilities (23.4%), vehicles and warehousing (16,1%), telecommunications (14,1%) and construction (13,6%). Between professors of groups in 2019, the highest importance of trade union membership was noticed in these sectors of the economy, such as education, and library business (33.1%) security business (33.8% each). Ignoring the fact that a relatively small proportion of American productive forces are involved in trade unions, they own important lobbying potential. Employees have the right to company, set up labour organizations, introduce them or support them, bargain collectively through adherents of their own choice and a role in other concerted of collective bargaining or other support or defense. Apart from this, the right of the employee to evade any or all of the above types of work is guaranteed. Subsequently, certification as an exclusive adept of employees in the negotiation system, the employer must intend public negotiations to resolve a corporate contract with the union as an agent of his imaginary employees. North American law does not accept workshop recommendations or other forms of employee consulate [10].

Yaroshenko O. et al. provided implication that «today, Ukraine has a very weak legal framework for regulating social insurance and social assistance to its citizens. Also on the territory of the country, there is a mass centralisation of budget funds, which has a significant impact on the distribution of finances in the regions. Maximum optimisation and amendments to improve the tax collection system remain important issues, which will speed up the process of creating favourable economic conditions in the country. If the state has a favourable economic situation, there will be an opportunity to create and develop such a stratum of society as the «middle class» [11, p. 2865].

Consequently, small proportion of American productive forces are involved in trade unions and non-acceptation of workshop recommendations or other forms of employee consulate are disadvantages of USA legal framework; it have to taking in account during labour law reforming and this experience is useful for Ukraine on way of decentralization of social security system, i.e. effective trade unions are «mutual aid society.»

UFCW provided implication, that approximately 30% of **Canadian** workforce is involved in union work, covering nurses, teachers, correspondents and professional athletes, and more adherents than classical professions, such as retailers, workers, miners, electricians, builders and others. In total, within 4 million Canadian workers are unionized. Unions in Canada are governed by federal or local law. By law, they must be autonomous and accountable. All of these ones must own charters, which must be registered with municipal labour councils. There are more than a hundred different unions in Canada, but UFCW Canada is considered the main union of employees of the personal section. Almost all historians associate with trade unions the rise of the middle class of Canada and the complete prosperity of the state. Helping the largest number of employees receive decent wages with gigantic employment guarantees, trade unions

are significantly responsible for stabilizing the economy and stimulating its growth. Thanks to the unions, more employees have every chance to allow themselves a mortgage, the best food, status clothing, auto lending and other consumer products. Increasing demand for designated products creates the largest number of working spaces and contributes to an even greater financial recovery in the sectors of the economy. Employees with good wages and job security have every chance to allow themselves to pay taxes in order to support the rise of public goods, such as education, infrastructure, drinking water, law enforcement, energy production and health care. Canada ranks among the five more developed economies in the world and contains a relatively elevated degree of trade union consulate. The benefits used by trade union members (dental offerings, prescription medicines, optical offerings, physical therapy, etc.) mean huge social and labor benefits and the least load on the health system. And union pensions mean that employees and their families have every chance to easily expire on retirement and continue to make a contribution to the formation of the economy. Trade unions have every chance to cooperate with governments and employers, but where the interests of their members are on the map, trade unions arise on their side. In no union does this happen as acutely as in UFCW Canada. For example, to defend the legitimate rights of its own UFCW Canada members, a number of one appealed to the Supreme Tribunal of Canada. In UFCW Canada, union dues are paid to a district union for which a union member is assigned. A huge share of contributions remains in the district trade union to finance these types of work, such as service, consulate, organization, court losses, education, for example, and what is similar. Some share is sent to the state union to fund work and programs that support the weight of UFCW Canada worldwide. According to the UFCW Canada charter, a strike does not have the opportunity to happen until union members support a secret ballot to authorize the union to announce a strike. Lockout occurs if union members remove from work, in case they do not agree with the option of a corporate collective contract proposed by the employer. But in fact, in Canada there are not enough strikes and lockouts. More than 95% of all negotiations are concluded by an agreement without stopping work. The bulk of work stoppages were only short-term [12].

Canada's example seems as sample for USA on way of social dialogue's maintaining and for Ukraine by reasons given by Yakovleva G. et al. about need of overcome «the insufficient level of regulation of the health insurance institute in Ukrainian legislation» [13, p. 1829] and «to determine patterns of the creation of taxation given the centuries-long history of state-building of the peoples of Eastern Europe» [14, p. 301] as Sereda O. emphasizes.

NAPS resource attested that **Mexico's** financial model depended on cheap labor, and this was supported by trade unions. Low wages have been central to Mexico's financial strategy for a quarter of a century, starting with NAFTA, increasing its attractiveness as a cheap base for exporting to a large consumer market in the north of the state. Almost all foreign firms that used the superiority of the cheap Mexican labor

force were South American, in fact, which turned the wage gap into a thing of disagreement between states. In the course of many years, claims for low salaries and critical circumstances of labor remained without a reaction from the Mexican government. But de jure they had trade unions workers literally did not have the right to vote in the negotiations, and also did not have the opportunity to settle for themselves which union would represent them. Workers were disappointed as soon as system seems as politically engaged and corrupt. In fact, within 90% of all collective agreements were concluded without agreement with company's employees. From 2019, the president of AMLO was under enormous pressure, for instance, the governments of USA and Canada with a claim to change the system. As a result, he put his signature in the law, which accurately promised workers the right to settle themselves who would represent their interests. He also increased the lowest wage from \$4,60 a day to \$5,40 a day. Apart from this, a number of other changes have been introduced, in particular:

- The need for assistance as a minimum of 30 per cent of employees to legalize the union;
- Substitution of district procedural bodies – labour recommendations – by labour courts;
- Inclusion in treaties of anti-discrimination criteria and defense against unlawful dismissal.

Tightening of employees' defense and increasing significance of unions' publicity are considered promising indicators of this, in fact, that the circumstances for Mexican workers will begin to improve.

There are 2 largest noble trade unions in the country considered:

- CTM – the biggest and strongest of Mexico's trade unions, based in 1936 as a citadel of PRI.
- The Revolutionary Confederation of Workers and Farmers of Mexico (CROC) – was based in the early 1950s, when Mexico's economy experienced once from the first booms of foreign investment. Now it gives the interests of millions of workers – from experts to artisans and manufacturers [15].

Disadvantages of Mexican model are evidently highlighted by low wages, political engagement, corruption and discrimination of trade unions which may overcome by USA and/or Canada example using. For Ukraine, particularly, aforesaid relevant on way of «regulating certain legal relations as a guarantee of a business entity against the claims of the controlling authorities» as provide Sliusar A. et al. [16, p. 719].

WCMS reported, that objectives and advice of the ILO's White Paper for the **Dominican Republic** are to intensify efforts to reach consensus in the Labour Advisory Council to take action on the labour law objectives raised in the ILO study, in part requests for 2/3 votes to form a confederation and configuration requests for the need for an unconditional majority of employees to force corporate negotiations. It is noted that it is necessary for the Meeting of the Advisory Council on Labor to suggest proposals for reform «requests that in fact 40% of the joint number of employees must

join the association of the municipal section so that it is registered, because, ignoring the fact that this application was actually reduced from 60% in 2003, the ILO has the opportunity to consider the figure 40% high. From August to December 2010, has not achieved any progress in drafting legislation in part of unions. For the merit of progress in fulfilling the assignments of the White Book, the country is following in its footsteps to take into consideration the appropriate proposals:

- Conduct tripartite events to raise awareness of the need to update the Labour Code, covering CEACR Councils in relation to ILO's Conventions 87 and 98.
- Strengthen cooperation with international organizations, such as ILO, to assist in the development of certain legislative services that have every chance of being submitted to the CCP.
- Increase the degree of technical study of CCP participants on the legislation and world labour standards [17].

Henceforth, in Dominican Republic there are problems of keep international standards in field of social dialogue maintaining.

Industri All Global Union showed that 38 **Haitian** trade unions signed a joint communiqué calling for compliance with 1987 Constitution's order in Haiti. CGTP, the trade union center to which the branch of the Industrial Union GOSTTRA belongs, is located between the signatories of the document. According to trade unions, the number of armed gangs instigated by the Government is increasing. The gangs performed hostility on people upholds improvement of the criterion of life, but as following they reached arson, abduction of enemies, dangers to union favorites, including rape. Union functionaries face periodic repression: the string of layoffs, accidental arrests and the dangers of execution are focused on the few sections where employees managed to organize, for example, in enlightenment, municipal services and exporting. President Moïse, from the other hand, said that he actually considers the active constitution very liberal. Haitian union's centers emphasize that those who dare to declare «no» will be in danger, especially trade union functionaries. Mass trade unions provided a combined statement, directing Governments to withdraw assistance to Moïse [18].

Thus, in Haiti unions scarified on government violence, from public pressure to personal damages, which need to system reforming with international standards and positive experience (Canada, for instance) taking in account. Additionally, for Haiti may be useful Ukrainian experience of property civil law liability [19; 735] caused by trade unions' rights violation.

Mortimer et al. argued that in **Honduras**, a large number of trade unions have been operating for many years. In 1993, about 15–20% of all workers were represented by either another union, and within 40% of urban workers were adepts of the union. In 1993, there were 3 main confederate workers in Honduras: the CTH, consisted of up to 160, 000 workers; The Common Middle of Workers (CGT), which had 120, 000 participants; and the CUTH, contemporary confederation formed in May 1992 with a population of 30, 000. The 3 confederations involve countless federations, individual

unions and village organizations. CTH, the country's largest confederation, founded in 1964 by the country's largest farming organization, the State Association of Honduran Farmers (ANACH), and FESITRANH, with 45, 000 participants; the CFFTU of Honduras, with 22, 000 adepts and the Federation of State Maritime Trade Unions of Honduras, with 2, 200 members. Apart from this, ANACH, stating that it actually grows from 60, 000 to 80, 000 participants, associated with FESITRANH – the strongest labor federation in the country, the bulk of its unions were concentrated in San Pedro Sul and the free zone of Puerto Cortes. The unions of the United States-owned banana firms and the United States-owned refinery were still affiliated with aforesaid one. They also uphold by foreign workers' organizations, covering ORIT, AIFLD and the German Friedrich Ebert Foundation, and were a subsidiary of the ICFTU. But CGT was not acknowledged until 1982, it was arise on 1970 by CDP and uphold by the WCL and the CLAT. However, in 1980s – 1990s, the CGT instruction established close ties with the State Party of Honduras (PNH), and a number of favorites worked in the government. Another state village organization, the UNC, with 40, 000 participants, was associated with the CGT for long and was considered the main power in the confederation. CUTH was proclaimed in May 1992 by the 2nd main federations: the FUTH and the FITH, as well as several other small working groups criticizing the neoliberal program of financial reforms of the Callejas government. The Marxist FUTG, which numbered 16, 000 members in the early 1990s, was first organized in 1980 by 3 unions under the influence of the Communists, but only gained acknowledgement in 1988. It had relations with the Global Federation of Trade Unions (WWF), the Routine Assembly of Trade Union Integrity of Workers of Latin America (CPUSTAL) and the CUSCA. Its members included unions of water workers, institutes, power grids, breweries and teachers, as well as a number of village organizations, covering the State Central Union of Farm Employees (CNTC), developed in 1985 and actively participated in the seizure of territories in the early 1980s. FUTH still contacted near left-wing ethnic organizations in a group familiar as the Coordinating Committee of Ethnic Organizations (CCOP), constituted in 1984. The opposite chamber of FUTH formed FITH, which received legal status in 1988. In the early 1990s, this one consisted of 14 unions, which consisted of 13, 000 members [20].

Thus, system proposed characterizes by high unionized level of workforce despite legal acknowledgement of someone unions became in force recently. Such situation caused both: USA and Communist impact which effect more widespread social dialogue.

ITUC presented that the **Cuban** authorities confirm only the state trade union middle – the Central Union of Cubans (CTC). The Labour Code, established in 1985, does not take into account virtually any true freedom of association. The government directly prohibits autonomous trade unions, but also declares that there are no requests in the law for employees to join the CTC. The Government told ILO that the Labour Code was being fully revised in real time. The new Code was unlikely to provide true freedom of association, for example, as the Government stated that the laws that existed

were already doing so. According to the Cuban authorities, the will of unification protected by Convention 87 does not translate into the wrong theory of trade union pluralism imposed by the leading centers of capitalist and imperial power. In accordance with the Labor Code, in order to possess legal power, corporate contracts must be discussed and approved at employee meetings, and also be officially announced in writing and signed by the parties, i.e., the employer body and the trade union organization. All configurations or applications must be approved at employee meetings and signed by the parties. The Government maintains control of the Employment and perceives opinions on remuneration and labour criteria in the municipal sector. In the private sector, the Foreign Investments Act 1995 strongly requests that foreign traders hire employees through municipal employment agencies. There is no legislation governing the right to strike. According to the government, there is no need to advertise strikes, because the requests of official trade union organizations will be heard by the authorities every time. All kinds of attempts to make free trade unions are suppressed by the government, in a key way, through the restrictions set out in the Law on Associations. Anyone who is fond of independent trade union work risks persecution and job loss. Employees should watch their own colleagues and talk about any «dissident» work. Independent working functionaries are occasionally arrested, persecuted, threatened with prosecution and forced into exile. Those organizations that are, do not have every chance to effectively represent the interests of workers. Because they are not recognized, they do not have every chance to take part in collective negotiations or hold strikes. Workers do not have every chance to realize their own rights or to take a role in peaceful marches or demonstrations in support of their own claims. Autonomous organizations were made dissidents opposed to the Castro regime, but they defend the rights of trade unions, their key task is to combat the regime and help respect for collective human rights. Their offices are searched, equipment confiscated and the association intercepted. Agents of the state of security made their way into some of these unions [21].

Evidently, those Cuban problems are similarly to Mexican and Haiti's which need own way of overcome, «paying special attention to the obligations of the employee» [22, p. 522].

Clark reported that in **Panama** on November 11, 2014, the SIELAS union suggested to the Ministry of Labor a list of signatures and claims of employees – a means with which employees inform the government and the company about the introduction or development of the union. In the direction of 14 meetings, 103 out of 115 points were agreed and agreed by both parties. During the last meetings, the negotiations came to a standstill: the company wanted to own the probability of predestining who would own the right to join the union, and who would not, arguing that the pacifying bulk of the company's administrative employees are considered, for example, to be called «employees in serious positions» – a category that usually belongs to high management and is usually excluded from the union. The union stated that, in fact, the company does not contain the right to arbitrarily settle which of its employees has the opportunity

or does not have the opportunity to adopt an opinion on entry into the union. Following this, at the last meeting on January 15, 2015, the company's defender, Eduardo Valles, told the union that he had actually filed a «Defense Lawsuit [Constitutional Rights Defense Guarantee]» with the Supreme Court, arguing that SIELAS's organizational capabilities did not apply to the financial work that the company would implement. This effect, ignoring what was actually considered an extraordinary constitutional measure, was adopted by the Supreme Tribunal. This happened without paying attention to the fact that the Ministry of Labor recognized the list of claims and, therefore, the legitimate status of the union as an adept of DHL Express employees, and not paying attention to the fact that DHL Express had already negotiated with the union for several months, which most recognized the de facto status of SIELAS as a legitimate adept of employees working in the company. More of this, negotiations were built on the first of 2 agreements, not so long ago concluded between SIELAS and DHL Aero express, which allowed the union to carry out administrative and commercial personnel. From this reason, the impact of the firm can only be regarded as a functional effort to prevent the effective unification of employees into a trade union. The Supreme Tribunal of Panama is currently in the process of adopting an opinion on this issue, in fact, it has the opportunity to borrow months or even years. During negotiations on early points, the company's instruction repeatedly pressured union negotiators, demanding that they falsely come to the agreement, until a letter of guarantee arrived. As agreed with DHL Aero express, SIELAS was eager to implement as an administrative, for example, operational staff – with other texts, as couriers, for example, and office employees. The firm was opposite this. Subsequently, the failure of the negotiations, the company sold a number of initiatives that the union put forward in the negotiations, for example, ensured an increase in the receipt to all employees, and also made other efforts to improve on the company's relationship with the staff. But none of the employees complained about the obvious anti-union work, all of them were well acquainted with what actually happened to the employees who tried to join the union last year. At the latest, 3 former DHL Express workers were deprived of their jobs for trying to implement the union in the stage from 2010 to 2014. Non-compliance with the law was corrected soon afterwards, and, but the DHL instruction suggested this to the workers as a one-sided beneficial amendment, the workers knew that the configurations actually happened as a result of Togo, in fact that SIELAS put this issue on the food of the negotiations. Workers still complained about the inaccessibility of a colorless wage structure. People who have worked for the same term have different profits, and the only difference is their relationship with the boss or management. The introduction of a receipt scale and wage increases were included in the agenda of the SIELAS negotiations during the terminated negotiations with the company. Another source of the disorder, discovered during the interview, is believed to be a precedent, in fact, employees are obliged to beg for time off, as if it was their own favor from the boss, including if the employee is due time off, or if it is due to unexpected life

circumstances or illness. This means that as a result, employees experience themselves at the same time offended and obliged managers, who, similarly, still know that their «offers» are strongly asked to return in the future [23].

Consequently, social dialogue in Panama is burned by court's red tape, which affirms need of labour processual norms [9, p. 159–160] creation and adoption as soon as possible.

Fenwick said that in *Australia* recently, union membership has declined rapidly. Ignoring the fact that trade unions in the 1990s, the number is equal in their own ranks to 40,5% of all employed in Australia, by 2000 this figure fell to 24,7%. The Australian Bureau of Statistics believes that, in fact, a similar situation is considered to be somewhat a reflection of the changes in the trends of constant and part-time labor that exist between the productive forces of the country. Other prerequisites for lowering the importance of the professional organization of workers are the fiasco of trade union movement in response to the structural configurations of labor relations, the growing meaning of technology in production and the weakness of trade unions before the task of freeing the workforce, the poor impact of globalization on domestic creation. After that, as a result of the policies of the government, the dissolution and individualization, as well as the nascent practice of using non-union collective and personal labor contracts, has the opportunity to be a serious danger to all trade union movement in Australia, which will actually cause significant public disapproval. The unions and employers' associations activities at general are regulated by the 1996 Labour Relations Act, and, apart from this, are considered an object of interest of the state and Lander governments. Fresh federal laws of relatively trade unions and associations were adopted on October 16, 2002, however, until now, power has not entered. In Australia, trade unions must be registered at both the Commonwealth and state levels. In order to be registered at the federal level, a trade union must be created with the aim of subsequently defending the interests of its members, be free from control or negligent influence of the employer and own 50 members in their own ranks, as a minimum. In addition to this, it must be practically no other trade union, except in which its members have perfect freedom of role. At the same time, ACLR has the opportunity to dispose of a trade union company that does not comply with the specified aspects, if it makes a written promise to evade disputes about the division of responsibility zones with any other registered organization and if its members firmly believe in the need to participate in it. Another claim for the registration of a trade union made by the ACLR is the transmission of information on whether there is among union members, those who deliberately did not comply with ACLR orders to refrain from playing a role in illegal strikes. The treatment for registration is addressed to Presidium of the ACLR. If it is rejected by the Presidium, the complaint may be submitted to the Plenary Chamber of the ACLR. The thing of legal impact of the law involves the difficulties of consulate, accountability and productivity of designated organizations, as well as the involvement of members of the organization in allowing the internal tasks of the company to which they belong. The

model and substance of the legal regulation of unions and employers' associations is largely taken from the Commonwealth Labour Relations Act 1996 and is actively used at the state level. Commonwealth law prohibits the inclusion in employment orders of circumstances of relatively withholding trade union contributions. Without turning on it, the parties have every chance to discuss this condition and to connect in labor agreements, ALAs, contracts, etc., but it and is unusual. As soon as a trade union is registered in the federal system, it has a number of advantages in recognizing the interests of workers in the ACLR as a party to negotiations, strikes and consulates. The Commonwealth Bill of Good Negotiations of 2002 is aimed at establishing «exemplary (model) negotiations» – trade union negotiations aimed at scouting a compromise conclusion with the enterprise. The proposed Bill has the ability to influence personal entrepreneurs as well; if he enters into power, the ACLR will become is empowered to stop negotiations as soon as it becomes established, in fact, that 1 of the parties does not find a respectable solution to the issue with the reverse. Federal legislation regulates 2 leading types of collective bargaining: negotiations to prepare a method of work order and multi-level negotiations at the enterprise to discuss a certified labor agreement [24].

As seen, Australia's disadvantages are similar to United States, which would be analyzed in Conclusions properly.

CONCLUSIONS

1. Advantages of high-developed states' unions system (USA, Canada, Australia) consists in powerful and free trade-unions, which have enormous impact on social dialogue maintaining from tripartite collective bargaining to dialogue with government's officials. Conversely, small proportion of productive forces involved in trade unions and non-acceptation of workshop recommendations or other forms of employee consulate are disadvantages of their legal framework.

2. Canada's example seems as sample for USA and Australia on way of social dialogue's maintaining and for Ukraine.

3. Disadvantages of Mexican, Cuban and Haiti's model are evidently highlighted by low wages, political engagement, corruption and discrimination of trade unions which may overcome by USA and/or Canada example using.

4. Dominican Republic has problems of keep international standards in field of social dialogue maintaining.

5. In Haiti, additionally, unions scarified on government violence, from public pressure to personal damages, which need to system reforming with international standards and positive experience (Canada, for instance) taking in account.

6. Honduras unions' system characterizes by high unionized level of workforce despite legal acknowledgement of someone unions became in force recently. Such situation caused both: USA and Communist impact which effect more widespread social dialogue.

7. Social dialogue in Panama is burned by court's red tape, affirms need of legal improvements of court system in this state.

8. Canada's experience is useful for Ukraine on way of decentralization of social security system, i.e. effective trade unions are «mutual aid society.»

9. Additionally, for Ukraine aforesaid experience relevant by reasons of the medical law system creation and taxes' reforming, decline the affect of administrative pressure on business.

10. Conversely, for Haiti may be useful Ukrainian experience capacity caused by trade unions' rights violation maintaining.

Simultaneously, foreign experience in field of social dialogue, medical law, tax policy, social welfare may be tasks of following investigations.

REFERENCES

- [1] Social dialogue and tripartism. (2021, December). Retrieved from <https://www.ilo.org/global/topics/workers-and-employers-organizations-tripartism-and-social-dialogue/lang-en/index.htm>
- [2] Trade Unions in the Balance. (2019, October). Retrieved from https://www.ilo.org/actrav/pubs/WCMS_722482/lang-en/index.htm
- [3] Bipartite social dialogue and collective bargaining. (2020, July). Retrieved from <https://www.endvawnow.org/fr/articles/1953-bipartite-social-dialogue-and-collective-bargaining.html>
- [4] Yaroshenko, O. (2019) Labor Protection in branches: European experience of normative support of risk-oriented approaches. *Financial and credit activity: problems of theory and practice*, 1 (28), 522–530.
- [5] Social Dialogue and Tripartism Unit (DIALOGUE). (2021, December). Retrieved from <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/governance/dialogue/lang-en/index.htm>
- [6] Kolosov, I. V. (2019, September). Actual problems of social instability's overcome as challenge for the new democracies. Paper presented at Third Kharkiv International Legal Forum, Kharkiv, Ukraine, 79–82.
- [7] Viennikova, V. V. (2021, October). Contemporary employment contract in Spain as example for Ukrainian labour law system improve. Paper presented at 11-th International Scientific Conference «Main Directions of Ukrainian citizens' rights on work and social welfare protection in circumstances of European Integrity», Kharkiv, Ukraine, 132–134.
- [8] Getman, A., Karasiuk, V. & Hetman, Y. (2020) Ontologies as a set to describe legal information. *CEUR Workshop Proceedings*, 2604, 347–357.
- [9] Kolosov, I. V. (2020) *The procedural and processual norms as preventive and resolving mechanism for labour disputes settlement* (Philosophy Doctoral thesis, Yaroslav Mydru National Law University, Kharkiv, Ukraine).
- [10] Trade Unions and Employers Associations in USA. (2020, December). Retrieved from <https://knowledge.leglobal.org/employers-associations-and-trade-unions-in-usa>
- [11] Gnatenko, K., Yaroshenko, O., Inshyn, M., Vapnyarchuk, N., & Sereda, O. (2020) Targeted and Effective Use of State and Non-State Social Funds. *International Journal of Criminology and Sociology*, 9, 2861–2869.
- [12] Facts about unions. (2021, December). Retrieved from http://www.ufcw.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=29&Itemid=49&lang=en

- [13] Yaroshenko, O., Vapnyarchuk, N., Lozovoi, S., Yakovleva, G., & Yakovlev, O. (2018). General-Compulsory Medical Insurance: World Experience. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 9 (5), Fall 2018, 1829–1838.
- [14] Sereda, O. (2018) The emergence and development of taxation in the legal tradition of the peoples of Eastern Europe. *Baltic journal of economic studies*, 4 (4), 301–305.
- [15] Maquiladora System and Labor Unions in Mexico. (2020, March). Retrieved from <https://napsintl.com/mexico-manufacturing-news/maquiladora-system-and-labor-unions-in-mexico>
- [16] Yaroshenko, O., Sliusar, A., Sereda, O., & Zakrynytska, V. (2019). Legal relation: the issues of delineation (on the basis of the civil law of Ukraine). *Asia Life Sciences: The Asian International Journal of Life Sciences*, 21, 719–734.
- [17] Dominican Republic. (2021, December). Retrieved from http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_180279.pdf
- [18] Haiti: unions demand return to democracy. (2021, March). Retrieved from <https://www.industriall-union.org/haiti-unions-demand-return-democracy>
- [19] Yaroshenko, O., Moskalenko, O., Velychko, L., & Kovrygin, V. (2019). Property civil law liability and material liability of employees for damage caused to an employer: on the basis of civil law of Ukraine. *Asia Life Sciences: The Asian International Journal of Life Sciences*, 21, 735–748.
- [20] Mortimer, Louis R. et al. Honduras. Labor Unions (1993, December). Retrieved from <http://www.country-data.com/cgi-bin/query/r-5675.html>
- [21] 2007 Annual Survey of violations of trade union rights – Cuba. (2007, June). Retrieved from <https://www.refworld.org/docid/4c52ca365.html>
- [22] Yaroshenko, O., Moskalenko, O., Sliusar, A., & Vapnyarchuk, N. (2018). Commercial Secret as an Object of Labour Relations: Foreign and International Experience. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Research Article*, 21(1), 522–530.
- [23] Clark, Victor Figueroa. A Report on DHL’s Labour Practices in Panama, Colombia and Chile. (2021, December). Retrieved from https://www.itfglobal.org/sites/default/files/resources-files/breaking_the_code_english.pdf
- [24] Fenwick, Colin. National Labour Law Profile: Australia. (2021, December). Retrieved from https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158892/lang--en/index.htm

Sergii M. Prylipko

Doctor of Law, Professor

Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Illia V. Kolosov

PhD in Law

Private Expert in Law

53213, 52 Elektrometalurhiv Ave., Nikopol, Ukraine

Viktoriia V. Viennikova

PhD in Law

Assistant of the Department of Private International and Comparative Law

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Прилипко С. М., Колосов І. В., Веннікова В. В. Профспілки у Північній Америці та Австралії: ключові особливості, вплив та роль у підтриманні соціального діалогу. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 205–221.

Suggested Citation: Prylipko, S. M., Kolosov, I. V., & Viennikova, V. V. (2022). Trade unions in North America and Australia: mainly features, impact and role in social dialogue's maintaining. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 205–221.

Стаття надійшла / Submitted: 04.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 03.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Анотація. З розвитком ринкової економіки в Україні все частіше відповідальність у трудовому праві змішується з іншими видами відповідальності за порушення трудового законодавства. Проблема криється у нерозумінні чи викривленні соціального призначення відповідальності у трудовому праві. Разом із тим, сполучення проблем реалізації трудової відповідальності з іншими практичними проблемами її застосування до окремих категорій працівників спричиняє практичну проблему – порушення прав працівників у частині застосування до них юридичної відповідальності не за її призначенням. Такий стан справ вимагає від науки трудового права вирішення окресленого питання, зокрема й шляхом визначення та характеристики ролі трудової відповідальності у трудових відносинах. Мета роботи виокремити відповідальність, що реалізується в межах трудових правовідносин, з-поміж інших видів юридичної відповідальності, яка настає за порушення трудового законодавства. Методологічною основою роботи стало застосування сукупності загальнонаукових та спеціальних методів і прийомів наукового пізнання, використання яких дозволило сформулювати цілісне та комплексне уявлення про галузеву своєрідність відповідальності у трудовому праві та виокремити її з-поміж інших видів юридичної відповідальності. До таких методів віднесено, передусім, логіко-семантичний, дедуктивний, методи абстрагування й узагальнення, діалектичний, дедуктивний та індуктивний, структурно-функціональний та формально-логічний, які дали змогу опрацювати доктринальні джерела, а також сприяли формуванню змісту наукової авторської позиції згідно з поставленим авторським завданням. Зроблено висновок, що розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства доводять функції таких видів відповідальності та критерії розмежування. Відповідальність у трудовому праві повною мірою відображає соціальну функцію трудового права, і тому соціальна функція є основною, а такі функції, як виховна (попереджувальна) та компенсаційна, розкривають специфіку дисциплінарної та матеріальної відповідальності. У трудовому праві відсутня штрафна (каральна) функція як така, що є несумісною з соціальною функцією трудового права. Відповідальність у трудовому праві реалізується в межах єдиного складного тривалого трудового правовідношення, на противагу цьому відповідальність за порушення трудового законодавства реалізується в межах охоронних правовідносин, характеристикою яких є державно-примусові засоби впливу на порушників законодавства. Критеріями розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства є такі: державний примус; суб'єкти уповноважені притягувати до відповідальності;

підстави застосування відповідальності; коло суб'єктів відповідальності; процедури застосування відповідальності; санкції; правові наслідки.

Ключові слова: трудове право, трудове законодавство, відповідальність, працівник, роботодавець, критерії розмежування, соціальна функція.

Victoria I. Sheverdina

Department for the Coordination of Legal Studies
National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Kharkiv, Ukraine

ON THE ISSUE OF DISTINGUISHING RESPONSIBILITY IN LABOR LAW AND RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS OF LABOR LAW

Abstract. *With the development of the market economy in Ukraine, liability in labor law is increasingly mixed with other types of liability for violations of labor legislation. The problem lies in the misunderstanding or distortion of the social assignment of responsibility in labor law. At the same time, combining the problems of the implementation of labor law responsibility with other practical problems of its application to certain categories of employees causes a practical problem – the violation of the rights of employees in terms of the application of legal responsibility to them not according to its purpose. Such a state of affairs requires the science of labor law to solve the outlined issue, in particular by defining and characterizing the role of labor law liability in labor relations. The purpose of the work is to separate the responsibility realized within the framework of labor relations from among other types of legal responsibility arising from the violation of labor legislation. The methodological basis of the work was the application of a set of general scientific and special methods and techniques of scientific knowledge, the use of which made it possible to form a holistic and comprehensive idea of the sectoral specificity of responsibility in labor law and to distinguish it from other types of legal responsibility. Such methods include, first of all, logical-semantic, deductive, methods of abstraction and generalization, dialectical, deductive and inductive, structural-functional and formal-logical, which made it possible to work out doctrinal sources, and also contributed to the formation of the content of the scientific author's position in accordance with the set author's task. It was concluded that the separation of responsibility in labor law and responsibility for violation of labor legislation is proved by the functions of such types of responsibility and the criteria of separation. Responsibility in labor law fully reflects the social function of labor law, and therefore the social function is the main one, and such functions as educational (preventive) and compensatory reveal the specifics of disciplinary and material responsibility. Labor law does not have a punitive (punitive) function as such, which is incompatible with the social function of labor law. Responsibility in labor law is implemented within the framework of a single complex long-term employment relationship, in contrast, responsibility for violation of labor legislation is implemented within the framework of protective legal relations, which are characterized by state coercive means of influencing law violators. The criteria for distinguishing responsibility in labor law and responsibility for violation of labor legislation are as follows: state coercion; entities au-*

thorized to prosecute; grounds for application of responsibility; circle of subjects of responsibility; liability application procedures; sanctions; legal consequences.

Keywords: *labor law, labor legislation, responsibility, employee, employer, criteria for separation, social function.*

ВСТУП

Відповідальність є однією з центральних категорій у праві, однак до тепер вона трактується науковцями по-різному. Не додає визначеності у цю категорію і галузевий поділ юридичної відповідальності, що призводить до втрати сутнісного розуміння останньої та вад у реалізації функцій цієї відповідальності. Не є винятком у цьому плані і галузь трудового права, де відповідальність, на нашу думку, є необхідним правовим явищем, спрямованим на підтримання правопорядку у трудовій сфері. Так, з розвитком ринкової економіки в Україні все частіше відповідальність у трудовому праві змішується з іншими видами відповідальності за порушення трудового законодавства. Проблема, на наш погляд, криється у нерозумінні чи викривленні соціального призначення відповідальності у трудовому праві. Разом із тим, сполучення проблем реалізації трудової відповідальності з іншими практичними проблемами її застосування до окремих категорій працівників спричиняє практичну проблему – порушення прав працівників у частині застосування до них юридичної відповідальності не за її призначенням. Такий стан справ вимагає від науки трудового права вирішення окресленого питання, зокрема й шляхом визначення та характеристики ролі трудової відповідальності у трудових відносинах.

Для повноти дослідження необхідно зазначити, що проблемі відповідальності у трудовому праві з часів незалежності присвячено низку дисертаційних робіт, зокрема докторських. На етапі становлення української державності цю проблему висвітлює В. С. Венедіктов у праці «Проблеми відповідальності у трудовому праві» (1994 р.) [1], Н. М. Хуторян розглянула цей інститут трудового права в умовах розвитку ринкової економіки з метою розробки концепції розвитку трудових відносин щодо матеріальної відповідальності в ринкових умовах («Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин», 2002 р.) [2]. Д. Є. Кутманов порушує проблеми дисциплінарної та матеріальної відповідальності у роботі «Методи забезпечення трудової дисципліни в сучасних умовах господарювання» (2015 р.) [3]. Є. Ю. Подорожній присвятив свою роботу «Особливості юридичної відповідальності у трудовому праві України» вирішенню актуальних питань відповідальності як відповідальності галузевої з усіма її властивостями та особливостями [4]. П. С. Луцук розглянув у своїй роботі «Концептуальні засади юридичної відповідальності в сучасних умовах розвитку трудового законодавства» [5]. Також свого часу цю проблему розробляли І. М. Ваганова, Н. М. Вапнярчук, С. В. Венедіктов, В. О. Голобородько, М. О. Дей, В. С. Дергачов, С. Д. Дериволков, Н. І. Дуравкіна, І. В. Зуб, К. В. Коваленко, С. С. Ковальов,

С. І. Кожушко, Г. І. Коритцев, О. М. Коротка, В. П. Кохан, О. О. Кравченко, О. В. Кузніченко, І. В. Лазор, Т. М. Лежнёва, О. М. Лук'яничков, К. Є. Машков, І. В. Новосельська, П. В. Петров, Ю. П. Пилипенко, Я. С. Протопопова, А. М. Соцький, Л. І. Суровська, В. В. Форманюк, В. Д. Чернадчук, А. М. Чернобай, І. Ф. Шелеп, В. І. Щербина, В. В. Яковлев, О. М. Ярошенко.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Методологічною основою роботи стало застосування сукупності загальнонаукових та спеціальних методів і прийомів наукового пізнання, використання яких дозволило сформувати цілісне та комплексне уявлення про галузеву своєрідність відповідальності у трудовому праві та виокремити її з-поміж інших видів юридичної відповідальності. До таких методів слід віднести, передусім, логіко-семантичний, дедуктивний, методи абстрагування й узагальнення, діалектичний, дедуктивний та індуктивний, структурно-функціональний та формально-логічний, які дали змогу опрацювати доктринальні джерела, а також сприяли формуванню змісту наукової авторської позиції згідно з поставленим авторським завданням. Так, за допомогою логіко-семантичного, дедуктивного методів та методів абстрагування й узагальнення поглиблено понятійний апарат. Діалектичний метод сприяв розкриттю підстав та умов дисциплінарної відповідальності і видів матеріальної відповідальності. На основі дедуктивного методу визначено особливості, умови та порядок притягнення до матеріальної відповідальності. Індуктивний метод сприяв розкриттю правових та практичних (фактичних) проблеми застосування дисциплінарної відповідальності. Структурно-функціональний метод допоміг з'ясуванню сутності та соціального призначення відповідальності у трудовому праві. Формально-логічний метод використано при визначенні особливостей правових приписів щодо підстав та умов притягнення до дисциплінарної і матеріальної відповідальності як форми закріплення принципу єдності та диференціації правового регулювання праці. Використовувалися й інші традиційні для сучасної юриспруденції методи. Зазначені методи застосовувались у взаємозв'язку та взаємозалежності, що обумовило всебічність, повноту й об'єктивність отриманих наукових результатів. Додатково в процесі дослідження використані теоретичні положення, розроблені в галузях теорії права, трудового права.

Мета роботи виокремити відповідальність, що реалізується в межах трудових праввідносин, з-поміж інших видів юридичної відповідальності, яка настає за порушення трудового законодавства.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

Проблеми розмежування трудоправової відповідальності та відповідальності за порушення трудового законодавства мають практичне значення. На жаль, сьогодні непоодинокі випадки змішування видів відповідальності у відносинах,

а відповідно й невірне розуміння соціального призначення такої відповідальності у трудовому праві. Більше того, положення проекту Трудового кодексу [6] також не дають розуміння відмінностей видів відповідальності, які реалізуються у трудових правовідносинах, що погіршує правове становище працівника, а тож їх слід доопрацювати.

Враховуючи публічно-приватні начала трудового права, відповідальність у трудовому праві «втягує» ці особливості та суттєво позначається на функціях такої відповідальності. Функції відповідальності у трудовому праві виконують службову роль, вказуючи на мету, яку має досягти така відповідальність. Ми вважаємо, що саме функції відповідальності у трудовому праві розкривають відмінності відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства. Розглянемо їх.

Характеризуючи функції юридичної відповідальності, С. С. Алексєєв вказував на їх соціальну природу та правові особливості, зокрема реакцію держави на правопорушення. З цього науковець робить висновок, що головною функцією правової відповідальності є штрафна, каральна... Правова відповідальність включається у механізм правового регулювання через охоронні правовідносини (на стадії їх реалізації), діє переважно через правосвідомість, через «психологічний механізм» опрацювання мотивів правомірної поведінки, звички дотримуватися норм права [7, с. 369]. Поряд зі штрафною, каральною функцією С. С. Алексєєв називає правовідновлювальну функцію правової відповідальності. Ця функція, на його думку, притаманна майновим відносинам, і у першу чергу цивільно-правовим санкціям. Науковець наголошує, що більшість санкцій цивільного права поєднують штрафну та правовідновлювальну (компенсаційну) функцію [7, с. 369–370], що відповідальність завжди знаходить своє вираження у новому обтяженні для особи [7, с. 370].

Отже, серед функцій правової відповідальності теорія права виділяє 1) штрафну, каральну; 2) правовідновлювальну, а у цивільному праві штрафна та правовідновлювальна утворюють компенсаційну. Цінність такого підходу у тому, що виділення функцій правової відповідальності визнає можливість галузевої своєрідності правової відповідальності та формування у галузі своїх, властивих лише цій галузевій відповідальності функцій.

О. Ф. Скакун обґрунтовує такі функції юридичної відповідальності, як правоохоронна, загальнопревентивна, правовідновлююча (компенсаційна), виховна. Відповідно до правовідновлюючої і каральної (штрафної) функцій виділяють правовідновлюючу і каральну (штрафну) відповідальність [8, с. 436]. Отже, теорія права свідчить, що узагальнено правова відповідальність містить каральну функцію як елемент державного примусу.

У той же час стосовно відповідальності у трудовому праві В. В. Жернаков справедливо зазначає, що «оскільки матеріальна і дисциплінарна відповідальність мають багато суттєвих відмінностей одна від одної, то не всі функції відповідаль-

ності можуть бути однаковою мірою притаманними їх обом. Якщо захисту і попереджувальну (виховну) функції вони виконують практично рівною мірою, то матеріальна відповідальність має яскраво визначену компенсаційну функцію, яку фактично не виконує дисциплінарна відповідальність» [9, с. 116–117]. Однак, незважаючи на відмінності матеріальної та дисциплінарної відповідальності у трудовому праві, ці галузеві види мають спільну правову природу та виконують основне соціальне призначення у регулюванні трудових правовідносин. Власне, це спільне і дає підставу розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства.

У контексті визначення своєрідності відповідальності у трудовому праві необхідно звернути на твердження О. І. Процевського, який справедливо акцентує увагу на тому, що «кара і репресія – це заходи державного впливу, примусу, це міри покарання, які здійснюються від імені держави уповноваженими органами. Роботодавець не належить до таких осіб чи органів, а тому права застосовувати примус, кару чи репресію не може. Тому у зміст функцій соціального права, яким є трудове, включити заходи впливу притаманні державній владі, неможливо» [10, с. 583].

Що ж у підсумку дає така своєрідність відповідальності у трудовому праві?

Основне, головне та ключове це те, що не маючи державного примусу як критерію галузеві відповідальності її реалізація залишається у межах існуючих трудових правовідносин, тобто якщо відповідальність базується на засадах державного примусу, то відповідно між порушником та державою, в особі уповноваженого органу виникає самостійне охоронного правовідношення, яке виникає в результаті неправомірної поведінки суб'єкта і така поведінка вимагає реакції від держави та її органів. У випадку з неправомірною поведінкою учасників трудових правовідносин, реакція на порушення трудових обов'язків виходить від учасника цих відносин, який не наділений правом застосовувати державний примус. Відповідно, реалізація відповідальності у трудовому праві здійснюється в межах складного тривалого трудового правовідношення.

На наш погляд, відповідь на питання про те, у яких відносинах реалізується відповідальність, виступає одним з основних критеріїв розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства.

Далі необхідно звернути увагу на соціальну функцію. Ми вважаємо, що трудове право, як право соціальне, більше ніж цивільне, адміністративне, господарське, кримінальне право реалізує соціальну функцію. Реалізуючи через свої норми принцип «соціальної справедливості», трудове право закріплює його дію у всіх інститутах трудового права. Прикладом такої реалізації є існування інституту матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин та інституту дисципліни праці. Правова ідея «соціального» у трудовому праві вказує на те, що вільна людина, реалізуючи своє право на працю шляхом укладання трудового

договору, бере на себе зобов'язання дотримуватися певної дисципліни, законодавець орієнтує сторони трудових відносин на важливість дотримання дисципліни праці, а дисциплінарна відповідальність, у соціальному значенні, є другорядною складовою цього правового інституту. Ми не стверджуємо, що дисциплінарна відповідальність не є важливою, однак її соціальне призначення – спонукати працівника до виконання своїх обов'язків та дотримуватися правил внутрішнього трудового розпорядку підприємства, установи, організації, де він працює.

Якщо традиційно до принципів правової відповідальності відносять принцип «невідворотності юридичної відповідальності» [11, с. 29], то соціальні начала трудового права базуються на правових можливостях застосування до порушника трудової дисципліни (трудових обов'язків) заходи дисциплінарного стягнення, тобто притягнути його до дисциплінарної відповідальності.

Стаття 140 КЗпП України закріплює, що у трудових колективах створюється обстановка нетерпимості до порушень трудової дисципліни, суворої товариської вимогливості до працівників, які несумлінно виконують трудові обов'язки. Щодо окремих несумлінних працівників застосовуються в необхідних випадках заходи дисциплінарного і громадського впливу. Ст. 152 КЗпП України містить припис, згідно з яким власник або уповноважений ним орган має право замість накладання дисциплінарного стягнення передати питання про порушення трудової дисципліни на розгляд трудового колективу або його органу [12].

Як свідчить викладене, трудове право припускає, що порушення трудових обов'язків не обов'язково завершується дисциплінарною відповідальністю. Оцінка поведінки порушника та ступінь тяжкості у порушенні трудових обов'язків відіграють основну роль у вирішенні питання про дисциплінарну відповідальність. Соціальна функція трудового права спрямована на формування та розвиток особистості, де сумлінне, своєчасне і точне виконання розпорядження власника або уповноваженого ним органу, додержання трудової і технологічної дисципліни, вимог нормативних актів про охорону праці, дбайливе ставлення до майна власника, з яким укладено трудовий договір, є якостями працівника.

Така позиція законодавця, на наш погляд, покликана сприяти розвитку людини, що зробити за межами праці майже неможливо. Сьогодні переважна більшість населення України реалізує свої здібності до праці у трудових відносинах, займаючись суспільно корисною працею. Працюючи за трудовим договором, людина формує та розвиває не тільки навички професійної майстерності, а й вчиться співіснуванню в колективі працівників за певними правилами. Правила внутрішнього трудового розпорядку «проникають» у життя людини таким чином, що зрештою визначально впливають на весь процес життєдіяльності людини. Працівник задовольняє не лише свої потреби, а й потреби членів сім'ї, вчиться дотримуватися правил внутрішнього трудового розпорядку. Сам факт, що людина підпорядковує своє життя правилам, формує у неї звичку не порушувати їх. Саме через правила внутрішнього трудового розпорядку значна частина населення

призвичаюється будувати своє життя за правилами. І у даному випадку повага до внутрішнього трудового розпорядку свідчить про ставлення людини до інших правил поведінки та поваги прав оточуючих. Виховні властивості суспільно корисної праці та відповідальності у трудовому праві як реакції на порушення трудових обов'язків вказують на важливість соціального елемента як невід'ємної складової трудового права.

Щодо матеріальної відповідальності, то повністю погоджуємося з тим, що у ній визначальною є компенсаційна функція. Однак домінування цієї функції не зменшує значення соціальної та виховної у матеріальній відповідальності. В контексті цього необхідно погодитися з В. І. Щербиною, який справедливо зауважує, що «враховуючи соціальний характер трудового права, в законодавчих актах слід обмежувати поняття шкоди, що заподіюється працівником, межами прямої дійсної шкоди. Це обумовлено тим, що трудове право виконує разом із відновною (компенсаційною) функцією ще й захисну. Намагання розширити цю категорію до меж, визначених цивільним законодавством, взагалі ставить під сумнів існування у трудовому праві матеріальної відповідальності працівника» [13, с. 86]. Тобто відповідальність у трудовому праві має не лише свої особливості щодо порядку та умов її застосування, відповідальність також виступає правовим інструментом реалізації функцій трудового права.

Важливо, що правила застосування матеріальної відповідальності до працівника вміщено у главі КЗпП України під назвою «Гарантії при покладенні на працівників матеріальної відповідальності за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації». У свою чергу ст. 130 КЗпП України закріплює, що при покладенні матеріальної відповідальності права і законні інтереси працівників гарантуються шляхом встановлення відповідальності тільки за пряму дійсну шкоду, лише в межах і порядку, передбачених законодавством, і за умови, коли така шкода заподіяна підприємству, установі, організації винними протиправними діями (бездіяльністю) працівника. Ця відповідальність, як правило, обмежується певною частиною заробітку працівника і не повинна перевищувати повного розміру заподіяної шкоди, за винятком випадків, передбачених законодавством. Приписами цієї ж статті передбачено, що працівник, який заподіяв шкоду, може добровільно відшкодувати її повністю або частково. За згодою власника або уповноваженого ним органу працівник може передати для покриття заподіяної шкоди рівноцінне майно або поправити пошкоджене [12].

Тобто законодавець виходить з тих позицій, що заробітна плата, як правило, є основним джерелом доходу працівника, і розвиток ринкової економіки не змінює такого становища. Принциповим також є факт, що працівник може «поправити пошкоджене», що на нашу думку, також є проявом соціального. Не є метою матеріальної відповідальності працівника стягування з нього грошових коштів. У цих положеннях розкриваються ті несприятливі наслідки, які слідують за вчиненням трудового майнового правопорушення.

Викладене вище дає підстави стверджувати, що соціальна функція дисциплінарної та матеріальної відповідальності тісно пов'язана з виховною функцією, які й виступають необхідними функціями відповідальності у трудовому праві.

Отже, як проміжний підсумок у дослідженні проблеми розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства зазначимо таке:

1) відповідальність у трудовому праві реалізується у межах єдиного складного тривалого трудового правовідношення;

2) штрафна, каральна функція у дисциплінарній та матеріальній відповідальності відсутня;

3) характерними функціями відповідальності у трудовому праві є: соціальна, виховна (попереджувальна) та компенсаційна.

Далі приймаючи за основу тезу про розділення понять «порушення трудового законодавства» та «трудове правопорушення», будемо виходити з тих позицій, що порушення трудового законодавства можуть мати інший галузевий характер і бути за своєю природою кримінальним злочином або адміністративним проступком [14, с. 739–740]. А це ставить перед нами завдання окреслити критерії розмежування відповідальності у трудовому праві від відповідальності за порушення трудового законодавства.

Як з'ясовано нами вище, державний примус для відповідальності у трудовому праві не застосовується. На противагу цьому, наприклад, на осіб, які представляють роботодавця чи профспілки або інші уповноважені трудовим колективом органи і з вини яких порушено чи не виконано зобов'язання щодо колективного договору, угоди, накладається штраф до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і вони також несуть дисциплінарну відповідальність аж до звільнення з посади [15]. Отже, до порушника трудового законодавства у частині виконання колективного договору чи угоди застосовується адміністративна відповідальність, яка реалізується засобами державного примусу.

Стягування штрафу за порушення законодавства про працю здійснюється державними органами, уповноваженими на такі дії. Згідно зі ст. 259 КЗпП України державний нагляд та контроль за додержанням законодавства про працю юридичними особами незалежно від форми власності, виду діяльності, господарювання, фізичними особами-підприємцями, які використовують найману працю, здійснює центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України [12].

Перший критерій розмежування (державний примус) одразу вказує на суб'єктів, уповноважених притягувати до відповідальності.

Чинним трудовим законодавством визначено, що дисциплінарні стягнення застосовуються органом, якому надано право прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) даного працівника. На працівників, які

несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатися також органами, вищестоящими щодо органів, яким надано право прийняття на роботу. Працівники, які займають виборні посади, можуть бути звільнені тільки за рішенням органу, який їх обрав, і лише з підстав, передбачених законодавством [12]. Отже, суб'єктом, уповноваженим притягнути працівника до дисциплінарної відповідальності, є орган, якому надано право прийому на роботу, або вищестоящий орган у порядку підлеглості.

Щодо матеріальної відповідальності, то законодавством передбачено, що покриття шкоди працівниками в розмірі, що не перевищує середнього місячного заробітку, провадиться за розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, керівниками підприємств, установ, організацій та їх заступниками – за розпорядженням вищестоящого в порядку підлеглості органу шляхом відрахування із заробітної плати працівника... У решті випадків покриття шкоди провадиться шляхом подання власником або уповноваженим ним органом позову до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду [12].

У разі залучення судової гілки влади для вирішення питання про притягнення працівника до матеріальної відповідальності за шкоду, що перевищує середній місячний заробіток працівника, суд виконує роль арбітра. У цьому питанні суду надано право (ст. 137 КЗпП України) зменшити розмір покриття шкоди, заподіяної працівником, залежно від його майнового стану, за винятком випадків, коли шкода заподіяна злочинними діями працівника, вчиненими з корисливою метою. Тобто ще раз бачимо прояв соціальної функції у матеріальній відповідальності, більше того, надаючи суду такі повноваження, законодавець робить акцент на розмірі покриття шкоди, а не на державному примусі як наслідку порушення трудових обов'язків. Ми вважаємо, що домінантна роль суду полягає у захисті «права працівника на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею» [16].

Щодо відповідальності за порушення трудового законодавства, то нагляд і контроль за його дотриманням здійснюється на сьогодні Державною службою України з питань праці [17], яку створено на базі колишньої Державної інспекції України з питань праці та Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки. При цьому Державна служба України з питань праці згідно п. 51 Положення Про Державну службу України з питань праці складає у випадках, передбачених законом, протоколи про адміністративні правопорушення, розглядає справи про такі правопорушення і накладає адміністративні стягнення [17]. Наприклад, порушення вимог законодавства про працю та про охорону праці визначаються у ст. 41 Кодексу про адміністративні правопорушення [18], і відповідно тягнуть за собою притягнення до адміністративної відповідальності. У випадках скоєння злочинів у сфері праці вирок виносить суд від імені народу України.

У разі застосування адміністративної або кримінальної відповідальності до порушника суб'єктом, який уповноважений притягувати до відповідальності,

є державні органи. Тут має місце не трудове правовідношення, а охоронне правовідношення, що реалізується у індивідуальних правоохоронних актах, які у свою чергу є факультативним елементом механізму правового регулювання.

З вище названого критерію «впливає» наступний, який вказує на підстави застосування відповідальності.

М. Д. Шиндяпіна пише, що виходячи із сутності відповідальності фактичною підставою її застосування є тільки склад правопорушення, передбачений нормою права [19, с. 16]. Стосовно трудового права та трудової відповідальності зокрема підстави її застосування чітко виділені Л. А. Сироватською, яка обґрунтувала, що є два види трудових правопорушень: дисциплінарний проступок, як підстава дисциплінарної відповідальності та майновий проступок, як підстава матеріальної відповідальності [20, с. 43–44]. Отже, саме ці трудові правопорушення у трудових відносинах є підставою застосування до порушника відповідальності.

Підставою для застосування адміністративної чи кримінальної відповідальності відповідно є адміністративне правопорушення та злочин. Щодо питання про відшкодування, наприклад, моральної шкоди стороні трудового договору, то його підставою є цивільне правопорушення. Рішення про застосування цивільно-правової відповідальності у такому випадку приймає суд, визначаючи розмір відшкодування.

Підстава застосування відповідальності у трудовому праві та підстава застосування відповідальності за порушення трудового законодавства поряд із суб'єктами застосування таких видів відповідальності вказує на наступні два критерії розмежування, а саме:

- коло суб'єктів відповідальності;
- процедури застосування відповідальності.

Так, щодо кола суб'єктів відповідальності, то чинне трудове законодавство вказує, що застосування одного з двох видів відповідальності у трудовому праві можливе виключно до учасника трудових правовідносин. Так, дисциплінарна відповідальність застосовується тільки до працівників, які перебувають у трудових правовідносинах з роботодавцем. Важливо зазначити, що сама дисциплінарна відповідальність як правове явище існує в межах інституту «дисципліна праці» та регламентується однойменною главою X КЗпП України. Це у свою чергу вказує на те, що така відповідальність може бути застосована виключно до особи-працівника, який перебуває у трудових відносинах. Тобто у випадках, коли стало відомо про порушення трудової дисципліни колишнім працівником, навіть у строки, встановлені для застосування дисциплінарної відповідальності, застосувати до нього заходи дисциплінарного стягнення неможливо, бо правовий зв'язок між колишнім працівником та роботодавцем відсутній. Щодо матеріальної відповідальності сторін трудового правовідношення ситуація аналогічна, застосування цього виду відповідальності передбачає наявність чинних трудових

правовідносин. Однак цей вид відповідальності може бути застосовано як до працівника, так і до роботодавця.

Стосовно відповідальності за порушення трудового законодавства мова йде про застосування відповідальності в межах охоронних правовідносин, які, на думку С. С. Алексєєва, «спрямовані на реалізацію заходів державно-примусового впливу... Охоронні відносини передбачають існування регулятивних (загальних та конкретних) обов'язків, при порушенні яких застосовуються міри юридичної відповідальності» [21, с. 140].

Так, наприклад ст. 41–3 Кодексу про адміністративні правопорушення [18] ненадання інформації для ведення колективних переговорів або ненадання інформації щодо контролю за виконанням колективних договорів та угод розглядає це як підставу застосувати до представників власника або уповноважених ним органу чи професійної спілки або осіб, які є представниками трудових колективів дисциплінарної відповідальності, де мірою відповідальності є накладення штрафу. У даному разі мова йде про застосування державного примусу до суб'єктів, які є суб'єктами трудового права. Принципово, що не всі суб'єкти трудового права є учасниками трудових правовідносин, а у випадку уповноваженого власником органу відповідальність застосовується до такої особи як посадової особи роботодавця, а не як працівника, який перебуває на керівній посаді.

Наведене, на нашу думку, обґрунтовує розмежування відповідальності у трудовому праві від відповідальності за порушення трудового законодавства за критерієм кола суб'єктів відповідальності.

Наступний не менш важливий критерій такого розмежування, це процедури застосування відповідальності.

Розглядаючи дисциплінарну відповідальність у межах адміністративного права, С. С. Тюрін на основі чинного законодавства виділив чотири види дисциплінарних розслідувань: дисциплінарне розслідування; розгляд справ про дисциплінарні проступки; оскарження рішень у дисциплінарних справах; виконання рішень про застосування заходів дисциплінарного впливу [22, с. 88–89]. Подібність дисциплінарних розслідувань та порядку застосування дисциплінарної відповідальності дійсно має місце у праві, однак свідчить і про відмінності процедур застосування відповідальності до порушників.

Ще у 1924 р. К. М. Варшавський зазначав, що міра та порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності встановлюється в колективно-договірному та локальному порядку, але вони не повинні погіршувати становище працівника порівняно із нормами законодавства [23, с. 36–37]. На сьогодні, як правило, порядок застосування дисциплінарної відповідальності на кожному конкретному підприємстві, установі, організації регламентується правилами внутрішнього трудового розпорядку із урахуванням приписів, закріплених у відповідних статтях КЗпП України, а саме: ст. 148 «Строк для застосування дисциплінарного стягнення», ст. 149 «Порядок застосування дисциплінарних стягнень», ст. 150 «Оскар-

ження дисциплінарного стягнення», ст. 151 «Зняття дисциплінарного стягнення», ст. 152 «Передача питання про порушення трудової дисципліни на розгляд трудового колективу або його органу». Окремо слід зауважити на положення ст. 147–1 КЗпП України, які вказують на те, що спеціальна дисциплінарна відповідальність може застосовуватися за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну [12].

Тобто трудове право відносно дисциплінарної відповідальності має свої процедури застосування. Матеріальна відповідальність також передбачає свою процедуру застосування, яка базується на приписах КЗпП України. На цьому етапі дослідження зазначимо, що самі процедури застосування дисциплінарної та матеріальної відповідальності будуть розглянуті докладно у наступних розділах роботи. Констатуємо лише сам факт існування самостійних, притаманних виключно трудовим відносинам процедур застосування відповідальності у трудовому праві.

Обґрунтовуючи відмінність відповідальності у трудовому праві від відповідальності за порушення трудового законодавства зазначимо, що застосування таких видів юридичної відповідальності, як адміністративна, цивільно-правова та кримінальна, має свої процедури. Наприклад, протиправна поведінка полягає у незаконному звільненні працівника з роботи з особистих мотивів чи у зв'язку з повідомленням ним про порушення вимог Закону про корупцію іншою особою, а також інше грубе порушення законодавства про працю, що передбачає відповідальність за ч. 1 ст. 172 Кримінального кодексу України [24]. Процедура застосування відповідальності передбачає наявність кримінальної справи, яка розслідується слідчими органами Національної поліції відповідно до приписів Кримінального процесуального кодексу України [25]. Однак цього недостатньо для притягнення до кримінальної відповідальності. Після виконання Національною поліцією своїх функцій рішення про притягнення до кримінальної відповідальності приймає суд.

Адміністративна відповідальність також передбачає певну процедуру притягнення до відповідальності, при цьому сформувавши адміністративну справу, відповідний орган передає її на розгляд до суду, який і приймає рішення щодо застосування до порушника законодавства про працю адміністративної відповідальності.

Цивільно-правова відповідальність реалізується за своїми правилами. Так, якщо між сторонами існували договірні відносини, то така відповідальність може бути реалізована у досудових процедурах, також ця відповідальність передбачає можливість застосування державного примусу до порушника через судові органи. Прикладом такої відповідальності за порушення трудового законодавства є відшкодування моральної шкоди працівнику за порушення роботодавцем строків остаточного розрахунку при звільненні. Стягнути моральну шкоду у такому випадку можливо лише в судовому порядку шляхом подання позову до суду. Крім

того, п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 р. №4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» передбачає, що «при застосуванні норм Кодексу законів про працю України) щодо порядку розгляду трудових спорів у справах про відшкодування моральної шкоди, заподіяної працівникові у зв'язку з виконанням трудових обов'язків, суди повинні виходити з того, що за змістом ст. 124 Конституції потерпілий має право звернутися з такими вимогами до суду безпосередньо. Суддя не вправі відмовити особі у прийнятті заяви з такими вимогами лише з тієї підстави, що вона не розглядалася комісією по трудових спорах» [26].

Наступним критерієм розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства є санкції, що застосовуються за трудові правопорушення та порушення трудового законодавства (трудоправові, адміністративні, кримінальні тощо).

Так, в охоронних відносинах частина норми, яка має назву «санкція», вказує на державно-примусові міри, які застосовуються до порушника. При цьому С. С. Алексєєв зазначає, що у в регуляторних нормах, які містять правила поведінки, які вказують на права та обов'язки, які належать учасникам регульованого відношення, правові наслідки містяться у диспозиції норми [27, с. 308].

Штрафні, каральні санкції (кримінальні, адміністративні, дисциплінарні) носять відносно визначений характер, установлюючи вищі й нижчі межі покарання або стягнення, яке призначається правопорушникові відповідно до обставин правопорушення, ступеня провини, характеристики особистості та інших обставин. Правовідновлюючі санкції носять абсолютно визначений характер, оскільки розмір шкоди, збитку, заподіяного правопорядку може бути достатньо точно визначений незалежно від обставин правопорушення [28, с. 40–41]. Дуже принциповим є факт того, що санкція це виключно наслідки за порушення, а диспозиція, яка хоч і містить наслідки порушення, все таки є вказівкою на права та обов'язки учасників відносин.

Якщо взяти «логічну норму права» – «гіпотеза, диспозиція, санкція» [27, с. 305], то як вона закріплюється у трудовому праві?

По-перше, у такому виразі трудове законодавство переважно обмежується у регулюванні трудових відносин гіпотезою та диспозицією, а санкції, в її класичному розумінні, як міри відповідальності, заснованої на державному примусі, немає. По-друге, характеризуючи норму трудового права, Л. В. Могілевський санкції трудового права ототожнює зі стягненнями [29, с. 150]. Тобто, санкція (стягнення) як частина норми трудового права одразу вказує на те, що у трудових правовідносинах відсутній державний примус, а отже, з цього робимо висновок, що наслідки порушення учасником трудових правовідносин своїх трудових обов'язків містяться і реалізуються виключно в межах кола кореспондуючих прав та обов'язків працівника і роботодавця. Ми вважаємо, що це дає підставу стверджувати, що наслідки притягнення працівників до дисциплінарної та матеріальної

відповідальності і є трудовправовими санкціями, що реалізуються як вимога до учасника трудових відносин виконати обов'язок, суть якого полягає у негативних наслідках особистого, майнового та організаційного характеру.

Підтвердження цієї позиції знаходить своє відображення у роботі С. М. Бра-туса, який пише, що іноді цілий комплекс норм охороняється від порушення загальною нормою, встановлюючи санкцію для цього комплексу (наприклад, норми про дисциплінарну відповідальність) [30, с. 64].

Ця обставина також укотре підтверджує, що реалізується відповідальність у трудовому праві в межах складного тривалого трудового відношення, як обов'язок учасника трудових відносин зазнати негативних наслідків за порушення.

Щодо порушень трудового законодавства, то чинним КЗпП України у ст. 265 «Відповідальність за порушення законодавства про працю» передбачено, що штрафи, накладення яких передбачено частиною другою цієї статті, є фінансовими санкціями [12]. Більше того, звернувшись до охоронних відносин, необхідно зважити, що вони, за твердженням С. С. Алексєєва, виражаються у тому, що опосередковуючи застосування державно-примусових заходів впливу, вони охоплюють поняття юридичних санкцій. Суб'єктивне право в охоронному правовідношенні полягає у правомочностях компетентних осіб застосовувати санкції [21, с. 149].

Не вдаючись до перерахування всіх санкцій, які можуть бути застосовані за порушення трудового законодавства, зазначимо, що вони у переважній більшості закріплені у законодавстві як штраф, тобто міра відповідальності штраф, суттю якого є негативні наслідки майнового характеру як втрати частини грошей. Разом з тим зазначимо, що грубе порушення угоди про працю шляхом обману чи зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не обумовленою угодою (ст. 173 КК України) передбачає і можливість застосування такої санкції, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 5 років, або арешт на строк до 6 місяців, або обмеження волі на строк до 2 років [24].

Вище викладене доводить, що санкції як частина норми права також є підставою для розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства. А саме санкція як частина «логічної норми права» у трудовому праві відсутня, натомість порушення диспозиції норми трудового права є підставою виникнення охоронного правовідношення, де санкція уособлює все розмаїття нормативно-правових засобів впливу на порушника.

Вище визначений критерій розмежування відповідальності одразу вказує на наступний критерій, яким є правові наслідки порушення трудових прав та правові наслідки порушення трудового законодавства. Не вдаючись до детального аналізу цього критерію зазначимо, що наслідки застосування дисциплінарної та матеріальної відповідальності буде розглянуто у роботі далі, а от правові наслідки за порушення трудового законодавства, на нашу думку, можна згрупувати так:

а) наслідки майнового характеру – втрати у грошовому або майновому виразі – штрафи, відшкодування шкоди;

б) наслідки у формі обмежень особистого характеру – обмеження волі, заборона обіймати посаду [31, с. 41].

ВИСНОВКИ

Підсумовуючи викладене зазначимо, що розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства доводять функції таких видів відповідальності та критерії розмежування.

Відповідальність у трудовому праві повною мірою відображає соціальну функцію трудового права, і тому соціальна функція є основною, а такі функції, як виховна (попереджувальна) та компенсаційна, розкривають специфіку дисциплінарної та матеріальної відповідальності. У трудовому праві відсутня штрафна (каральна) функція як така, що є несумісною з соціальною функцією трудового права.

Відповідальність у трудовому праві реалізується в межах єдиного складного тривалого трудового правовідношення, на противагу цьому відповідальність за порушення трудового законодавства реалізується в межах охоронних правовідносин, характеристикою яких є державно-примусові засоби впливу на порушників законодавства.

Критеріями розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства є такі:

- 1) державний примус;
- 2) суб'єкти уповноважені притягувати до відповідальності;
- 3) підстави застосування відповідальності;
- 4) коло суб'єктів відповідальності;
- 5) процедури застосування відповідальності;
- 6) санкції;
- 7) правові наслідки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Венедиктов В. С. Проблеми відповідальності в трудовому праві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Київ, 1994. 27 с.
- [2] Хуторян Н. М. Теоретичні проблеми матеріальної відповідальності сторін трудових правовідносин : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2002. 387 с.
- [3] Кутومانов Д. Є. Методи забезпечення трудової дисципліни в сучасних умовах господарювання : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2015. 460 с.
- [4] Подорожній Є. Ю. Особливості юридичної відповідальності у трудовому праві України : дис. д-ра юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2016. 426 с.
- [5] Луцюк П. С. Концептуальні засади юридичної відповідальності в сучасних умовах розвитку трудового законодавства : дис. д-ра юрид. наук : 12.00.05. Северодонецьк, 2017 469 с.

- [6] Проект Трудового кодексу України (реєстр. № 1658 від 20.05.2015). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221
- [7] Алексеев С. С. Собрание сочинений : в 10 т. [+ Справоч. том]. Москва : Статут, 2010. Том 3: Проблемы теории права: курс лекций. 781 с.
- [8] Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. 656 с.
- [9] Жернаков В. В. Відповідальність у трудовому праві // Проблеми правової відповідальності : монографія / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, Л. М. Баранова та ін. ; за ред. В. Я. Тація, А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Харків : Право, 2014. С. 114–136.
- [10] Правова доктрина України : у 5 т. Том 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. ; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право, 2013. 760 с.
- [11] Погребняк С. П. Юридична відповідальність: загальнотеоретична характеристика // Проблеми правової відповідальності: монографія / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, Л. М. Баранова та ін. ; за ред. В. Я. Тація, А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Харків : Право, 2014. С. 16–32.
- [12] Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10.12.1971 № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Дод. до № 50. Ст. 375.
- [13] Щербина В. І. Підстави притягнення працівника до матеріальної відповідальності. *Правова позиція*. 2016. № 1 (16) С. 83–87.
- [14] Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права : учебник в 2 т. Москва : Статут, 2009. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. 1151 с.
- [15] Про колективні договори і угоди : Закон України від 01.07.1993 № 3356-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 36. Ст. 361.
- [16] Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
- [17] Про затвердження Положення про Державну службу України з питань праці : постановою Каб. Міністрів України від 11.02.2015 № 96. *Офіційний вісник України*. 2015. № 21. Ст. 584.
- [18] Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.
- [19] Шиндяпина М. Д. Стадии юридической ответственности : учебное пособие Москва : Кн. мир, 1998. 162 с.
- [20] Сыроватская Л. А. Ответственность по советскому трудовому праву : монография. Москва : Юрид. лит., 1974. 183 с.
- [21] Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве : монография. Москва : Юрид. лит., 1966. 187 с.
- [22] Тюрин С. С. Дисциплинарная ответственность военнослужащих вооруженных сил Украины : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харьков. 2002. 176 с.
- [23] Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Ленинград : Academia, 1924. 180 с.
- [24] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 21. Ст. 920.
- [25] Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 37. Ст. 1370.

- [26] Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верхов. Суду України від 31.03.1995 №4. *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. 2008. №5. С. 270–279.
- [27] Алексеев С. С. Общая теория права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 576 с.
- [28] Белая Л. В. Удосконалення інституту юридичної відповідальності як фактор формування демократичної, соціальної, правової держави : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. 190 с.
- [29] Могилевський Л. В. Система трудового права України: монографія. Харків : «Панов», 2016. 396 с.
- [30] Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). Москва : Юрид. лит., 1976. 216 с.
- [31] Швердіна В. І. Теоретико-правові засади відповідальності керівника за трудовим законодавством : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2018. 192 с.

REFERENCES

- [1] Venediktov, V. S. (1994). *Problems of responsibility in labor law* (Doctoral thesis, Kyiv, Ukraine).
- [2] Khutoryan, N. M. (2002). *Theoretical problems of material responsibility of parties to labor relations* (Doctoral dissertation, Kyiv, Ukraine).
- [3] Kutomanov, D. E. (2015). *Methods of ensuring labor discipline in modern economic conditions* (Doctoral dissertation, Kyiv, Ukraine).
- [4] Podorozhnyi E. Yu. (2016). *Peculiarities of legal responsibility in the labor law of Ukraine* (Doctoral dissertation, Kyiv, Ukraine).
- [5] Lutsyuk, P. S. (2017). *Conceptual principles of legal responsibility in modern conditions of development of labor legislation* (Doctoral dissertation, Severodonetsk, Ukraine).
- [6] Labor Code of Ukraine: Draft (2015, May). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221
- [7] Alekseev, S. S. (2010). *Collected works: in 10 volumes [+ Reference. volume]. Volume 3: Problems of legal theory*. Moscow: Statut.
- [8] Skakun, O. F. (2001). *The theory of state and law*. Kharkiv: Konsum.
- [9] Zhernakov, V. V. (2014). Responsibility in labor law. *Problems of legal responsibility: a monograph* / Yu. P. Bityak, Yu. G. Barabash, L. M. Baranova and others; under the editorship V. Ya. Tatsiya, A. P. Hetman, V. I. Borysova. Kharkiv: Pravo, 114–136.
- [10] Legal doctrine of Ukraine: in 5 vols. *Volume 3: Doctrine of private law of Ukraine* (2013). N. S. Kuznetsova, E. O. Kharitonov, R. A. Maidanyk and others; in general ed. N. S. Kuznetsova. Kharkiv: Pravo.
- [11] Pogrebnyak, S. P. (2014). Legal responsibility: a general theoretical characteristic. *Problems of legal responsibility: a monograph* / Yu. P. Bityak, Yu. G. Barabash, L. M. Baranova and others; under the editorship V. Ya. Tatsiya, A. P. Hetman, V. I. Borysova. Kharkiv: Pravo, 16–32.
- [12] Code of Labor Laws of Ukraine: Law of the Ukrainian SSR (1971, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>
- [13] Shcherbina, V. I. (2016). Grounds for bringing an employee to material responsibility. *Legal position*, 1(16), 83–87.

- [14] Lushnikov, A. M., & Lushnikova, M. V. (2009). *Course of labor law. Vol. 2. Collective labor law. Individual labor law. Procedural labor law*. Moscow: Statut.
- [15] On collective agreements and agreements: Law of Ukraine (1993, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3356-12#Text>
- [16] Constitution of Ukraine: Law of Ukraine (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>
- [17] On the approval of the Regulation on the State Service of Ukraine on labor issues: resolution of the Cabinet of Ministers. (2015, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96-2015-п#Text>
- [18] Code of Ukraine on Administrative Offenses: Law of Ukraine (1984, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>
- [19] Shindyapina, M. D. (1998). *Stages of legal responsibility*. Moscow: Book. Mir.
- [20] Syrovatskaya, L. A. (1974). *Liability under Soviet labor law*. Moscow: Jurid. lit.
- [21] Alekseev, S. S. (1966). *Mechanism of legal regulation in the socialist state*. Moscow: Jurid. lit.
- [22] Tyurin, S. S. (2002). *Disciplinary responsibility of military personnel of the armed forces of Ukraine* (Master's dissertation, Kharkiv, Ukraine).
- [23] Varshavskii, K. M. (1924). *Labor law of the USSR*. Leningrad: Academia.
- [24] Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine (2001, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
- [25] Criminal Procedure Code of Ukraine: Law of Ukraine (2012, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
- [26] On judicial practice in cases of compensation for moral (non-property) damage: Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine (1995, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text>
- [27] Alekseev, S. S. (2008). *General theory of law*. 2nd ed., revised. and additional. Moscow: TK Velba, Izd-vo Prospekt.
- [28] Belaya, L. V. (2009). *Improvement of the institution of legal responsibility as a factor in the formation of a democratic* (Master's dissertation, Kyiv, Ukraine).
- [29] Mogilevskiy, L. V. (2016). *Labor law system of Ukraineno*. Kharkiv: «Panov».
- [30] Bratus, S. N. (1976). *Legal liability and legality (theory outline)*. Moscow: Jurid. lit.
- [31] Sheverdina V. I. (2018). *Theoretical an legal principles of responsibility of the head of labor legislation* (Master's dissertation, Kharkiv, Ukraine).

Вікторія Ігорівна Шевердіна

Кандидат юридичних наук

Науковий співробітник відділу координації правових досліджень

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Victoria I. Sheverdina

Candidate of Law

Research associate of the Department for Coordination of Legal Studies

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Шевердіна В. І. До питання розмежування відповідальності у трудовому праві та відповідальності за порушення трудового законодавства. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 222–241.

Suggested Citation: Sheverdina, V. I. (2022). On the issue of distinguishing responsibility in labor law and responsibility for violations of labor law. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 222–241.

Стаття надійшла / Submitted: 25.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 25.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

ПРОБЛЕМИ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

УДК 343.13

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-242

Богдан Володимирович Щур

*Національна академія правових наук України
Харків, Україна*

*Кафедра кримінального права та процесу
Львівський торговельно-економічний університет
Львів, Україна*

Ірина Володимирівна Басиста

*Кафедра кримінального процесу та криміналістики
Львівський державний університет внутрішніх справ
Львів, Україна*

СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ТА ТРАНСЛЯЦІЯ З ІНШОГО ПРИМІЩЕННЯ, У ТОМУ ЧИСЛІ, ЯКЕ ЗНАХОДИТЬСЯ ПОЗА МЕЖАМИ ПРИМІЩЕННЯ СУДУ: ОКРЕМІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Анотація. У цій публікації зроблено спробу привернути увагу не лише науковій спільноті, а й практикуючих юристів до такої теоретичної складової задекларованої у назві статті проблематики, яка, в першу чергу, слідує із неузгодженості законодавчих позицій, зокрема частин 7–8 статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі по тексту аотації – Закон) та статті 336 КПК України. Встановлено, що на противагу вказаним положенням Закону, де, серед іншого, йде мова про можливість залучення учасників судового провадження у судові засідання в режимі відеоконференції (за умов якої, по обидва боки фігурують спеціально обладнані зали судових засідань), у статті 336 КПК України законодавець, хоча й сумбурно, але все ж таки передбачає ймовірність трансляції з іншого приміщення, яке знаходиться поза межами приміщення суду. Обґрунтовано, що такий «законодавчий різнобій» наявний і в інших нормативно-правових актах, що у площині практичної діяльності, у сукупності з іншими встановленими умовами, створює можливості для маніпулювання правом обвинуваченого (засудженого) на участь у судовому засіданні. Тому й поставлено собі за мету – напрацювати рекомендації для законодавця та судової практики задля унеможливлення допущення порушень права обвинуваченого (засудженого) на участь у судовому засіданні. Такі методи дослідження, як вибірка, правове прогнозування, формально-логічний, системно-структурний, системний аналіз, індукція та дедукція були застосовані для формулювання тих підходів

та висновкових суджень, котрі винесені на розгляд наукової спільноти. Висловлено авторські міркування та обґрунтування до них, щоб розділити у статті 336 КПК України між собою два різновиди, зокрема: 1) засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду; 2) дистанційне судове провадження, при якому йде трансляція з іншого приміщення, яке знаходиться поза межами приміщення суду. Доведено, що практична складова задекларованої проблематики є ще більш складною, адже відсутня єдина правозастосовча практика. Зокрема, задля формування висновку щодо застосування норми права, яка міститься у статті 336 КПК України, провадження у справі № 415/1698/12-к було передано на розгляд об'єднаної палати ККС Верховного Суду та направлено звернення до членів НКР при Верховному Суді. І все це за обставин, коли судові засідання в режимі відеоконференції, виходячи із карантинних обмежень та інших об'єктивних чинників, не є рідкістю. Означена проблематика розглянута і у площині ймовірних порушень (задля їх випередження) конвенційного (стаття 6 §1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) та конституційного прав (стаття 24 Конституції України), а також безпеки трансляції у кібернетичному просторі.

Ключові слова: судовий розгляд, безпосередня участь, дистанційне провадження, трансляція засідання, конвенційне право.

Bohdan V. Shchur

National Academy of Legal Sciences of Ukraine
Kharkiv, Ukraine

Department of Criminal Law and Procedure
Lviv University of Trade and Economics
Lviv, Ukraine

Iryna V. Basysta

Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs
Lviv, Ukraine

COURT PROCEEDING IN A VIDEO-CONFERENCE MODE AND BROADCASTING IT FROM OTHER ROOMS, INCLUDING THOSE OUTSIDE THE COURT PREMISES: SPECIFIC APPROACHES FOR UNDERSTANDING AND THE PROBLEMS OF IMPLEMENTATION

Abstract. This publication attempts to draw attention to the theoretical aspect of the problem named in the title of the article, which, first of all, follows from lack of coherence of legislative positions, in particular, parts 7–8 of Article 11 of the Law of Ukraine «On Judiciary and the Status of Judges» (hereinafter referred to in the abstract as the Law) and Article 336 of the Criminal Procedural Code of Ukraine. It is proven that, in opposition to the indicated provisions of the Law, where, among other things, possibility of engaging other participants of court pro-

ceeding in the video-conference mode is provided for (with the specified condition that on both sides of the conference the premises are specially equipped courts for trial sessions), in Article 336 of the CPC of Ukraine the legislator, although unclearly, yet still provides for possibility of broadcasting from other premises that are outside the courtroom. It stands to reason, that such «legislative clash» is also present in other pieces of legislation, which, in the field of practical activity, in combination with other established conditions, creates loopholes that can be used to manipulate the right of the accused (convicted) to participate in the court proceeding. For this reason, the goal was set – to work out recommendations for the legislator and for court practice to prevent violations of the rights of the accused (convicted) to participate in the court proceeding. Methods of research like sampling, judicial prognostication, formal logic, system structure method, systemic analysis, induction and deduction were used to formulate these approaches and conclusive statements, which are offered for consideration by the academic community. The author's considerations are stated, with underpinning thereof, to separate in Article 336 of the Criminal Procedural Code of Ukraine the two types of court sessions, namely: 1) sessions in the mode of videoconference, where the location of court sessions, on both sides, is an especially equipped courtroom; 2) distance court proceeding, where the broadcasting is conducted from any premises that are not a courtroom. It is proven, that the practical component of the problem that is being considered is even more complicated, because there is no unified practice of application of law. In particular, to form the conclusion about the application of the norm of law, stipulated in article 336 of the Criminal Procedural Code of Ukraine, proceeding in the case No.415/1698/12-к was filed for consideration of the Joint Chamber of the Cassation Criminal Court of the Supreme Court, and an address is sent to the members of Scientific-Consultative Council under the Supreme Court to receive the relevant conclusions. And all this is under the circumstances, when the court proceedings in the video-conference mode, due to quarantine limitations and other objective qualities, is not a rare occasion. The mentioned problematic is also considered in regard of possible violations (for preventing them) of the Conventional (Article 6, §1 of the Convention on Protection of Human Rights and Basic Freedoms) and the Constitutional Law (article 24 of the Constitution of Ukraine), and also regarding safety of broadcasting in the cybernetic space.

Keywords: *court proceeding, direct participation, distance session, broadcasting of session, conventional law.*

ВСТУП

На розгляді об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду знаходиться кримінальне провадження, у котрому засуджений у касаційній скаргі, серед іншого, наголошує на порушенні його права на захист. Ним підкреслено, що до початку апеляційного розгляду у своєму клопотанні він виявив бажання про безпосередню участь в апеляційному суді, однак цей розгляд відбувся у режимі відеоконференції без забезпечення належної якості зображення та звуку. Тому й засуджений веде мову про те, що за цих обставин та умов не мав змоги скористатися такими своїми процесуальними правами, як унести доповнення до власної апеляції, висловити заперечення щодо апеляційної скарги прокурора та й безпосередньо отримати належну правову допомогу від свого захисника, яка також приймала участь у апеляційному розгляді у режимі відеоконференції [1]. Варто зазначити, що судова практика Верховного Суду у цій

царині до зазначеної події слідувала із висновку, котрий викладено у постанові колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 липня 2021 року провадження № 51-1524км21 (справа № 320/2582/19) щодо застосування норми кримінального процесуального закону, яка регулює порядок проведення відеоконференції за участю засудженого [2]. Ключовою тезою, з якою важко погодитися, у постанові від 29 липня 2021 року є така, що при констатації відсутності порушень права засудженого на участь у судовому засіданні, Судом практично було поставлено знак «дорівнює» між фактичною участю в судовому розгляді та участю особи в судовому засіданні в режимі відеоконференції (без розрізнення дистанційної участі з іншого приміщення за межами суду) із посиланням на «інший формат» [2]. Концептуально мотиви нашої незгоди слідують із того, що Судом не враховано у цій конкретній справі, за наявних у ній обставин той факт, що законодавцем крайнім реченням ч. 2 ст. 336 КПК України узалежнено можливість прийняття судом рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, із його згодою на таку форму участі [3]. Вже й не беручи до уваги такі ймовірні обставини, як можлива погана якість інтернет-зв'язку та низька його швидкість тощо, котрі нерідко шкідливо впливають на здатність звукового та зорового сприйняття перебігу судового засідання, про що у тексті статті більш розлогіше піде мова.

Саме від означеного висновку Верховного Суду повважали за необхідне відступити ті судді, котрі 12 жовтня 2021 р. ухвалили рішення про передачу справи № 415/1698/12-к (провадження № 51-4999км20) на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду [1]. На сьогодні таке рішення об'єднаної палати поки що відсутнє, тому й кінцева позиція Верховного Суду ще не відома, котра зазвичай і закономірно мала б мати неабиякий вплив для єдності судової практики [4], хоча трапляється і навпаки. Сподіваємося на оперативність її формулювання та здатність масштабне охопити значну кількість складових задекларованої проблематики.

Своєю чергою, нами зроблено спробу висловити власні підходи до задекларованої проблематики та окреслити ті її грані, котрі видаються позбавленими належної уваги, як законодавця, так і науковців та практикуючих юристів. Перші кроки вже раніше були зроблені окремими науковими розвідками, зокрема із проблематики вироблення шляхів «кримінальної процесуальної комунікації» задля забезпечення усунення виявлених ЄСПЛ порушень конвенційних прав, допущених, зокрема, і судами України, приміщення котрих, разом із архівними матеріалами кримінальних справ та учасниками кримінальних проваджень – громадянами України, на сьогодні перебувають на тимчасово окупованих територіях [5]. Наступним кроком була спроба авторського наукового висновку щодо судового провадження у режимі відеоконференції [6], хоча і до нас дослідники вже окремі складові та дотичні проблематики критично аналізували, як у площині національ-

ного законодавства, так і під кутом зору дотримання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, у об'єктив науковців потрапляв, як загалом той вплив в контексті верховенства права, котрий несуть в своїй суті кричущі випадки невиконання рішення ЄСПЛ [7], так і той – що справляють рішення ЄСПЛ на національне кримінальне процесуальне законодавство [8] та окремі його процедурні аспекти [9].

А на шпальтах цієї наукової розвідки спробуємо упередити негативний розвиток подій, спрогнозувати його, синтезувавши певний масив інформації щодо наявних ймовірних передумов, які створюють подальшу можливість порушення конвенційного (ст. 6 §1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) та конституційного прав (ст. 24 Конституції України). Мова йде про вже констатовану відсутність узгодженості законодавчих положень щодо розуміння та розрізнення судового засідання в режимі відеоконференції та дистанційної участі з іншого приміщення за межами суду тощо. Із проаналізованого нами масиву судових рішень, котрі наявні в Єдиному державному реєстрі судових рішень, слідує висновок про частість двоякої процесуальної поведінки обвинувачених (засуджених) у площині розглядуваної проблематики. Зокрема, коли особа заявляє письмове клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді і суд не забезпечує її, зсилаючись на рівнозначність засідання у дистанційному режимі. Та коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, а суд відмовив у цьому або поступив «по своєму». Саме такі складові й визначили межі мети нашого дослідження та дозволили перед собою поставити таке узагальнене завдання, як на основі аналізу наявних наукових розвідок, законодавчих положень та прикладів судової практики напрацювати за окремими напрямками базис для подальшого формування рекомендацій для законодавця та судової практики задля унеможливлення допущення порушень прав обвинуваченого (засудженого) на участь у судовому засіданні.

Отож, за ситуації, коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, то й суд, розглядаючи його, має, поряд із виконанням інших обов'язкових приписів, проявити й «... сумлінність, з якою повинні діяти Договірні Сторони. Вона є метою для того, щоб забезпечувати ефективне здійснення прав, які гарантуються ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» [10]. За умов наявної географічної перепони суди мали б вживати заходів, які достатньою мірою компенсували б обмеження прав обвинуваченого (засудженого) [10].

Сподіваємося, що раціональне зерно змогли унести, хоча й погоджуємося, що деякі з наших умовиводів є дискусійними, що є очевидним з огляду всього вище описаного.

І наостанок, так як означена проблематика лише частково розглянута і у площині безпеки у кібернетичному просторі (убезпечення відеоконференцзв'язку), а також ймовірних порушень конвенційного (ст. 6 §1 Конвенції про захист прав

людини і основоположних свобод) та конституційного прав (ст. 24 Конституції України), тому й «науково-практична стурбованість» не повинна згасати. Щиро надіємося на логічне вирішення, як виявлених теоретичних, так і встановлених Верховним Судом, нами та іншими науковцями і практикуючими юристами практичних складових задекларованої проблематики.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Питання про те, яких змін загалом потребує національне законодавство та чинний КПК України, зокрема, для реалізації права осіб на справедливе правосуддя розглядалося у різних площинах. Надавалися вельми раціональні та засновані на глибокому аналізі міжнародного досвіду пропозиції для удосконалення судового розгляду та його диференціації [11]. А також його осучаснення шляхом використання новітніх технічно-технологічних можливостей, зокрема і для забезпечення найменш захищених учасників – малолітніх та неповнолітніх [12]. Та й що вельми цікаво, реалізація прав осіб на справедливе правосуддя розглядалося навіть під кутом зору криміналістичних позицій [13]. У нашій публікації спробуємо запропонувати авторські рекомендації для законодавця та судової практики задля унеможливлення допущення порушень права обвинуваченого (засудженого) на участь у судовому засіданні. Це стало можливим й на підставі та за результатами системного огляду наявної судової практики, а також доробку Бежанової А. В. [14], Griffith В. [15], Дроздова О. та Дроздової О. [16], Кравчука В. [17], Кучинської О. П. [18], Пасюк Т. В. [19], Сікори К. [20], Соколова А. В. [21], Цимбала П. В. [19], Шульги Н. В. [22], котрі з огляду сфери власних наукових інтересів висловлювалися, серед іншого, щодо проблематики застосування відеоконференції загалом у кримінальному провадженні та й, зокрема, у судовому розгляді; дотримання конвенційного (стаття 6 §1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) і конституційного прав (стаття 24 Конституції України) та забезпечення трансляції у кібернетичному просторі із належним подальшим збереженням інформації.

Системним аналізом законодавчих положень встановлено наявну неузгодженість між частинами 7–8 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та ст. 336 КПК України. Порівняльний підхід дозволив довести, що на протигагу нормам вказаного Закону України, де, серед іншого, йде мова про можливість залучення учасників судового провадження у судові засідання в режимі відеоконференції (за умов якої, по обидва боки фігурують спеціально обладнані зали судових засідань), у ст. 336 КПК України законодавець, хоча й сумбурно, але все ж таки передбачає ймовірність трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду. Хоча і встановлено, що єдиний підхід до розуміння такого «іншого приміщення» у КПК України відсутній.

Використання системно-структурного методу та правового прогнозування дозволили дійти до переконань, що:

– чинна ст. 336 КПК України має бути змінена з огляду нагальності чіткого унормування у ній двох різновидів, зокрема: 1) засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду; 2) дистанційне судове провадження, при якому йде трансляція з іншого приміщення, яке знаходиться поза межами приміщення суду;

– відповідні доповнення слід унести до ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»;

– новації Положення [23] щодо використання власних технічних засобів при дистанційному судовому провадженні та електронного підпису мають отримати своє відображення й у вказаному Законі України та КПК України.

Вичленили із масиву судових рішень, які поміщені до Єдиного державного реєстру судових рішень ті із них, котрі представляють науково-практичний інтерес допомогла нам вибірка. Вона ж, та застосований формально-логічний метод, дозволили визначитися із тим фактом, що із великою долею частоти процесуальна поведінка обвинувачених (засуджених) у площині розглядуваної проблематики є двоякою: 1) коли особа заявляє письмове клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді і суд не забезпечує її, зсилаючись на рівнозначність засідання у дистанційному режимі; 2) коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, а суд відмовив у цьому або поступив «по своєму».

Індуктивні та дедуктивні умовиводи лежать в основі сформованої рекомендації для суду про те, що при вирішенні питання про застосування дистанційного режиму варто виходити не лише із тих підстав, котрі наведені у п'яти пунктах частини 1 статті 336 КПК України, а й із об'єктивної змоги в учасників судового процесу, за умов застосування котроїсь із таких підстав, реалізовувати надані їм процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки.

Правове прогнозування дозволило змодельовати комплекс тих негативних юридичних наслідків, зокрема і порушення конвенційного (ст. 6 §1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [24] – далі по тексту Конвенції) та конституційного прав (ст. 24 Конституції України [25]), котрі з великою долею ймовірності можуть мати місце, якщо, серед іншого, вже переліченого, й ігнорувати приписи крайнього речення частини 2 ст. 336 КПК України. Цей метод також створив можливість припустити ті шкідливі наслідки, котрі ми у змозі упередити, якщо технічні засоби і технології, котрі застосовували в дистанційному судовому провадженні будуть відповідати вимогам частини 3 ст. 336 КПК України та вжиті заходи безпеки у кібернетичному просторі будуть вичерпними.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1. Законодавчі підходи та науково-практичні розуміння щодо можливості брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції та здійснення дистанційного судового провадження (трансляція з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду).

Приступаючи до розгляду цих питань варто констатувати, що законодавець, науковці, судді, прокурори, адвокати та й органи досудового розслідування виробили найрізноманітніші підходи до сприйняття цієї проблематики, не говорячи вже про напрацювання рекомендацій та й саме застосування таких законодавчих положень.

Згоджуємося із вже запропонованим підходом, що дійсно забезпечення фізичної можливості брати участь в судовому засіданні можна співвідносити із таким елементом права на справедливий суд, як доступ до нього [17] (ст. 6 Розділу I (ориг. § 1) Конвенції [24]). Виходячи із того переконання, що гарантії статті 6 Конвенції застосовується протягом всього провадження, включаючи касаційне оскарження («Мефтах та інші проти Франції» (*Meftah and Others v. France*) [ВП], § 40) (хоча держави створюють такі інстанції для оскарження на власний угляд) [16, пункти 42, 45], то й фізична доступність суду (до його приміщення [17]) має бути впродовж цих стадій (як апеляції, так і касації) також забезпечена. Звісно, що процедура такого звернення прописана у окремих процесуальних законах, і це правильно, виходячи із специфіки та особливостей проваджень, але ж є й ті спільні, характерні для реалізації такого конвенційного права законодавчі обмеження, котрі можна простежити, для прикладу, як у Цивільному процесуальному, так і у Кримінальному процесуальному кодексах України. До них варто віднести унормовані строки на оскарження процесуальних рішень, строки давності тощо. Для прикладу, у практиці ЄСПЛ обмеження термінами позовної давності вважаються «правомірними обмеженнями» (*Stubbings and Others v. the United Kingdom* (Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства), § 51–52) [26, с. 16, п. 51].

Тому й підтримуємо не лише підхід про не абсолютність права, котре закріплене у статті 6 Конвенції, але й з розумінням того, що наявні встановлені обмеження не мають перешкоджати реалізації цього права, ані у спосіб, ані у обсязі, що можуть становити загрозу самій його суті [16, пункти 49, 50]. Більш того, обмеження не входить у сферу застосування статті 6 § 1, якщо не переслідує «законну мету» і якщо відсутнє «пропорційне співвідношення між використаними засобами та переслідуваною метою» (*Ashingdane v. the United Kingdom* (Ашингдейн проти Сполученого Королівства), § 57; *Fayed v. the United Kingdom* (Файєд проти Сполученого Королівства), § 65; *Markovic and Others v. Italy* (Маркович та інші проти Італії) [ВП], § 99) [26, с. 16, п. 50]. Поділяємо позицію, що занадто суворе дотримання процесуального правила може становити загрозу самій суті права на доступ до суду (*Labergère* проти Франції, § 23), зокрема з огляду на важливість апеляційного оскарження і на його вирішальність для заявника, засудженого до позбавлення волі на тривалий строк (там само, § 20) [16, п. 55]. При цьому, сутності права на доступ до суду загрожує також й недотримання процесуальних правил [16, п. 56].

Виникає дилема, чи слід розглядати питання обмеження фізичного доступу осіб, котрі перебувають під вартою, до приміщення суду, де здійснюється слухан-

ня проваджень щодо них [17], під кутом зору оцінки підставності провадження у режимі відеоконференції? Чи є застосовані у кожному конкретному випадку обмеження фізичного доступу до приміщення суду правомірними чи не правомірними? Як нам видається, то ці питання потребують прискіпливої уваги та дослідження. Більше того, в окремих випадках, на які згодом ми зосередимо увагу, мова може йти й про порушення конвенційного (ст. 6 §1 Конвенції), та і конституційного права (ст. 24 Конституції України). Наявне рішення Конституційного Суду України №9-рп/2012 від 12 квітня 2012 ро. у справі №1–10/2012. Правда воно ініційоване громадянином Трояном А. П. стосовно права засудженої особи, яка перебуває у місцях позбавлення волі, бути доставленою до суду для участі в судовому процесі у справах цивільної юрисдикції. У цьому рішенні констатовано, що особиста участь засудженого, який відбуває кримінальне покарання в установах виконання покарань, як сторони судового процесу (у судах усіх юрисдикцій, спеціалізацій та інстанцій) створює передумови для повного, всебічного, об'єктивного та неупередженого розгляду справи та повинна забезпечуватися відповідним процесуальним законом [27]. При цьому, «...суди не отримали процесуального шляху забезпечення участі засуджених у судових провадженнях» [17]. Хоча вже у зв'язку із виконання Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» та Положення «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» [23], у процесуальних законах задекларована можливість брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду (за умов наявності у суді відповідної технічної можливості та крім випадків, коли явка цього учасника визнана судом обов'язковою) з використанням власних технічних засобів та електронного підпису (див. статтю 212 Цивільного процесуального кодексу України [28] та ін.).

Тому й вельми важливо поглянути на таку проблематику за умов, коли судові засідання відбувається в режимі відеоконференції, що на сьогодні, виходячи із карантинних обмежень та інших об'єктивних чинників не є рідкістю (наводяться дані про збільшення кількості таких судових засідань у 2020 р. практично на 46 тис. сеансів у порівнянні з попереднім роком [14, с. 24]), і з таким можливим варіантом процесуальної поведінки обвинуваченого (засудженого), який заявив письмове клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді і суд не забезпечив її. А також коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, а суд відмовив у цьому або поступив «по своєму» (детальніше зосередимося на цьому аспекті при висвітленні другого блоку задекларованої у цій публікації проблематики).

У першу чергу, насторожує той підхід, котрий обрав національний законодавець при визначенні засадничих принципів урегулювання такої процедурної ді-

альності. Так, у частинах 7–8 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що учасникам судового процесу на підставі судового рішення забезпечується можливість брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції у порядку, встановленому законом. Своєю чергою, обов'язок життя заходів щодо забезпечення такого режиму судового засідання, законодавцем не узалежнено ні із спеціалізацією, ні з інстанцією суду, а лише фактом отримання відповідного судового рішення [29]. Нам видається такий підхід цілком правильним, з огляду уникнення надмірних завантаженостей окремих судів та дотримання розумних строків здійснення проваджень. Також важливим є встановлення законодавчої вимоги про те, що місцем проведення судових засідань є спеціально обладнана зала, котра придатна «...для розміщення сторін та інших учасників судового процесу і дає змогу реалізовувати надані їм процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки» [29]. Але таке положення критикується, як певними судьями, так і окремими науковцями [17], про що піде мова згодом.

Натомість у частині 1 ст. 336 КПК України мова йде про те, що «...судове провадження може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження)» [3], тобто наявна взаємна невідповідність цитованих правових норм. Про дистанційне судове провадження, котре реалізується через трансляцію з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду, у Законі України «Про судоустрій і статус суддів», на відміну від ст. 336 КПК України, мова взагалі не йде. На наше переконання, такий «законодавчий викрутас» якраз і спричиняє у практичній діяльності основний масив непорозумінь, тому й варто ці законодавчі підходи та, відповідно, положення уніфікувати, попередньо навівши у КПК України розуміння «іншого приміщення», зокрема і такого, котре «розташоване поза межами приміщення суду». Логічне, що й варто у КПК України розмежувати два різновиди, зокрема: 1) засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду; 2) дистанційне судове провадження, при якому йде трансляція з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду. Такий підхід окремі дослідники заперечують, посилаючись на наявний механізм конвоювання, котрий був передбачений у спільному Наказі від 16 жовтня 1996 р. № 705/37/5/17–398 1–3/503/239 «Про затвердження Інструкції про порядок конвоювання та тримання в судах підсудних (засуджених) за вимогою судових органів», що вже не є чинним, бо його замінив спільний Наказ від 26 травня 2015 р. № 613/785/5/30/29/67/68 «Про затвердження Інструкції з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів», та пунктах вказаної Інструкції [30]. Як видається, такі «наукові дуелі» є нерезонними, так як із назв Наказів та, логічне й Інструкцій, котрі ними затверджені, та змістового їхнього наповнення стає зрозуміло, що обидві зазначені Інструкції були змодельованими для застосування у єдиній спіль-

ній триваючій ситуації – конвоювання та *тримання в судах*. І цілком закономірно, що інший підхід та ситуація у них не могли бути винесені на розгляд.

Своєю чергою, у Положенні «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи», котре затверджено Рішенням Вищої ради правосуддя 17 серпня 2021 р. № 1845/0/15–21 передбачено третій підрозділ у третьому розділі, котрий має назву «Підсистема відеоконференцз’язку». І начебто спостерігаємо стрімкий рух законодавця уперед, за розвитком технологій та, як наслідок – модернізацію судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Бо ж, серед інших новацій, декларується й для учасників судового розгляду можливість, правда, за наявності в суді технічної можливості, участі у судовому засіданні за допомогою свого Електронного кабінету та власних технічних засобів (ризиків технічної неможливості участі у відеоконференції, переривання зв’язку тощо несе учасник справи, який подав відповідну заяву). У приміщенні іншого суду – за допомогою технічних засобів суду; в установі попереднього ув’язнення, установі виконання покарань або медичному закладі – за допомогою технічних засобів, наявних у відповідній установі [23], а у п. 48 Положення уточнено «та з використанням Електронного кабінету установи або кабінету її службової особи» (і вже за ризиків відповідальність покладено на установи) [23]. Але ж зазначена вище проблема законодавчих неузгодженостей не зникає, бо виклад ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та ст. 336 КПК України жодних змін чи доповнень із цього приводу не зазнали. Ба більше, у ч. 7 ст. 11 цього Закону зазначено, що «...забезпечується можливість брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції у порядку, встановленому законом» [29], але ж не Положенням, як ми маємо на сьогодні. Та й перехідними положеннями Положення «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» передбачено, що підрозділ 3 розділу III, набирає чинності з дати початку функціонування підсистеми відеоконференцз’язку [23].

Ну і щодо виконання Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв’язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)», то й його новації не повною мірою стикуються із ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та статтею 336 КПК України, хоча «розпливчасте» формулювання пунктів 1 та 5 її частини 1 дозволило таку ситуацію вичерпати на користь всім.

У продовження думки про необхідність розмежування законодавцем у статті 336 КПК України таких двох різновидів, як засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду та дистанційного судового провадження, при якому йде трансляція з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду, варто констатувати, що в обох вказаних випадках такі «місця» мусять від-

повідати такому критерію, що їх обладнання, оснащення та розташування дають змогу реалізовувати надані учасникам судового провадження процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки.

На рівні дисертацій вже висловлювалися зважені пропозиції щодо необхідності доповнення ч. 1 ст. 336 КПК України з огляду наведення законодавчого переліку установ, звідки може вестися трансляція за умов дистанційного судового провадження [14, с. 210]. При таких, та й інших, висловлених цією дослідницею прогресивних новаторських ідеях у розглядуваній царині, все ж таки Анною Володимирівною на шпальтах власної дисертації чітко не відмежовано засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду, від дистанційного судового провадження, при якому ведеться трансляція з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду [14, с. 210].

Найявніми були й інші пропозиції від науковців та суддів, котрі, навпаки, вбачали у такій ситуації користь для судової практики та рекомендували, як скористатися із викладу ст. 336 КПК України [17]. Хоча на сьогодні законодавець, так би мовити, сам вирішив цю проблематику, унісши до трьох процесуальних законів відповідні доповнення, але все ж таки, означений авторський підхід нам видається не однозначним та не тим, котрий був здатен виправити тогочасний стан справ у цій царині. Бо ж очевидно, що рекомендації на кшталт «...застосуймо до трьох процесів виклад та процедуру ст. 336 КПК України» [17], норми котрої теж далекі від досконалості, є не зовсім вдалимими. Як вище вже підкреслено, ст. 336 КПК України не містить відповіді на питання щодо розуміння «іншого приміщення», зокрема і такого, котре «розташоване поза межами приміщення суду». Найявні й інші кримінальні процесуальні проблеми, на котрих зосередимося згодом. Хоча й розуміємо, що автор намагався надати практичні поради для того, щоб уникнути наявної тяганини упродовж судових розглядів (за правилами Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України) через зайнятість спеціально обладнаних залів судових засідань, котрі є на «обслуговуванні» у служби конвою, та й працівників апарату судів, які часто формально ставляться до «зовнішніх» доручень [17].

Загалом, у сучасних наукових підходах до розуміння відеоконференції у кримінальному провадженні, домінує цілком вірне переконання, що узгоджується із законодавчим розумінням (див. назву ст. 336 КПК України), що це «процедура здійснення окремих процесуальних дій її учасниками за допомогою аудіо-візуальної взаємодії з використанням технічних засобів...» [18, с. 108]. Або ж схожим є розуміння, що це «особливий спосіб проведення слідчих (розшукових), судових та інших процесуальних дій...» [22, с. 29]. Хоча й наявний дещо відмінний погляд на сутність режиму відеоконференції, як на «телекомунікаційну інформаційну технологію проведення допиту та впізнання осіб чи речей під час досудового

розслідування, судового провадження та допиту за запитом компетентного органу іноземної держави...» [14, с. 210]. Схоже розуміння відеоконференції передбачене й Положенням «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи», де під нею запропоновано вважати «телекомунікаційну технологію інтерактивної взаємодії двох або більше віддалених учасників судового провадження...» [23]. Все ж таки ми є прихильниками першого наведеного розуміння, бо вважаємо, що телекомунікаційні інформаційні технології лише застосовуються в процесі провадження окремих процесуальних дій, вони є засобами, але не «серцевиною», котрою вважаємо, все ж таки, процесуальні дії. Такі ж характерні риси, ознаки та умови, як «трансляція з іншого приміщення у режимі реального часу», «аудіовізуальна взаємодія», «забезпечення належної якості зображення і звуку» перегукуються у запропонованих авторських поняттях [14; 18, с. 108; 22] та й, в останньому цитованому випадку, із законодавчими положеннями частини 3 статті 336 КПК України [3].

Вже процитована нами вище відома українська науковиця-процесуалістка професорка Оксана Петрівна Кучинська підкреслює, що у рішеннях ЄСПЛ також указується на прийнятність відеоконференції, як однієї з форм участі обвинуваченого у судовому провадженні, що не суперечить принципам справедливості та публічності судового розгляду («Саїд – Ахмед Зубайраєв проти Росії», «Жуковський проти України», «Голубев проти Росії», «Марчелло Віола проти Італії», «Сахновський проти Росії», «Григор'євських проти Росії» тощо) [18, с. 108]. У продовження думки відзначаю, що хоча й питання використання відеоконференції у рішенні ЄСПЛ «Жуковський проти України» не було винесене, як першочергове для вирішення, все ж таки, важливим в розрізі задекларованої проблеми є те, що, судячи із офіційного перекладу рішення ЄСПЛ від 3 березня 2011 р. (п. 45), Суд висловив позицію, що «...національні органи вивчали різні способи отримання показань та обрали допит свідків у Російській Федерації за допомогою механізму міжнародної правової допомоги». При цьому Суд вважає «...що доступні сучасні технології могли б забезпечити більш інтерактивний спосіб допиту свідків з-за кордону, наприклад, з допомогою відеозв'язку», у процесі чого, серед іншого, у судів і для заявника могла виникнути можливість безпосередньо допитати свідків [10].

У цьому ж рішенні ЄСПЛ відзначено й про інші важливі складові для задекларованої проблематики, хоча й переважна більшість висновків стосується безпосередньо провадження у судах першої інстанції, хоча є й ті, які притаманні апеляційному провадженню, у тому числі, коли ставиться питання оцінки та переоцінки доказів, зокрема:

– ведучи мову про заходи, які є складовою сумлінності, судячи з офіційного перекладу, Суд акцентує, що сумлінність, з якою повинні діяти Договірні Сторони, є метою для того, щоб забезпечувати ефективне здійснення прав, які гарантуються статтею 6 Конвенції (див. рішення у справі «Садак та інші проти Туреччи-

ни» (*Sadak and Others v. Turkey*), заяви №29900/96, 29901/96, 29902/96 та 29903/96, п. 67, ECHR 2001-VIII; рішення від 4 грудня 2008 р. у справі «Трофімов проти Росії» (*Trofimov v. Russia*), заява № 1111/02, п. 33, та рішення від 5 лютого 2009 р. у справі «Макеєв проти Росії» (*Makeyev v. Russia*), заява № 13769/04, п. 36). Крім того, у випадку існування конкретної географічної перепони Суд також повинен вивчити, чи вжила держава-відповідач заходи, які достатньою мірою компенсували обмеження прав заявника (див., *mutatis mutandis*, рішення від 2 листопада 2010 р. у справі «Сахновський проти Росії» (*Sakhnovskiy v. Russia*) [ВП], №21272/03, п. 10) (пункт 43) [10].

Під таким кутом зору варто поглянути на ситуації, коли обвинувачений (за-суджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, а суд відмовив у цьому. Так, для прикладу, офіційна позиція Вищого антикорупційного суду, котра представлена його суддею-спікеркою Катериною Сікорою та оприлюднена для загалу полягає в тому, що проведення судового засідання у режимі відеоконференцв'язку є правом суду. Такий режим є радше винятком із загального правила (щоправда з введенням карантину та доповненням розділу IX «Перехідні положення» КПК України пунктом 20–5 ситуація дещо змінилась). Відповідні ухвали мають бути належно мотивовані (1497 – ухвал, котрими були задоволені клопотання. У це число включено й ухвали, котрі були ініціативою Суду. А 58 ухвалами у задоволенні таких клопотань було відмовлено). Але й за цих умов є випадки, коли деякі учасники наполягають на системній неможливості перебувати в судові засідання з огляду на постійне перебування на самоізоляції протягом строку дії карантину, що унеможливає досягнення завдань кримінального провадження і ускладнює його здійснення не лише у розумні строки, а й у строки, передбачені статтею 49 КК України, вплив яких є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності [20].

Що ж до унормованих у п'яти пунктах частини 1 ст. 336 КПК України підстав для проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження, то погоджуємося із дослідниками, що цей перелік «...не має виключного характеру» [19, с. 409], (про що, в принципі, прямо зазначено й у п. 5 ч. 1 ст. 336 КПК України), тому й до нього суд може відносити сучасну ситуацію із поширенням хвороби коронавірусу (COVID-19) [19, с. 409].

Серед підстав для відмови у задоволенні клопотань суддею-спікеркою Вищого антикорупційного суду наведено такі, як «необґрунтованість клопотання, недоведеності обставин, передбачених ч. 1 ст. 336 КПК України (відсутність доказів обмеження руху громадського транспорту, скрутного матеріального становища, що унеможливає прибуття до ВАКС, тощо). Відмова з огляду на неможливість проведення відеоконференції з використанням власних технічних засобів не з приміщення суду або установи попереднього ув'язнення (зокрема, з робочого місця адвоката, офісних приміщень учасників кримінального провадження з використанням, зокрема, платформи Skype). При цьому суд посилався на можливість

проведення відеоконференції у кримінальному процесі лише у межах приміщень судів (бо в іншому випадку унеможливилося виконання обов'язку судового розпорядника або секретаря судового засідання вручити пам'ятку про права та обов'язки, перевірити документи, що посвідчують особу)» [20]. З огляду всього, що нами вже вище наведено та чинних положень ч. 6 ст. 336 КПК України, така позиція Суду не повною мірою поділяється та підтримується, хоча за якихось конкретних обставин, про які нам не відомо, а авторкою їх не уточнено, можливо й вона може мати місце.

Були й випадки, коли задовольнялися клопотання, зокрема від обвинуваченої, котра постійно проживала на тимчасово окупованій території. Ці клопотання стосувалися проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції за допомогою власних технічних засобів. Суд вказав, що за цих обставин їх застосування він вважає єдиним способом забезпечення її права на доступ до суду. Були й відмови через зайнятість всіх майданчиків для проведення відеоконференції, а також через певну стадію, на якій перебуває судове провадження (дослідження речових доказів), що унеможливило реалізацію учасниками прав, передбачених ст. 357 КПК України [20]. Варто зважити, що, судячи із дати аналізованої публікації, такі підстави для відмови у задоволенні клопотань суддями *Вищого антикорупційного суду* були застосовані за умов чинності скасованої на сьогодні (такої, що втратила чинність) Інструкції «Про порядок роботи з технічними засобами відеозапису ходу і результатів процесуальних дій, проведених у режимі відеоконференції під час судового засідання (кримінального провадження)», що була затвердженою Наказом Державної судової адміністрації України № 155 від 15 листопада 2012 р. Бо ж на сьогодні Положенням [23] можливості застосування відеоконференцв'язку значно розширені, але, знову ж таки, ці новації не отримали жодного відображення ні у ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ні у ст. 336 КПК України. Та й нами вже вище було наведено тезу із перехідних положень Положення «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи», що підрозділ 3 розділу III, набирає чинності з дати початку функціонування підсистеми відеоконференцв'язку [23].

Отже, за ситуації, коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, то й суд, розглядаючи його, має, поряд із виконанням інших обов'язкових приписів, проявити й «... сумлінність, з якою повинні діяти Договірні Сторони. Вона є метою для того, щоб забезпечувати ефективно здійснення прав, які гарантуються ст. 6 Конвенції» [10]. За умов наявної географічної перепони суди мали б вживати заходів, які достатньою мірою компенсували б обмеження прав обвинуваченого (засудженого) [10].

2.2. Чи можливе, з урахуванням положень статті 336 КПК України, проведення судового розгляду в режимі відеоконференції з обвинуваченим (засудженим), який

заявив письмове клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді, у випадку неможливості забезпечення його безпосередньої участі чи доставки в зал судового засідання, а також, якщо обвинувачений становить загрозу/небезпеку життю чи здоров'ю інших учасників судового процесу в силу свого захворювання? [31]

Зараз спробуємо розглянути протилежну до аналізованої вже у першому питанні ситуацію. Так, ще у 2018 р. Першою судовою палатою Касаційного кримінального суду Верховного Суду було сформульовано підхід на кшталт того, що клопотання захисника про проведення апеляційного розгляду за особистою участю обвинуваченого, який утримується під вартою, чи за його участю в режимі відеоконференції без належного підтвердження, що таке звернення погоджено з обвинуваченим, саме по собі ще не свідчить про наявність підстав для обов'язкового задоволення зазначеного клопотання апеляційним судом. Суд, посилаючись на ч. 4 ст. 401 КПК України повважав, що реалізація права на участь в апеляційному розгляді, яке забезпечується обов'язковістю виклику в судові засідання, здійснюється безпосередньо обвинуваченим, який утримується під вартою, шляхом подання ним відповідного клопотання [32].

Із цього приводу, виникає запитання щодо того, що варто вважати таким «належним підтвердженням» у кожному випадку? Крім того, видається надто тонкою межа щодо дотримання (порушення) правила, про яке вже йшла мова на початку цієї публікації, що занадто суворе дотримання процесуального правила може становити загрозу самій суті права на доступ до суду (Labergère проти Франції, § 23) [16, п. 55], як і навпаки [16, п. 56].

У цій царині лише глобалізують наявну проблематику такі законодавчі підходи, які притаманні ст. 336 КПК України, коли надлишково допущене вживання оцінних понять, існування і глибину котрих й має довести у власному клопотанні учасник судового провадження, зокрема це «інші поважні причини», «оперативність судового провадження», «підстави, визначені судом достатніми», «інтереси кримінального провадження», про що вже зазначалося у публікаціях практиків [20].

У продовження розпочатого аналізу варто відзначити, що хоча й серед підстав ч. 1 ст. 336 КПК України у пункті 5 значиться й така із них, як «...наявності інших підстав, визначених судом достатніми», на наше переконання, її застосування у кожному випадку узалежнено від волевиявлення обвинуваченого (засудженого), котрий перебуває «...поза межами приміщення суду», адже крайнім реченням ч. 2 ст. 336 КПК України унормовано, що «...Суд не має права прийняти рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, якщо він проти цього заперечує» [3]. Побіжно відзначу, що вживання законодавцем у ч. 2 ст. 336 КПК України лише терміну «обвинувачений» є неправильним з огляду на положення частини 9 цієї ж статті.

До технічних засобів і технологій, котрі застосовувані в дистанційному судовому провадженні, частиною 3 аналізованої статті КПК України ставиться декілька вимог, зокрема: вони мають забезпечувати належну якість зображення і звуку, дотримання принципу гласності та відкритості судового провадження, а також інформаційну безпеку. Учасникам кримінального провадження має бути забезпечена можливість чути та бачити хід судового провадження, ставити запитання і отримувати відповіді, реалізовувати інші надані їм процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки, передбачені КПК України [3].

Очевидним є те, що виходячи із положень ч. 9 ст. 336 КПК України, наведені та цитовані вище вимоги частин статті 336 КПК України стосуються дистанційного судового провадження в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Якщо ці вимоги не забезпечені, то може виникати питання про порушення не лише процесуальних прав учасника судового провадження. Вже зазначалося, що через погану якість і швидкість інтернет-з'єднання, що негативно впливає на якість зображення та звуку, не в належній мірі можуть бути зреалізовані особою такі права, як висловлення протесту, постановка запитань, дача пояснень, заявлення клопотань тощо. При «подвійному» відеоконференцз'язку така проблема постає надгостро [20]. За таких реалій можемо припустити ймовірність порушення й конвенційного (ст. 6 §1 Конвенції), та і конституційного права (ст. 24 Конституції України).

Що ж стосується такої складової задекларованої проблематики, що якщо обвинувачений становить загрозу/небезпеку життю чи здоров'ю інших учасників судового процесу в силу свого захворювання, то вважаємо, що у цьому випадку варто звернутися до вимог глави 39 КПК України. Так, у ч. 4 ст. 503 КПК України мова йде про те, що до суспільно небезпечних осіб застосовуються примусові заходи медичного характеру. Що ж до обмежено осудних осіб, то досудове розслідування здійснюється за загальними правилами, передбаченими КПК України, а суд, ухвалюючи вирок, може врахувати стан обмеженої осудності, як підставу для застосування примусових заходів медичного характеру. Встановити такі стани особи можливо лише на підставі висновку психіатричної експертизи (ст. 509 КПК України). При цьому, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, користується правами підозрюваного та обвинуваченого в обсязі, який визначається характером розладу психічної діяльності чи психічного захворювання відповідно до висновку судово-психіатричної експертизи, та здійснює їх через законного представника, захисника (ч. 1 ст. 506 КПК України) [3]. Очевидно, що чинний КПК України не містить прямої заборони щодо здійснення судового провадження під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду й за умов здійснення кримінального провадження на підставі глави 39 КПК України. У цьому випадку, як одна із підстав, на наше переконання, може бути застосована та, котра наведена у п. 1

ч. 1 ст. 336 КПК України – неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження в судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин. При цьому, серед іншого, мають бути дотримані вимоги частини 1 статті 506 КПК України, які необхідно співвідносити із ч. 2 ст. 336 КПК України, зокрема про те, що суд не має права прийняти рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, якщо він проти цього заперечує. Схожою буде і ситуація при застосуванні ч. 3 ст. 514 КПК України при вирішенні питання про продовження, зміну або припинення застосування примусових заходів медичного характеру.

І наостанок, що стосується інформаційної безпеки застосовуваних в дистанційному судовому провадженні технічних засобів і технології, про яку йде мова у першому реченні частини 3 статті 336 КПК України, то на таку проблематику звертали увагу, як судді [20], так і науковці у власних дослідженнях під найрізноманітнішими кутами зору [14, с. 5 та ін.; 19; 33]. Висловлювалися й пропозиції щодо впровадження підсистеми захищеного відеоконференцв'язку [20]. Хоча й у п. 72 Положення «Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» вказано, що в цій системі не обробляється інформація з обмеженим доступом [23], актуальність проблематики не знімається. Судовий процес, в основі якого лежать інформаційні технології має бути особливо захищеним, бо може бути «зруйнований». Мова, в першу чергу, йде про захист інформації у кібернетичному просторі, тобто про кібербезпеку. Для прикладу, найпростішими додатковими безпеками відеоконференцій є такі правила, що мусять встановлюватися паролі, щоб не допустити незаконне втручання у їх перебіг. Мало б бути встановлено контроль доступу (обмеження доступу через Інтернет-домен тощо) та контроль доступу екрану. Налаштуванню безпечної передачі файлів (за планованої необхідності) теж варто приділити окрему увагу, а також забезпечити безпечне збереження трансляції [21]. Очевидно, що варто подумати над імплементацією міжнародного позитивного досвіду у цій царині [15]. У січні 2022 року судова система, як й інші державні інституції повною мірою відчували на собі масовані кібератаки, тому й життєва заходів на випередження їх згубних наслідків є надважливим.

ВИСНОВКИ

Логіка законодавчого викладу статті 336 КПК України має бути змінена. Слід розділити у цій нормі між собою два різновиди, зокрема: 1) засідання в режимі відеоконференції, де місцем проведення судових засідань, з обох сторін, є спеціально обладнана зала суду; 2) дистанційне судове провадження, при якому йде трансляція з іншого приміщення, яке знаходиться поза межами приміщення суду. Відповідні доповнення слід унести до статті 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Своєю чергою, новації Положення [23] щодо викорис-

танням власних технічних засобів при дистанційному судовому провадженні та електронного підпису мають отримати своє відображення й у вказаному Законі України та КПК України.

Констатовано частість двоякої процесуальної поведінки обвинувачених (засуджених) у площині розглядуваної проблематики. Зокрема, коли особа заявляє письмове клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді і суд не забезпечує її, зсилаючись на рівнозначність засідання у дистанційному режимі. Та коли обвинувачений (засуджений) чи його захисник заявили клопотання про забезпечення режиму відеоконференції, а суд відмовив у цьому або поступив «по своєму». При вирішенні судом (першої, апеляційної та касаційної інстанцій) питання здійснення судового провадження, як у режимі відеоконференції, так і під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), варто виходити не лише із тих підстав, котрі наведені у п'яти пунктах ч. 1 ст. 336 КПК України, а й із змоги в учасників судового процесу, за умов застосування котроїсь із таких підстав, реалізовувати надані їм процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Технічні засоби і технології, котрі застосовувалися в дистанційному судовому провадженні, мають відповідати вимогам ч. 3 ст. 336 КПК України. Сумлінність державних об'єктивних органів у цій царині має бути метою для того, щоб забезпечувати ефективне здійснення прав учасниками судового процесу. Вжиті державними органами заходи мають достатньою мірою компенсувати обмеження таких прав.

Хоча й серед підстав для здійснення судового провадження у режимі відеоконференції та під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження) у пункті 5 частини 1 статті 336 КПК України значиться й така із них, як «...наявності інших підстав, визначених судом достатніми», все ж таки крайнім реченням ч. 2 ст. 336 КПК України, її (цитованої підстави) застосування у кожному випадку законодавцем узалежнено від волевиявлення обвинуваченого (засудженого), котрий перебуває поза межами приміщення суду.

Чинний КПК України не містить заборони щодо здійснення судового провадження під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційного судового провадження) й за умов здійснення кримінального провадження на підставі глави 39 КПК України. У цьому випадку, як одна із підстав, може бути застосована та, котра наведена у п. 1 ч. 1 ст. 336 КПК України. При цьому, серед іншого, мають бути дотримані вимоги ч. 1 ст. 506 КПК України, які необхідно співвідносити, у тому числі, й із останнім реченням ч. 2 ст. 336 КПК України.

Судовий процес, в основі якого лежать інформаційні технології, має бути особливо захищеним, бо може бути «зруйнований». Слід забезпечити захист інформації у кібернетичному просторі при трансляції відеоконференції, а також вжити

заходів для безпечного збереження трансляції [21]. Очевидно, що варто подумати над імплементацією міжнародного позитивного досвіду у цій царині.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Ухвала Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.10.2021 р. у справі № 415/1698/12-к (провадження № 51–4999 км 20). URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/100359494> (дата звернення: 20.02.2022).
- [2] Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного суду від 29.07.2021 р. у справі № 320/2582/19 (провадження № 51–1524 км 21). URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/98728751> (дата звернення: 20.02.2022).
- [3] Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 (у ред. від 05.01.2022). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> (дата звернення: 20.02.2022).
- [4] Shylo O. H., Hlynska N. V. The role of the Supreme Court in the mechanism of ensuring the sustainability and unity of judicial practice: some aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2020. Vol. 27, No. 3. P. 128–141. URL: <http://visnyk.kh.ua/uk/journals/visnik-naprmu-3-2020-r> (дата звернення: 20.02.2022).
- [5] Basysta I., Halahan V. Problems of adherence by Ukraine to international commitments in resolution of cases in trials that took place in temporarily occupied territories. *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*. 2018. № 4. P. 119–135. URL: <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/view/153256> (дата звернення: 20.02.2022).
- [6] Науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді Ірини Басистої щодо судового провадження у режимі відеоконференції (на виконання звернення від судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Луганського Ю. М. у справі № 415/1698/12-к) від 24.01.2022 р. 9 с.
- [7] Petryshyn O. V., Petryshyn O. O., Hyliaika O. S. The problem of non-implementation of judgements of the European Court of Human Rights in Ukraine in the context of the rule of law (methodological and comparanive aspects). *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28, No. 2. P. 17–24. URL: <http://visnyk.kh.ua/uk/article/problemi-nevikonannya-rishen-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-v-ukrayini-v-konteksti-verkhovenstva-prava-metodologichny-ta-porivnyalny-aspekti> (дата звернення: 20.02.2022).
- [8] Kaplina O., Tumanyants A. ECtHR decisions that influenced the criminal procedure of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2021. 1(9). P. 102–121. URL: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.1-a000048> (дата звернення: 20.02.2022).
- [9] Shchur B. V., Basysta I. V. ECHR decision to refuse to waive the immunity of a person under article 1 of the Protocol no.6: individual interpretations of the essence and consequences. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28, No. 3. P. 257–267. URL: <http://visnyk.kh.ua/uk/article/rishennya-yespl-providmovu-u-znyatti-z-osobi-imunitetu-peredbachenogo-statteyu-1-shostogo-protokolu-okremi-pidkhodi-do-rozumynnya-sutnosti-ta-naslidkiv> (дата звернення: 20.02.2022).
- [10] Рішення ЄСПЛ у справі «Жуковський проти України» від 03.03.2011 р. (заява № 31240/03). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_714#Тех (дата звернення: 20.02.2022).
- [11] Omarova Ai., Vlasenko S. International Standards of Juvenile Justice: Its Creation and Impact on Ukrainian Legislation. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. 1(13). P. 116–126. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.1-n000100/> URL:

- <http://ajee-journal.com/international-standards-of-juvenile-justice-its-creation-and-impact-on-ukrainian-legislation> (дата звернення: 20.02.2022).
- [12] Kaplina O. V., Kuchynska O. P., Krukevych O. M. Interrogation of minor and juvenile witnesses in criminal proceedings: current state and prospects for improvement. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28. No. 3. P. 268–276. URL: <http://visnyk.kh.ua/uk/article/dopit-malolitnikh-ta-nepovnolitnikh-svidkiv-u-kriminalnomu-provadhenni-aktualny-stand-ta-perspektivi-udoskonalennya> (дата звернення: 20.02.2022).
- [13] Zhuravel V. A., Konovalova V. E., Avdeyeva G. K. Reliability evaluation of a forensic expert's opinion: world practices and Ukrainian realities. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28. No. 2. P. 252–261. URL: <http://visnyk.kh.ua/uk/article/otsinka-dostovirnosti-visnovku-sudovogo-eksperta-svitovi-praktiki-ta-ukrayinski-realiyi> (дата звернення: 20.02.2022).
- [14] Бежанова А. В. Застосування режиму відеоконференції у кримінальному судочинстві : дис. ... д-ра філософії : спец. 081 / Одеса : Одес. держ. ун-т внутр. справ, 2021. 267 с. URL: <http://oduv.edu.ua/wp-content/uploads/2016/06/Disertatsiya-Byezhanova.pdf> (дата звернення: 20.02.2022).
- [15] Griffith V. Чи потрібно Україні розробити міжнародні угоди про захист персональних даних, пов'язаних із запобіганням, розслідуванням, визначенням та переслідуванням кримінальних правопорушень, використовуючи за модель подібні угоди між США та ЄС? URL: <https://www.facebook.com/abaroli.ukraine/> (дата звернення: 20.02.2022).
- [16] Посібник зі статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Право на справедливий суд (крим. проц. аспект) І частина (пункти 1–299) / пер. з англ. О. Дроздова, О. Дроздової. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/96a0f2399c11b6f75587_file.pdf (дата звернення: 20.02.2022).
- [17] Кравчук В. Забезпечення права на доступ до суду осіб, які перебувають під вартою або в місцях позбавлення волі. URL: http://www.vasu.gov.ua/nkr/nauk_graci/dostup_do_sudu_v_miscah_rozbav_voli (дата звернення: 20.02.2022).
- [18] Кучинська О. П. Відеоконференція у кримінальному провадженні. *Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т.* Харків : Право, 2016. Том 19. *Кримінальний процес, судоустрій, прокуратура та адвокатура* / редкол. В. Т. Нор (гол.) та ін. Нац. акад. прав. наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2020. С. 108.
- [19] Пасюк Т. В., Цимбал П. В. Проблемні питання застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі під час пандемії. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 408–411. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2020/102.pdf (дата звернення: 20.02.2022).
- [20] Сікора К. Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції у кримінальному судочинстві: нюанси та проблеми. *Судебно-юридическа газета (блог)*. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/212639-provedennya-protseualnikh-diy-u-rezhimi-videokonferentsiyi-u-kriminalnomu-sudochinstvi-nyuansi-ta-problemi> (дата звернення: 20.02.2022).
- [21] Соколов А. В. Інформаційна безпека та захист даних в проєктній діяльності. *Управління науковими та освітніми проєктами* : матеріали Всеукр. наук.-педагог. підвищення кваліфікації. (Центр українсько-європейського наукового співробітництва, 17 лют. 2022 р). URL: <https://cuesc.org.ua/novini/zavershivsya-kurs-lektsij-prisvyachenij>

- upravlinnyu-naukovimi-ta-osvitnimi-proyektami/ (<https://www.youtube.com/watch?v=6VQohktD5ag>) (дата звернення: 20.02.2022).
- [22] Шульга Н. В. Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 208 с.
- [23] Про порядок функціонування окремих підсистем (модулів) Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи : положення, затв. Рішенням Вищої ради правосуддя 17.08.2021 № 1845/0/15–21. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1845910-21#n22> (дата звернення: 20.02.2022).
- [24] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 20.02.2022).
- [25] Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР (у ред. від 01.01.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>
- [26] Посібник зі статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Право на справедливий суд (цивільна частина) / підгот. дослід. підрозділом Європейського Суду з прав людини (посилання на прецеденти від 01.05.2013 р.). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 20.02.2022).
- [27] Рішення Конституційного Суду України у справі № 1–10/2012. за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12.04.2012 № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12#Text> (дата звернення: 20.02.2022).
- [28] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV (у ред. Від 01.01.2022). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 20.02.2022).
- [29] Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII (у ред. від 01.01.2022). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 20.02.2022).
- [30] Про затвердження Інструкції з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів : Наказ Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Державної судової адміністрації України, Генеральної прокуратури України від 26.05.2015 № 613/785/5/30/29/67/68 (у ред. від 26.05.2015). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0698-15#Text> (дата звернення: 20.02.2022).
- [31] Звернення від судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Луганського Ю. М. до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді у справі № 415/1698/12-к (провадження № 51-4999кмо20).
- [32] Верховний Суд роз'яснив підстави участі обвинуваченого в судовому засіданні в режимі відеоконференції. *Українське право*. 2018, груд. URL: <https://ukrainepravo.com/news/ukraine/vs-roz-yasnyv-pidstavy-uchasti-obvynuvachenogo-v-sudovomu-zasidanni-v-rezhymi-videokonferentsiyi-/> (дата звернення: 20.02.2022).
- [33] Basysta I., Shepitko I., Shutova O. Protection and Risks of Illegal Divulgence of Banking Secrecy in Ukrainian Criminal Proceeding. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2020. Iss. 4(8). P. 298–305. URL: http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1606849435.pdf (дата звернення: 20.02.2022).

REFERENCES

- [1] Judgment of the Second Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (2021, October, in case № 415/1698/12-k). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100359494>
- [2] Resolution of the First Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court (2021, July, in case № 320/2582/19). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98728751>
- [3] Criminal Procedure Code of Ukraine (2012, April). Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8>
- [4] Shylo, O. H., & Hlynska, N. V. (2020). The role of the Supreme Court in the mechanism of ensuring the sustainability and unity of judicial practice: some aspects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 27(3), 128–141. Retrieved from <http://visnyk.kh.ua/uk/journals/visnik-naprnu-3-2020-r>
- [5] Basysta, I., & Halahan, V. (2018). Problems of adherence by Ukraine to international commitments in resolution of cases in trials that took place in temporarily occupied territories. *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*, 4, 119–135. Retrieved from <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/view/153256>
- [6] Scientific opinion of Iryna Basysta, a member of the Scientific Advisory Board at the Supreme Court, on court proceedings by videoconference (in pursuance of an appeal from a judge of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court in case № 415/1698/12-k). 2022, January.
- [7] Petryshyn, O. V., Petryshyn, O. O., & Hyliaka, O. S. (2021). The problem of non-implementation of judgements of the European Court of Human Rights in Ukraine in the context of the rule of law (methodological and comparative aspects). *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(2), 17–24. Retrieved from <http://visnyk.kh.ua/uk/article/problemi-nevikonannya-rishen-yevropeyskogo-sudu-z-pravlyudini-v-ukrayini-v-konteksti-verkhovnstva-prava-metodologichny-ta-porivnyalny-aspekti>
- [8] Kaplina, O., & Tumanyants, A. (2021). ECtHR decisions that influenced the criminal procedure of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(9), 102–121. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.1-a000048>
- [9] Shchur, B. V., & Basysta, I. V. (2021). ECHR decision to refuse to waive the immunity of a person under article 1 of the Protocol no.6: individual interpretations of the essence and consequences. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 257–267. Retrieved from <http://visnyk.kh.ua/uk/article/rishennya-yespl-pro-vidmovu-uznyatti-z-osobi-imunitetu-peredbachenogo-statteyu-1-shostogo-protokolu-okremi-pidkhodi-do-rozuminnya-sutnosti-ta-naslidkiv>
- [10] Judgment of the European Court of Human Rights of March 3, 2011 in the case of Zhukovsky v. Ukraine (Application № 31240/03) (Official translation). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_714#Tex
- [11] Omarova, Ai., & Vlasenko, S. (2022). International Standards of Juvenile Justice: Its Creation and Impact on Ukrainian Legislation. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(13), 116–126. DOI: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.1-n000100/> Retrieved from <http://ajee-journal.com/international-standards-of-juvenile-justice-its-creation-and-impact-on-ukrainian-legislation>

- [12] Kaplina, O. V., Kuchynska, O. P., & Krukevych, O. M. (2021). Interrogation of minor and juvenile witnesses in criminal proceedings: current state and prospects for improvement. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 268–276. Retrieved from <http://visnyk.kh.ua/uk/article/dopit-malolitnikh-ta-nepovnolitnikh-svidkiv-u-kriminalnomu-provazhenni-aktualny-stand-ta-perspektivi-udoshkonalennya>
- [13] Zhuravel, V. A., Konovalova, V. E., & Avdeyeva, G. K. (2021). Reliability evaluation of a forensic expert's opinion: world practices and Ukrainian realities. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(2), 252–261. Retrieved from <http://visnyk.kh.ua/uk/article/otsinka-dostovirnosti-visnovku-sudovogo-eksperta-svitovi-praktiki-ta-ukrayinski-realiyi>
- [14] Bezhanova, A. V. (2021). Application of videoconferencing regime in criminal proceedings (Master's dissertation, Odessa State University of Internal Affairs, Ukraine). Retrieved from <http://oduvs.edu.ua/wp-content/uploads/2016/06/Disertatsiya-Byezhanova.pdf>
- [15] Griffith, B. (2022). Does Ukraine need to develop international agreements on the protection of personal data related to the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offenses, using similar agreements between the US and the EU? Retrieved from <https://www.facebook.com/abaroli.ukraine/>
- [16] Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb) Part I (paragraphs 1–299) / translated from English by O. Drozdov, O. Drozdova. Retrieved from https://unba.org.ua/assets/uploads/96a0f2399c11b6f75587_file.pdf
- [17] Kravchuk, V. Ensuring the right of access to court for persons in custody or places of imprisonment. Retrieved from http://www.vasu.gov.ua/nkr/nauk_praci/dostup_do_sudu_v_miscah_pozbav_voli
- [18] Kuchynska, O. P. (2020). Videoconference in criminal proceedings. Great Ukrainian legal encyclopedia: in 20 volumes. Kharkiv: Law. Vol. 19. *Criminal procedure, judiciary, prosecutor's office and advocacy* / editor. V. T. Nor (chairman) and others. *National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 108.
- [19] Pasyuk, T. V., & Tsimbal, P. V. (2020) Problematic issues of using videoconferencing in criminal proceedings during a pandemic. *Legal scientific electronic journal*, 8, 408–411. Retrieved from http://www.lsej.org.ua/8_2020/102.pdf
- [20] Sikora, K. (2021). Carrying out procedural actions in the mode of videoconference in criminal proceedings: nuances and problems. *Judicial and legal newspaper (blog)*. Retrieved from <https://sud.ua/ru/news/blog/212639-provedennya-protsestualnikh-diy-u-rezhimi-videokonferentsiyi-u-kriminalnomu-sudochinstvi-nyuansi-ta-problemi>
- [21] Sokolov, A. V. (2022, February). Information security and data protection in project activities. *Management of scientific and educational projects: materials of the All-Ukrainian scientific and pedagogical advanced training*. Center for Ukrainian-European Scientific Cooperation. Retrieved from <https://cuesc.org.ua/novini/zavershivsya-kurs-lektsij-prisvyachenij-upravlinnyu-naukovimi-ta-osvitnimi-proyektami/> <https://www.youtube.com/watch?v=6VQohktD5ag>
- [22] Shulga, N. V. (2019). Carrying out of procedural actions in the mode of videoconference in criminal proceedings (Master's dissertation, Kyiv, Ukraine).
- [23] On the Procedure for Functioning of Certain Subsystems (Modules) of the Unified Judicial Information and Telecommunication System: Regulation № 1845/0/15–21 approved by

- the Decision of the High Council of Justice (2021, August). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1845910-21#n22>
- [24] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, November). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
- [25] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>
- [26] Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb) / the translation was published in agreement with the Council of Europe and the European Court of Human Rights and is the sole responsibility of ILF Law Firm and the Ukrainian Helsinki Human Rights Union. Retrieved from https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf
- [27] Judgment of the Constitutional Court of Ukraine in case № 1–10/2012. on the constitutional appeal of the Troyan Anton Pavlovych regarding the official interpretation of the provisions of Article 24 of the Constitution of Ukraine (case on equality of arms of the court proceedings) (2012, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12#Text>
- [28] Civil Procedure Code of Ukraine. (2004, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
- [29] On the Judiciary and the Status of Judges: Law of Ukraine (2016, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>
- [30] On approval of the Instruction on the organization of escorting and keeping in court defendants convicted at the request of the court: Joint Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Ministry of Justice of Ukraine, the Supreme Court of Ukraine, the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, the State Judicial Administration of Ukraine, the Prosecutor General's Office of Ukraine (2015, May). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0698-15#Text>
- [31] Appeal from the judge of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court to the members of the Scientific Advisory Board at the Supreme Court in case № 415/1698/12-k (proceedings № 51-4999кмо20) with registration number 1/0/26-22 from 4.01.2022 on 5 sheets.
- [32] The Supreme Court clarified the grounds for the accused's participation in the trial by videoconference. *Ukrainian law*. (2018, November). Retrieved from [https://ukrainepravo.com/news/ukraine/vs-roz-yasnyv-pidstavy-uchasti-obvynuvachenogo-v-sudovomu-zasidanni-v-rezhymi-videokonferentsiyi-/](https://ukrainepravo.com/news/ukraine/vs-roz-yasnyv-pidstavy-uchasti-obvynuvachenogo-v-sudovomu-zasidanni-v-rezhymi-videokonferentsiyi/)
- [33] Basysta, I., Shepitko, I., & Shutova, O. (2020). Protection and Risks of Illegal Divulgence of Banking Secrecy in Ukrainian Criminal Proceeding. *Access to Justice in Eastern Europe*, 4(8), 298–305. Retrieved from http://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1606849435.pdf

Богдан Володимирович Щур

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Національна академія правових наук України

61024, вул. Пушкінська, 70, Харків, Україна

Завідуючий кафедрою кримінального права та процесу
Львівський торговельно-економічний університет
79005, вул. Туган-Барановського, 10, Львів, Україна

Ірина Володимирівна Басиста

Докторка юридичних наук, професорка
Професорка кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівський державний університет внутрішніх справ
79007, Городоцька, 26, Львів, Україна

Bohdan V. Shchur

Doctor of Law, Professor
Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

Head of the Department of Criminal Law and Procedure
Department of Criminal Law and Procedure
Lviv University of Trade and Economics
79008, 10 Tuhon-Baranovskyi Str., Lviv, Ukraine

Iryna V. Basysta

Doctor of Law, Professor
Professor of the Department of Criminal Procedure and Criminology
Lviv State University of Internal Affairs
79007, 26 Horodotska Str., Lviv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Щур Б. В., Басиста І. В. Судове провадження у режимі відеоконференції та трансляція з іншого приміщення, у тому числі, яке знаходиться поза межами приміщення суду: окремі підходи до розуміння та проблеми реалізації. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 242–267.

Suggested Citation: Shchur, B. V., & Basysta, I. V. (2022). Court proceeding in a video-conference mode and broadcasting it from other rooms, including those outside the court premises: specific approaches for understanding and the problems of implementation. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 242–267.

Стаття надійшла / Submitted: 23.06.2022
Доопрацьовано / Revised: 25.07.2022
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

РЕФОРМА СУДОВОЇ СИСТЕМИ. ПРОКУРАТУРА. РОЗВИТОК АДВОКАТУРИ

УДК 342.56

DOI: 10.31359/1993-0909-2022-29-3-268

Анатолій Миколайович Колодій

*Київський регіональний центр
Національна академія правових наук України,
Київ, Україна*

Сергій Олександрович Халюк

*Кафедра конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ,
Київ, Україна*

ДИСЦИПЛІНАРНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ ТА ВІДПОВІДНИХ ОРГАНІВ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Анотація. У статті здійснюється аналіз дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах. Актуальність такого дослідження обумовлена тим, що судово-правова реформа 2016 року започаткувала суттєві зміни правового статусу Вищої ради правосуддя як центрального органу з питань дисциплінарної відповідальності суддів. Проблеми реалізації повноважень Вищої ради правосуддя ставали об'єктом наукових розробок серед науковців у зв'язку з необхідністю удосконалення правового статусу даного органу. При цьому теоретико-правові підходи щодо змісту поняття дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя переважно відсутні. Відповідно метою даної статті є потреба в теоретико-правовому та порівняльному аналізі доктринальних джерел, міжнародних актів та законодавства зарубіжних країн з питань, які стосуються поняття та змісту дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах. Для досягнення поставленої мети у роботі використовується система методів наукового пізнання, зокрема загальнонаукові, спеціальні, а також власно-юридичні. Автором виокремлена система дисциплінарних повноважень із загальної кількості повноважень Вищої ради правосуддя. Наголошено на особливостях дисциплінарної відповідальності суддів та прокурорів як особливої категорії державних службовців до дисциплінарної відповідальності. Проаналізовані норми національного законодавства, які регулюють дисциплінарну відповідальність

суддів, а також відповідне міжнародне законодавство. Також в статті досліджено законодавство окремих країн світу щодо діяльності органів відповідних Вищій раді правосуддя в частині наданих дисциплінарних повноважень з метою формування конкретних пропозицій до національного законодавства України. Запропоновано рекомендації щодо вдосконалення механізму притягнення суддів і прокурорів до дисциплінарної відповідальності в Україні.

Ключові слова: дисципліна, повноваження, відповідальність, статус, Вища рада правосуддя.

Anatoliy M. Kolodiy

Kyiv Regional Center
National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Kyiv, Ukraine

Serhii O. Khaliuk

Department of Constitutional Law and Human Rights,
National Academy of Internal Affairs,
Kyiv, Ukraine

DISCIPLINARY POWERS OF THE SUPREME COUNCIL OF JUDICIARY IN UKRAINE AND CORRESPONDING BODIES IN FOREIGN COUNTRIES: A COMPARATIVE ANALYSIS

Abstract. *The article analyzes the disciplinary powers of the High Council of Justice and relevant bodies in foreign countries. The relevance of such a study is due to the fact that the judicial reform of 2016 initiated significant changes in the legal status of the High Council of Justice as the central body for the disciplinary responsibility of judges. Problems of implementing the powers of the High Council of Justice became the object of scientific research among scientists in connection with the need to improve the legal status of this body. At the same time, theoretical and legal approaches to the content of the concept of disciplinary powers of the High Council of Justice are mostly absent. Accordingly, the purpose of this article is the need for a theoretical-legal and comparative analysis of doctrinal sources, international acts and legislation of foreign countries on issues related to the concept and content of disciplinary powers of the High Council of Justice and relevant bodies in foreign countries. To achieve the goal, the work uses a system of methods of scientific knowledge, including general scientific, private, and special legal methods. The author singled out the system of disciplinary powers from the total number of powers of the Supreme Council of Justice. The peculiarities of disciplinary responsibility of judges and prosecutors as a special category of civil servants subject to disciplinary responsibility are emphasized. The norms of national legislation, which regulate the disciplinary responsibility of judges, as well as the relevant international legislation, are analyzed. The article also examines the legislation of individual countries of the world regarding the activities of the bodies corresponding to the High Council of Justice in terms of the disciplinary powers*

granted in order to formulate specific proposals to the national legislation of Ukraine. Recommendations are offered to improve the mechanism of involving judges and prosecutors to disciplinary responsibility in Ukraine.

Keywords: *discipline, authority, responsibility, status, Supreme Council of Justice.*

ВСТУП

Питання відповідальності суддів та прокурорів є одними з найскладніших в їх правовому статусі. В разі, якщо ми говоримо про суддів, то можливість притягнення їх до відповідальності забезпечує баланс між незалежністю судді, яка не передбачає безконтрольності та безвідповідальності, та його обов'язками перед суспільством. А тому, одним із найважливіших елементів правового статусу суддів є спеціальний порядок притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

Особливості правового регулювання в національному законодавстві України і наявні наукові підходи щодо статусу суддів та прокурорів в Україні підтверджують наявність комплексного міжгалузевого правового інституту дисциплінарної відповідальності суддів і прокурорів, який утверджується нормами різних галузей права. До того ж, особливо гостро, в контексті проблеми, що досліджується, стоїть питання співвідношення притягнення до відповідальності, з одного боку, і незалежності суддівського корпусу та прокурорів, з іншого.

Зважаючи на предмет нашого дослідження, ми можемо дозволити собі дослідження лише однієї зі складових дисциплінарної відповідальності. Тобто, у даному випадку ми приділимо основну увагу органу, який наділений повноваженнями щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності. А у випадку з прокурорами – про можливість оскарження рішень щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності. Зрозуміло, що у нашому випадку – це Вища рада правосуддя, як суб'єкт притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів та оскарження такого рішення (щодо прокурорів). Здійснений аналіз національного законодавства України з цього приводу призвів до низки узагальнень, які ми спробуємо сформулювати у діалектичному взаємозв'язку з відповідними міжнародними актами та національним законодавством окремих зарубіжних країн.

Зауважимо, що органи відповідні Вищій раді правосуддя України існують в різних країнах і виконують функцію із притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності: Аргентина, Болгарія, Вірменія, Іспанія, Італія, Литва, Франція, країни Латинської Америки тощо. Інший тип організації початкового суддівського дисциплінарного органу закріплений, наприклад, в Німеччині, Польщі, США, де рішення про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності виносить суд або інший орган (наприклад дисциплінарний комісар), а судова рада здійснює досудове розслідування [1, с. 217]. У контексті забезпечення суддівської незалежності як у самому суддівському середовищі, так і в національній юридичній науці обговорюються пропозиції, пов'язані з реалізацією дисциплінарних повноважень, в тому числі дискутуються питання щодо допустимості суміщення в меж-

ах однієї судової ради – кадрових, організаційних, контрольних і дисциплінарної функцій. У тому числі, щодо оптимальної організаційної форми дисциплінарного органу для суддів – суду чи судової ради.

При цьому дисциплінарні процедури повинні надавати обвинуваченим суддям усі процесуальні гарантії, передбачені у ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р., включаючи право захищати себе особисто або за допомогою адвоката на свій вибір. Рішення, прийняті дисциплінарним органом, мають бути обґрунтованими та можуть бути оскаржені у компетентному суді.

Загалом, зарубіжний досвід з питань дисциплінарної відповідальності судді свідчить про те, що провадження можуть здійснюватися судовими радами (Азербайджан, Бахрейн, Грузія, Мавританія, Марокко, Португалія, Того та Хорватія) або аналогічними їм незалежними органами – Канцелярія Радника з дисциплінарних питань (Боснія та Герцеговина); Комітет суддів та магістратів (Мальта); Судовий дисциплінарний комітет (Республіка Корея). В інших країнах усі дисциплінарні провадження реалізуються національними судами (Боснія та Герцеговина, Данія, Йорданія, Коста-Ріка, Литва, Непал, Норвегія, Польща, Сальвадор, Північна Ірландія, Філіппіни, Чехія та Естонія), у той час як в окремих випадках національні суди мають справу лише з рішеннями у дисциплінарних провадженнях в справах щодо суддів судів вищих інстанцій (Швеція) [2].

Таким чином, варто констатувати, що аналіз окремих міжнародних актів, зарубіжного та національного законодавства та юридичної доктрини надає нам підстави виокремити ключовий елемент щодо дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя України та відповідних органів у зарубіжних країнах. Цим ключовим елементом, з нашої точки зору, є розподіл дисциплінарних повноважень з метою забезпечення їх збалансованості та усунення концентрації і надлишковості. Адже первинним є незалежність судді. А тому, варто погодитись з позицією окремих вчених стосовно того, що напевно, невиправданою є практика об'єднання в одному органі (Вищій раді правосуддя) здійснення дисциплінарного провадження щодо суддів: первинний розгляд дисциплінарної справи дисциплінарними палатами та апеляційний перегляд рішення первинного дисциплінарного органу про притягнення чи відмову у притягненні судді до дисциплінарної відповідальності пленарним складом Вищої ради правосуддя. Виявилось, що такий підхід не забезпечує єдності практики в діяльності дисциплінарних палат і не усуває деяких суб'єктивних чинників у підходах до розгляду певних категорій дисциплінарних справ [3, с. 22]. Таким чином, наявність збалансованого підходу щодо дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах згідно з якими вони не будуть поєднувати в собі повноваження органу дізнання, слідства і суду є ключовим.

Вищеозначене свідчить про дискусійність зазначеної проблеми у науковій спільноті та серед практиків, зокрема в межах такої категорії як «конституційно-

правовий статус Вищої ради правосуддя». Аналіз сутності та змісту поняття «дисциплінарних повноважень» як елементу конституційно-правового статусу Вищої ради правосуддя з урахуванням зарубіжного досвіду сприятиме подальшим науковим розробкам, які будуть спрямовані на внесення обґрунтованих пропозицій щодо подальшого удосконалення згаданого статусу.

Серед науковців, які частково торкалися окресленої проблеми в межах власних досліджень щодо Вищої ради правосуддя можна виокремити О. А. Боровицького [4], О. В. Гончаренка, О. Б. Демидюка [5], В. В. Долежана, В. О. Євдокимова, Р. В. Ігоніна, В. М. Колесниченко, М. І. Козюбру, Ю. О. Косткіну [6], В. В. Кривенка, І. В. Назарова, В. Т. Нора, Ю. Є. Полянського, С. В. Прилуцького [7], В. І. Татькова, В. І. Шишкіна, В. Л. Федоренка [8], М. І. Хавронюка та ін.

1. МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ

Проблема дослідження дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах діалектично поєднана із поняттям конституційно-правового статусу даного органу та є актуальною зважаючи на доктринальні джерела у вітчизняній правовій науці. А тому, обраний методологічний інструментарій в дослідженні дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах є важливим засобом для отримання максимально об'єктивної характеристики предмету нашого дослідження. Безсумнівно, що від правильного вибору методології залежить достовірність та повнота отримання наукових результатів.

При цьому, зважаючи на безпосередній зв'язок дисциплінарних повноважень та правового статусу Вищої ради правосуддя передбачаємо необхідність у використанні різних методів, прийомів, підходів, які необхідні для проведення дослідження. Зрозуміло, що вибір цих інструментів дослідження обумовлюється поставленою метою, визначеним предметом, сформульованими завданнями, а також характером наявного матеріалу обраного дослідження. А тому, сукупність обраних методів, підходів, прийомів утворює відповідно упорядковану систему, що визначає у заданій послідовності їх використання з теоретичними та емпіричними матеріалами.

Водночас, сучасне дослідження вимагає формування новітньої, відповідної вимогам і викликам часу методології його пізнання, яке має вирішуватись шляхом підбору методологічних інструментів, заснованих на методології права загалом і методології конкретної юридичної науки, у межах якої здійснюється наукове дослідження [8, с. 25]. Саме тому, методологічна основа наукового пізнання дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах повинна забезпечити його вивчення з огляду на критичне переосмислення наявних у науці конституційного права знань та появу і формулювання нових.

Загалом, методологія – складне, багатозначне поняття і в різних наукових та енциклопедичних джерелах визначається по-різному. Проте, в межах нашого дослідження пропонуємо авторське визначення методології дослідження дисциплі-

нарних повноважень Вищої ради України та відповідних органів зарубіжних країн як виокремлену систему предметно зумовлених філософсько-світоглядних підходів, принципів, загальнонаукових, спеціальних та власно-правових методів, які мають комплексний характер застосування з метою осмислення предмета дослідження та опису його результатів.

Методологічною основою публікації стало застосування сукупності методів, з допомогою яких можлива реалізація наукової мети. До таких методів можна віднести, передусім, діалектичний, системно-структурний, метод формальної логіки (аналіз, синтез, узагальнення), герменевтики, які дали змогу опрацювати тексти нормативно-правових актів, доктринальних джерел, а також сприяли формуванню змісту наукової авторської позиції згідно з поставленим авторським завданням. Крім того, застосування даних методів надає можливість проведення якісного аналізу дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя України та відповідних органів у зарубіжних країнах в процесі її реалізації та надасть можливість сформулювати якісні висновки, пропозиції та рекомендації.

Системно-структурний метод був застосований для опрацювання змісту дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя, а логіко-семантичний використано для вдосконалення понятійного апарату теми, що досліджується.

Із середовища спеціальних був використаний статистичний метод. Цей метод застосовується при дослідженні кількісних аспектів змін у державно-правовому житті. Даний метод допоміг прослідкувати динаміку та тенденції подальшого розвитку нормативного тлумачення і обробити його результати для наукових та практичних цілей. В контексті нашого дослідження з його допомогою вдалося визначити кількісні та якісні показники щодо повноважень Вищої ради правосуддя, зокрема, з питань притягнення суддів до відповідальності, оскарження рішень про притягнення до відповідальності прокурорів, з питань опрацювання скарг та звернень до Вищої ради правосуддя.

Метод тлумачення права був використаний при з'ясуванні змісту норми ст. 131 Конституції України та інших норм, які забезпечують її реалізацію і становлять нормативну базу дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя та відповідних органів у зарубіжних країнах. До того ж, метод інтерпретації використовувався при роз'ясненні конституційно-правових норм із застосуванням відповідних видів тлумачення.

Додатково в процесі дослідження використані теоретичні положення, розроблені в галузях конституційного права, теорії держави і права, міжнародного, кримінального, кримінально-процесуального, адміністративного, цивільного права.

2. РЕЗУЛЬТАТИ ТА ОБГОВОРЕННЯ

2.1 Поняття та види дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя

Розпочинаючи розгляд дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя вважаємо необхідним розмежувати окремі поняття, які фактично утворюють

зміст згаданої категорії. Адже національне законодавство не передбачає такої категорії як «дисциплінарні повноваження», а тому видається цілком виправданим виокремити складові, які наповнюють її зміст.

Отже, найперше, варто визначити суть категорії «дисципліна», яка у перекладі з латини (*disciplina*) означає суворий порядок, організацію. Вона виявляється у ретельному дотриманні соціальних принципів і норм поведінки, у звичці до порядку, додержанні законів, а також у підпорядкуванні власного інтересу інтересам організації [9, с. 257]. У тлумачному словнику української мови її визначають як «твердо встановлений порядок, дотримання якого є обов'язковим для всіх членів даного колективу; витриманість, звичка до суворого порядку [10, с. 287]. В свою чергу, у політологічному енциклопедичному словнику «дисципліна» розглядається як певний стиль поведінки людей, який відповідає нормам права й моралі, що склалися в суспільстві, або вимогам певної організації. Завдяки їй поведінка індивідів набуває упорядкованого характеру, що забезпечує колективну діяльність і функціонування соціальної й політичної організації [11, с. 160]. Тобто, узагальнено йде мова про унормований визначений порядок дій певного кола осіб, що має забезпечити належне функціонування тієї чи іншої соціальної організації чи політичного органу управління. Як наслідок, діалектично пов'язаним продовження категоріального ряду є розуміння трудової дисципліни як різновиду державної, виконавської чи виробничої. Адже «...найважливішою умовою існування й розвитку будь-якого цивілізованого суспільства є дисципліна. При цьому трудова дисципліна спрямована на забезпечення єдності дій працівників трудового колективу, вона виступає необхідною умовою їх спільної праці» [12, с. 171].

Проте і в цьому випадку законодавство не містить чіткої дефініції «трудова дисципліна». Лише Кодекс законів про працю від 10 грудня 1971 р. у ст. 139 присвяченій обов'язкам працівників вказано, що «працівники зобов'язані працювати чесно і сумлінно, своєчасно і точно виконувати розпорядження власника або уповноваженого ним органу, додержувати трудової і технологічної дисципліни, вимог нормативних актів про охорону праці, дбайливо ставитися до майна власника, з яким укладено трудовий договір» [13]. На думку В. І. Прокопенка, трудова дисципліна є установленим нормами права порядком взаємовідносин учасників трудового процесу, який визначає точне виконання ними своїх трудових функцій [14, с. 403].

При цьому, Н. С. Панова зауважує, що підвищення ефективності роботи державних службовців тісно пов'язується з розумінням того, що кожний проступок, вчинений державним службовцем під час своєї професійної діяльності, має викликати відповідне реагування з боку компетентних осіб. Водночас державний службовець повинен бути захищеним від дій, вчинків чи рішень керівників, що суперечать закону, а дисциплінарну відповідальність він може нести винятково у зв'язку з вчиненням дисциплінарного проступку та в чітко визначеному чинним законодавством порядку [15, с. 342].

Тобто, таким чином, ми приходимо до наступної категорії про яку варто вести мову. Це дисциплінарна відповідальність, як спосіб реагування на порушення трудової дисципліни. Загалом, в історичному та теоретико-правовому ракурсі розрізнялись два види дисциплінарної відповідальності – загальна і спеціальна. Перша регулюється загальним трудовим законодавством. Друга – спеціальними нормативними актами та встановлена для певних категорій працівників. Відмінність між ними полягає у колі осіб, які підпадають під дію норм щодо заходів дисциплінарного стягнення та встановлений порядок оскарження стягнень [16, с. 11–12]. При цьому, вказаний поділ обумовлюється трьома підставами: по-перше, включенням особи в той чи інший тип колективу; по-друге, належністю громадянина до організації певного виду (прикладом, особливого регулювання відповідальності працівників підприємств та установ транспортних відомств, працівників прокуратури, суддів та інших); по-третє, характером функцій, виконуваних особою в цій організації [15, с. 344].

Згадана вище спеціальна дисциплінарна відповідальність передбачається лише для конкретно визначених категорій працівників на підставі статутів і положень про дисциплінарну відповідальність та спеціальних нормативних актів. Вона характеризується спеціальним суб'єктом дисциплінарного проступку, спеціальними трудовими функціями, особливим характером дисциплінарного проступку, особливо важкими наслідками, які можуть настати в результаті невиконання чи неналежного виконання трудових обов'язків, спеціальними видами дисциплінарних стягнень, особливим порядком накладення й оскарження дисциплінарного стягнення. Спеціальним суб'єктом є працівник, який несе дисциплінарну відповідальність за спеціальними нормативно-правовими актами (законами, статутами, положеннями). Спеціальна дисциплінарна відповідальність працівників відрізняється від загальної дисциплінарної відповідальності більш широким змістом дисциплінарного проступку та більш суворими санкціями [15, с. 345].

Оскільки дисциплінарні проступки стосуються різних сторін службової діяльності, доцільно виділяти ще їх безпосередні об'єкти. Так, Д. А. Гавриленко розрізняє три групи таких об'єктів: а) службові обов'язки, визначені за посадою, порушення яких може спричинити обмеження прав, інтересів, честі, гідності, особистої недоторканності окремих громадян, інтересів і прав державних та громадських організацій; б) правила додержання службової дисципліни (режим робочого часу, розпорядок дня працівників, правила поведінки зі службовими документами); в) загальні правила поведінки державних службовців поза службою, а також етичні вимоги, що ставляться до них [17, с. 277–278].

Особливої уваги заслуговує той факт, що для певних категорій працівників вимоги морального змісту включено до їхніх трудових обов'язків. Це стосується суддів, прокурорів, державних службовців, працівників, що виконують виховні функції. Недотримання таких норм, аморальна поведінка не тільки під час робо-

ти, але і в побуті є підставою для притягнення такого працівника до дисциплінарної відповідальності аж до звільнення з посади [18, с. 234].

Окрім того, ще одна особливість спеціальної дисциплінарної відповідальності проявляється в тому, що на працівників, які несуть відповідальність за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатись не лише органом, який приймає (призначає) на роботу (посаду), а й спеціальними органами (зокрема, щодо суддів ними є Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Вища рада правосуддя) [15, с. 345].

Чинне законодавство встановлює правові основи дисциплінарної відповідальності суддів та прокурорів як спеціального їх виду. Зокрема, передбачається вичерпний перелік підстав за яких суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності з підстав, що визначене ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. Дисциплінарне провадження щодо судді здійснюють Дисциплінарні палати Вищої ради правосуддя у порядку, визначеному Законом України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. (ст. 108 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. та ст. 42 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р.) [19]. Суддя може оскаржити рішення про притягнення його до дисциплінарної відповідальності з підстав та в порядку, визначеному Законом України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. (ст. 111 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р.) [20].

У свою чергу, порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності прокурорів визначений у Законі України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. Зокрема, ст. 43 згаданого Закону визначає підстави за яких прокурора може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження. До того ж зазначається, що притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності не виключає можливості притягнення його до адміністративної чи кримінальної відповідальності у випадках, передбачених законом. Виправдання особи або закриття стосовно неї судом кримінального провадження не може бути підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності прокурора, який здійснював процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та/або підтримання державного обвинувачення у цьому провадженні, крім випадків умисного порушення ним вимог законодавства чи неналежного виконання службових обов'язків [21].

Прокурор може оскаржити рішення, прийняте за результатами дисциплінарного провадження, до адміністративного суду або до Вищої ради правосуддя протягом одного місяця з дня вручення йому чи отримання ним поштою копії рішення. Розгляд адміністративного позову щодо оскарження рішення Вищої ради правосуддя здійснюється в порядку, визначеному процесуальним законом. Подання адміністративного позову до суду на рішення Вищої ради правосуддя про притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності або про неможливість подальшого

перебування особи на посаді прокурора не зупиняє дію такого рішення, але суд у порядку забезпечення адміністративного позову може відповідною ухвалою зупинити дію рішення Вищої ради правосуддя про притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності або про неможливість подальшого перебування особи на посаді (ст. 50 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р.).

Отож, на підставі досліджених доктринальних джерел з питань теоретико-правового обґрунтування таких понять як «дисципліна», «дисциплінарна відповідальність», аналізу чинного законодавства щодо суддів і прокурорів в частині притягнення до дисциплінарної відповідальності, а також наших інших напрацювань та узагальнень пропонуємо визначити дисциплінарні повноваження Вищої ради правосуддя як сукупність нормативно визначених прав та обов'язків з питань дисциплінарної відповідальності суддів та прокурорів з метою дотримання принципу верховенства права в їх діяльності шляхом встановлення факту правопорушення, визначення міри відповідальності і прийняття належного рішення у дисциплінарній справі.

Таким чином, системний аналіз норм Конституції України та чинного законодавства у сфері притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів та прокурорів дає можливість виокремити такі повноваження Вищої ради правосуддя:

- забезпечує здійснення дисциплінарним органом дисциплінарного провадження щодо судді;
- здійснює розгляд скарг на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора;
- розглядає питання про звільнення судді за особливих обставин (зокрема, згідно пунктів 3 та 6 ч. 6 ст. 126 Конституції України);
- ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя в порядку дисциплінарної відповідальності;
- розглядає питання щодо переведення судді до суду нижчого рівня.

2.2 Вимоги міжнародних актів щодо способів організації дисциплінарних проваджень стосовно суддів

Звернення до міжнародно-правових актів дає можливість виокремити ті положення, які стосуються інституційної складової дисциплінарного провадження щодо суддів. Так, згідно з Рекомендації СМ / Рес (2010) 12 Комітету міністрів державам-членам «Про незалежність, ефективність та відповідальності суддів» від 17 листопада 2010 р. дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином. Такі провадження повинен проводити незалежний орган влади або суд із наданням гарантій справедливого судового розгляду і права на оскарження рішення та покарання. Дисциплінарні санкції мають бути пропорційними (п. 69) [22].

У висновку № 3 Консультативної ради європейських суддів для Комітету Міністрів Ради Європи «Щодо принципів та правил, які регулюють професійну

поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності» від 19 листопада 2002 р. вказується, що у деяких країнах первинним дисциплінарним органом є вища судова установа (Верховний Суд). Консультативна рада Європейських судів вважає, що організація дисциплінарного розгляду в кожній країні повинна бути такою, щоб дозволяти подання апеляції на рішення первинного дисциплінарного органу (орган, трибунал або суд) (п. 72).

Також у п. 67 згаданого Висновку зазначається, що «... такі особи (які вважають, що вони постраждали внаслідок професійної помилки судді) повинні мати право подати свою скаргу особі чи до органу, які є відповідальними за ініціювання дисциплінарного провадження. Проте вони не можуть мати права самостійно ініціювати або наполягати на відкритті дисциплінарного провадження. Повинен існувати фільтр, бо інакше судді часто ставатимуть об'єктом дисциплінарного розгляду, ініційованого незадоволеною стороною процесу». Окрім того, п. 68 зазначеного Висновку передбачає, що «процедури, які призводять до ініціювання дисциплінарного провадження, потребують більшої формалізації. Рада пропонує, щоб країни передбачили створення спеціального органу або призначили осіб, які відповідали б за отримання скарг, отримання пояснень відповідного судді та вирішення з урахуванням цього, чи наявні достатні підстави для ініціювання дисциплінарного провадження проти судді; якщо так, тоді така справа передається до органу, відповідального за розгляд дисциплінарних справ» [23].

Таким чином, зазначені міжнародно-правові акти дозволяють виокремити підходи, які використовуються в зарубіжних країнах щодо способів організації дисциплінарного провадження з питань притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Безумовно, що в цьому питанні ключову роль відіграє орган, який приймає рішення по даній категорії справ. В одних випадках дисциплінарним органом, який приймає рішення про накладення на суддів та прокурорів заходів дисциплінарного стягнення, є незалежний орган – судова рада, за інших умов таким органом є суд, а в окремих випадках відбувається комбінування повноважень, яке передбачає участь і судової ради, і суду. При цьому, незалежно від форми суддівського дисциплінарного органу його рішення можуть бути оскаржені до суду в процесуальному порядку. Очевидно, що чинне законодавство України закріпило комбінований підхід в питанні організації дисциплінарного провадження стосовно притягнення суддів. Адже, рішення Дисциплінарних палат Вищої ради правосуддя, рішення Вищої ради правосуддя з питань притягнення до дисциплінарної відповідальності підлягають судовому перегляду, але в обмеженому вигляді.

2.2 Організація попередньої перевірки скарг щодо суддів в зарубіжних країнах

Окремо, потрібно зауважити на вимогах міжнародних стандартів щодо ініціювання та попередньої перевірки інформації викладеної в скаргах та порядку відкриття дисциплінарного провадження. Враховуючи необхідність дотримання

принципів дисциплінарного провадження, таких як незалежність, безсторонність, змагальність, право на справедливий судовий розгляд, в дисциплінарному провадженні окремо виділяють попередні перевірені дисциплінарні процедури. Зокрема, згаданий вище Висновок № 3 Консультативної ради європейських суддів «Щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності» від 19 листопада 2002 р. передбачає, що «стосовно ініціювання дисциплінарного провадження країни повинні передбачити створення спеціального органу або призначити осіб, які відповідатимуть за отримання скарг, отримання пояснень відповідного судді та прийняття з урахуванням цього рішення про те, чи наявні достатні підстави для ініціювання такого провадження проти судді» (п. 77) [23]. А у п. 64 Висновку № 10 КРЕС «Щодо судової влади на службі суспільства» від 21–23 листопада 2007 р. зазначається, що для того щоб уникнути конфліктів інтересів, дисциплінарні процедури в першій інстанції, якщо справа не розглядається в рамках юрисдикції дисциплінарного суду, повинні переважно вирішуватися дисциплінарною комісією, що складається в більшій мірі з представників суддів, обраних від судів різних рівнів своїми колегами і не входять до складу судової ради, з можливістю подачі апеляції до Верховного суду [24].

На прикладі законодавства окремих зарубіжних країн є сенс звернути увагу на порядок та особливості реалізації згаданих вище положень міжнародних актів в частині ініціювання та попередньої перевірки інформації викладеної в скаргах та порядку відкриття дисциплінарного провадження щодо суддів або магістратів.

У Польщі відповідно до Закону Республіки Польща «Про організацію судів загальної юрисдикції» від 27 липня 2001 р. рішення щодо дисциплінарних проступків суддів виносяться дисциплінарними судами, якими є апеляційні суди (суди нижчої інстанції) і Верховний суд (суд вищої судової інстанції). У розгляді дисциплінарної справи бере участь дисциплінарний комісар, який призначається Національною радою судівництва строком на чотири роки з числа кандидатів, які пропонуються загальними зборами суддів апеляційних судів. Окремо призначаються дисциплінарні комісари для суддів військових судів та Верховного Суду, Вищого адміністративного суду. Дисциплінарні комісари виступають в ролі обвинувачів у дисциплінарних справах проти суддів (ст. 112).

Справа порушується дисциплінарним комісаром за зверненням міністра юстиції, Голови апеляційного та місцевого суду, колегій апеляційних та місцевих судів, Національної ради судівництва та за власною ініціативою. Обвинувачений, дисциплінарний комісар, а також Національна рада судівництва та міністр юстиції можуть оскаржити рішення дисциплінарного суду до дисциплінарного суду другої інстанції (без права на подання касації на рішення другої інстанції).

У разі наявності підстав для порушення дисциплінарного провадження, дисциплінарний комісар порушує його і надає відповідному судді обвинувачення в письмовому вигляді (ст. 114). Якщо дисциплінарний комісар не знайшов до-

статніх підстав для відкриття дисциплінарного провадження, що вимагає уповноважений орган, дисциплінарний комісар приймає рішення про відмову у його відкритті. Копія рішення направляється органу, який направив подання про відкриття провадження, колегії відповідного місцевого суду чи апеляційного суду, а також обвинуваченому. Протягом семи днів після видання рішення про відмову відкриття або рішення про припинення дисциплінарного провадження обвинувачений, орган, який клопотав про порушення дисциплінарного провадження, та компетентна колегія мають право подати скаргу до дисциплінарного суду (ст. 114) [25].

У Молдові утворюється Дисциплінарна колегія. Дисциплінарна колегія є незалежним органом, який розглядає дисциплінарні справи щодо суддів та застосовує дисциплінарні стягнення. Колегія складається з п'яти суддів (обираються загальними зборами судів) та чотирьох представників громадянського суспільства (призначаються Міністром юстиції за результатами відкритого конкурсу), які обираються на шість років. Зауважимо, що хоча серед дисциплінарних стягнень значиться звільнення з посади, рішення дисциплінарної колегії або Вищої ради магістратури щодо його застосування прямих юридичних наслідків не викликає, потрібне подальше схвалення рішення парламентом (щодо суддів Вищої судової палати) або Президента (щодо інших). При цьому, членство у дисциплінарній колегії несумісне з членством у Вищій раді магістратури, колегії по відбору і кар'єрі суддів, колегії по оцінці діяльності суддів в якості судового інспектора, а також в якості голови чи заступника голови судової установи (статті 8–10 Закону Молдови «Про дисциплінарну відповідальність суддів» від 25 липня 2014 р.).

Право на звернення із заявою про можливе правопорушення дисциплінарного характеру належить: особі, права якої були порушені в результаті дій вчинених суддею або іншої особою, яка вважає, що порушені її законні інтереси; членам Вищої ради магістратури; Колегії з оцінки діяльності (в межах повноважень); судовій інспекції (в межах повноважень) (ст. 19). Рішення дисциплінарної колегії може бути оскаржене до Вищої ради магістратури суддею, щодо якого його винесено, ініціатором звернення або судовою інспекцією або особою, яка порушила дисциплінарне провадження, у 15-денний строк з дня винесення рішення (ст. 39) [26]. Рішення дисциплінарної колегії щодо застосування покарання у вигляді звільнення з посади голови чи заступника голови інстанції або звільнення з посади судді передається Вищій раді магістратури для внесення пропозиції Президенту Республіки Молдова або Парламенту, після закінчення терміну оскарження (ст. 38). Отже, незважаючи на домінування серед суб'єктів контролю за судьями самоврядних, громадських інститутів, є також обмежений вплив представників інших гілок влади [27, с. 79–80].

Достатньо своєрідною за своєю правовою природою у судовій системі Болгарії є Інспекція, що складається з Генерального інспектора та 10 інспекторів. Інспекція є своєрідним слідчим органом, який функціонує в рамках дисциплінарних

провадження щодо суддів. Сама Інспекція суддів до відповідальності не притягує, однак має широкі повноваження щодо збору матеріалів стосовно суддів, надання інформації до Вищої судової ради, складання звітів про роботу суддів тощо. Венеціанська комісія зазнала низки труднощів, намагаючись визначити конкретну зону компетенції Інспекції – межа сфери діяльності даного органу виявилася надмірно розмитою, а в окремих питаннях (наприклад, в оцінці професійної компетентності суддів) перетинається з Вищою судовою радою. Так, інспектори повинні мати доступ до матеріалів, необхідних для перевірки, а голови суддів зобов'язані співпрацювати з Інспекцією. Зазначені обставини стали підставою для закономірної критики нормативного регулювання діяльності Інспекції. Венеціанська комісія настійно рекомендувала максимально конкретизувати сферу діяльності Інспекції, чітко визначити її статус та мету діяльності [28, с. 117]. При цьому, дисциплінарні стягнення на суддів, прокурорів, слідчих накладаються Вищою судовою радою за рекомендації Дисциплінарної колегії. В свою чергу, Дисциплінарна колегія складається, з членів Вищої судової ради, які займаються перевіркою звернення щодо притягнення судді до дисциплінарної відповідальності та вносять на засідання Ради обґрунтовану пропозицію стосовно змісту правопорушення та виду стягнення (статті 316–319 Закону Болгарії «Про судову систему» від 7 серпня 2007 р.). При цьому, рішення Вищої судової ради не є остаточним, а може бути оскаржене у порядку визначеному згаданим законом до Вищого адміністративного суду (ст. 323 Закону Болгарії «Про судову систему» від 7 серпня 2007 р.) [29].

В Естонії для розгляду дисциплінарних питань щодо суддів в структурі Верховного Суду створено Дисциплінарну палату, яка складається з п'яти суддів Верховного Суду, п'яти суддів окружних судів і п'яти суддів судів першої інстанції. Верховний Суд у повному складі призначає строком на три роки Голову та членів Дисциплінарного палати, які є судьями Верховного Суду (ст. 93). Відкрити дисциплінарне провадження має право: 1) Голова Верховного Суду, проти всіх суддів; 2) Канцлер юстиції, проти всіх суддів; 3) голова окружного суду, проти суддів судів першої інстанції в його територіальній юрисдикції; 4) голова суду, проти суддів того ж суду; 5) Верховний Суд у повному складі проти Голови Верховного Суду (ст. 91). Суддя, якому було призначено дисциплінарне покарання може подати апеляцію до Верховного Суду протягом 30 днів, з дня оголошення рішення (ст. 97) [30].

В Азербайджані дисциплінарне провадження щодо суддів може бути розпочато лише Судово-правовою радою. Судді притягуються до дисциплінарної відповідальності лише на підставі рішення Судово-правової ради. Голова Судово-правової ради призначає зі складу суддів – членів ради доповідача з питання, яке послужило підставою для порушення дисциплінарного провадження. Протягом 20 днів може бути подана скарга до Пленуму Верховного Суду на рішення Судово-правової ради щодо притягнення та дисциплінарної відповідальності. Пленум

Верховного Суду, розглянувши протягом трьох місяців скаргу, зберігає рішення Судово-правової ради в силі, скасовує її, або вносить до неї зміни та подає своє рішення Раді. Рішення Пленуму Верховного Суду є остаточним (ст. 112 Закону Республіки Азербайджан «Про суди і суддів» від 10 червня 1997 р. зі змінами) [31].

У Вірменії в результаті конституційної реформи 2015 року та подальших законодавчих змін передбачено норму про те, що Вища судова рада під час розгляду питання про притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, а також в інших випадках, встановлених Судовим кодексом від 7 лютого 2018 р., виступає в якості суду (ст. 90). При цьому, згаданим Судовим кодексом визначено, що Вища судова рада виступаючи в якості суду застосовує норми Адміністративного процесуального кодексу Вірменії в тій мірі, яка за своїм змістом є допустимою і не суперечить нормам Судового кодексу.

Правомочністю на порушення дисциплінарного провадження щодо судді володіє Комісія з дисциплінарних питань (ст. 145). Водночас, право формування Комісії надано Загальним зборам, що є органом самоуправління суддів (статті 74, 77) [32].

Мотивами порушення дисциплінарного провадження щодо судді є повідомлення особи, державного органу та органу місцевого самоврядування або посадової особи; публікації засобів масової інформації щодо дисциплінарного порушення; самостійно виявлені дії, що містять ознаки очевидного дисциплінарного порушення органом, що порушує провадження, при здійсненні своїх повноважень (ст. 146) [33, с. 123].

У Литві дисциплінарна справа проти судді може бути ініційована Радою суддів, головою суду, в якому працює суддя, або головою вищого суду та Комісією з суддівської етики та дисципліни. Заява подається до Комісії суддівської етики та дисципліни. Комісія з суддівської етики й дисципліни є органом самоврядування судів, що вирішує питання порушення дисциплінарних справ щодо суддів (ст. 85). Розпочате дисциплінарне провадження спрямовується до Суду честі суддів. В свою чергу, Суд честі суддів – орган суддівського самоврядування, що розглядає дисциплінарні справи стосовно суддів, а також займається вирішенням питань стосовно захисту честі суддів (ст. 122). Дисциплінарні справи розслідуються колегією з трьох суддів. Рішення Суду честі суддів може бути оскаржено до Верховного Суду протягом десяти днів з моменту його винесення. Такі скарги у Верховному Суді розглядаються колегією у складі трьох суддів. Право на подання скарги має суддя і суб'єкт, який був ініціатором внесення пропозиції про порушення дисциплінарної справи [34].

Тож, розглянуті приклади дають підстави узагальнити основні способи організації попередньої перевірки інформації викладеної в скаргах та порядку відкриття дисциплінарного провадження. В одних випадках згадані функції покладуються на комісії судових рад (наприклад, Вірменія, Іспанія, Литва, Молдова,

Франція, Португалія) або особливих дисциплінарних інспекторів (наприклад, Болгарія, Польща), які обираються судовими радами, що відповідає рекомендаціям Консультативної ради європейських суддів. Також, може передбачатись виключно судовий порядок перевірки та розгляду скарг щодо дисциплінарного порушення суддів (Естонія, Словенія). У деяких країнах рішення виноситься судовою радою, яка засідає в якості дисциплінарного суду (Вірменія, Молдова, Франція, Португалія).

Таким чином, можемо зробити певні узагальнення. По-перше, національне законодавство надає можливість оскарження рішень Вищої ради правосуддя, в тому числі, з переліку дисциплінарних повноважень. Такий підхід є наближеним до південноєвропейської моделі судових рад, що є гарантією незалежності суддів та прокурорів. Така модель не виключає можливість судового оскарження рішень судової ради. По-друге, чинне національне законодавство стосовно дисциплінарної відповідальності суддів передбачає деякі особливості процесу оскарження прийнятих рішень. Переважно, вони містять «процедурний» характер (наприклад, особа-заявник, яка хоче оскаржити рішення Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя спершу має отримати дозвіл від самої Дисциплінарної палати, тобто остання має добровільно поставити під сумнів власне рішення). По-третє, важливою умовою незалежності суддівського корпусу виступає недопущення суміщення функцій попереднього розслідування, перевірки звинувачення судді у скоєнні дисциплінарної провини та накладання дисциплінарних заходів в одному органі. Така думка посилюється і стає більш наочною в контексті законодавчих змін, які були запроваджені у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» від 14 липня 2021 р. Зміст таких нововведень, які знайшли своє відображення в Законі України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р., серед іншого, полягають у змінах в частині організації дисциплінарних проваджень щодо суддів та процедури оскарження відповідних рішень. Тож, згідно статті 27 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. у секретаріаті Вищої ради правосуддя утворюється Служба дисциплінарних інспекторів як самостійний структурний підрозділ, який утворюється для реалізації повноважень Вищої ради правосуддя щодо здійснення дисциплінарного провадження стосовно суддів та діє за принципом функціональної незалежності від Вищої ради правосуддя. До основних повноважень дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя віднесено: 1) проведення попередньої перевірки дисциплінарної скарги, переданої йому за результатами автоматизованого розподілу справ; 2) аналіз матеріалів дисциплінарних справ; 3) збір у разі необхідності інформації, документів, інших матеріалів; 4) підготовка проєктів ухвал і рішень дисциплінарної палати та Вищої ради правосуддя у межах дисциплінарного провадження стосовно судді; 5) аналіз матеріалів за скаргами

на рішення у дисциплінарних справах стосовно суддів і прокурорів, підготовка проектів висновків та рішень Вищої ради правосуддя; 6) аналіз та узагальнення практики здійснення дисциплінарних проваджень та ухвалені рішення про притягнення або відмову у притягненні судді до дисциплінарної відповідальності (ст. 28 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р.).

Проте, внесені законодавцем зміни призвели до тимчасового блокування роботи Вищої ради правосуддя до моменту формування кількісного складу Служби дисциплінарних інспекторів і приведення Регламенту Вищої ради правосуддя у відповідність із законодавчими змінами. Згідно відповідної заяви Вищої ради правосуддя, з метою недопущення порушення вимог чинного законодавства Вища рада правосуддя зупинила розподіл між членами Ради дисциплінарних скарг, а також скарг на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора з 5 серпня 2021 р. [35]. Зазначається, що згаданий Закон унеможливує виконання Дисциплінарними палатами Вищої ради правосуддя повноважень стосовно розгляду дисциплінарних справ, оскільки повноваження Ради щодо здійснення дисциплінарного провадження стосовно судді реалізує Служба дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя, а дисциплінарний інспектор Вищої ради правосуддя є учасником дисциплінарної справи. А тому, вже тривалий час (більше 11 місяців на липень 2022 р.) не здійснюється розгляд дисциплінарних проваджень, не здійснюється розподіл скарг чи звернень щодо перевірки скарг та звернень. Такий стан справ вважаємо неприпустимим.

ВИСНОВКИ

Отже, чинне законодавство України встановлює такий механізм дисциплінарної відповідальності суддів, який передбачає участь незалежного органу суддівського врядування, яким є Вища рада правосуддя, що наділена повноваженнями по притягненню суддів до дисциплінарної відповідальності, і діяльність суду по розгляду скарг на її рішення. А тому, така побудова системи притягнення до дисциплінарної відповідальності в загальних рисах відповідає міжнародно-правовим стандартам незалежності суддів, що стосуються їхньої відповідальності. Проте, вважаємо, важливим та неприпустимим поєднання у Вищій раді правосуддя повноважень органу дізнання, слідства і суду, що не сприяє забезпеченню незалежності суддів і посилення духу корпоративності.

Міжнародні акти переконливо свідчать про необхідність утворення такої моделі дисциплінарного провадження, яка б передбачала поділ між різними суб'єктами підготовчих процедур (т.з. «фільтр»), і розгляд дисциплінарної справи по суті. В цьому контексті Служба дисциплінарних інспекторів потребує реальної та дійсної організаційної автономності і функціональної самостійності при здійсненні повноважень з перевірки скарг на дії суддів, які надійшли в установленому законом порядку. Адже за такого стану, орган, який є відокремленим підрозділом організаційної складової Вищої ради правосуддя, тобто Служба дисциплі-

нарних інспекторів, здійснює перевірку повідомлень щодо можливих дисциплінарних порушень суддів. У результаті перевірки формуються висновки, які передаються до Дисциплінарної палати, яка є також органом Вищої ради правосуддя. В подальшому, рішення прийняті на засіданні Вищої ради правосуддя можуть бути оскаржені до Верховного Суду, але з визначених процедурних підстав. Тож, говорити про баланс дисциплінарних повноважень Вищої ради правосуддя щодо суддів за таких умов не приходиться. Вочевидь, Служба дисциплінарних інспекторів має здійснювати перевірку заяв, які надходять і бути відповідним «фільтром», але статус цього органу повинен передбачатись окремим законом, який закріпив би можливість самостійності та відокремленості як організаційної, так і функціональної.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- [1] Бурдина Е. В. Правовая природа, организация и деятельность органов судебного сообщества в судебной системе России : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.11. Москва. 2016. 537 с.
- [2] Гарсія-Саян Д. Доповідь Спеціального доповідача з питань незалежності суддів і адвокатів. Док. ООН № A/HRC/38/38 (2018). URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/122/83/PDF/G1812283.pdf?OpenElement> (дата звернення: 05.07.2022).
- [3] Проблеми імплементації змін до Конституції України щодо правосуддя та статусу КСУ / укл. В. Мусіяка. Київ : Вид-во «Заповіт», 2017. 188 с.
- [4] Боровицький О. А. Конституційно-правові засади діяльності Вищої ради правосуддя : дис. ... д-ра філософ. «Право» (081). Вінниця, 2020. 247 с.
- [5] Демидюк О. Б. Модель організації Вищої ради правосуддя: теоретико-прикладний аналіз. *Юридичний вісник*. 2020. №2. С. 219–225.
- [6] Косткіна Ю. О. До питання визначення Вищої ради правосуддя як квазісудового органу. *Вісник кримінального судочинства*. 2019. № 1. С. 144–151.
- [7] Прилуцький С. В. Судові повноваження Вищої ради правосуддя: правове регулювання та перспективи вдосконалення. *Актуальні питання кримінального права, процесу і криміналістики, удосконалення діяльності судової і правоохоронної систем* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Сєверодонецьк, 19 трав. 2017 р.). Сєверодонецьк, 2017. С. 315–316.
- [8] Федоренко В. Л. Теоретичні основи системи конституційного права України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2010. 40 с.
- [9] Ануфрієв М. І., Бандурка О. М., Ярмиш О. Н. Вищий заклад освіти МВС України : наук.-практ. посіб. Харків : Ун-т внутр. справ, 1999. 369 с.
- [10] Словник української мови: в 11 т. / [редкол.: І. К. Білодід (гол.) та ін.]. Київ, 1971. Т. 2. 550 с.
- [11] Політологічний енциклопедичний словник [2-ге вид., доп. і перероб.] / упоряд. В. П. Горбатенко ; за ред. Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна, В. П. Горбатенка. Київ : Генеза, 2004. 736 с.
- [12] Вапнярчук Н. М. До питання про інститут трудової дисципліни. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. №24. Т. 2. С. 169–172.

- [13] Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Дод. до № 50.
- [14] Прокопенко В. І. Трудове право України : підручник. Харків : Консум, 1998. 480 с.
- [15] Панова Н. С. Дисциплінарна відповідальність державного службовця як інститут адміністративного права. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* 2015. Т. 16. С. 342–353.
- [16] Скобелкин В. Н. Дисциплинарная ответственность рабочих и служащих. Воронеж : Центр.-Чернозем. кн. изд-во, 1985. 94 с.
- [17] Гавриленко Д. А. Государственная дисциплина: сущность, функции, значение / под ред. А. П. Шергина. Минск : Наука и техника, 1988. 326 с.
- [18] Коваленко К. В. Загальна та спеціальна дисциплінарна відповідальність. *Форум права*. 2008. № 2. С. 231–236.
- [19] Про Вищу раду правосуддя : Закон України від 21.12.2016 № 1798-VIII. *Голос України*. 2017. № 1.
- [20] Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. *Голос України*. 2016. № 132–133.
- [21] Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12.
- [22] Рекомендація CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки : ухвал. Комітетом Міністрів Ради Європи 17.11.2010 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a38. (дата звернення: 05.07.2022).
- [23] Висновок 3 Консультативної ради європейських суддів щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності від 19.11.2002. URL: <http://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/vys3.pdf> (дата звернення: 05.07.2022).
- [24] Висновок № 10 Консультативної ради європейських суддів щодо судової влади на службі суспільства від 21–23 листоп. 2007 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf (дата звернення: 05.07.2022).
- [25] Про організацію судів загальної юрисдикції : Закон Республіки Польща від 27.07.2001 № 98. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20010981070> (дата звернення: 05.07.2022).
- [26] Про дисциплінарну відповідальність суддів : Закон Молдови від 25.07.2014 № 178. URL: <http://lex.justice.md/ru/354341/> (дата звернення: 05.07.2022).
- [27] Нестор Н. В. Опыт осуществления контроля за деятельностью судов (судей) постсоветских стран и возможности его использования в Украине. *Национальный юридический журнал: теория и практика*. 2019. № 4 (38). С. 78–81.
- [28] Фокин Е. А., Мехтиев М. Г. Судебные реформы в Армении и Болгарии: аналитический обзор заключений, принятых на 112-й пленарной сессии венецианской комиссии. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2017. № 6. С. 113–119.
- [29] Про Судову систему : Закон Республіка Болгарія від 07.08.2007 № 64. URL: <http://bulgaris.ru/SPosudsisteme/osudsisteme073.html> (дата звернення: 05.07.2022).
- [30] Courts Act of Estonia for 19.06.2002 RT I 2002, 64, 390. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014001/consolide> (дата звернення: 05.07.2022).

- [31] Про суди і суддів : Закон Республіки Азербайджан від 10.06.1997 № 310-ІГ. URL: https://republic.preslib.az/ru_d4-61.html (дата звернення: 05.07.2022).
- [32] Судовий кодекс Республіки Вірменія від 7.02.2018. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=6166&lang=rus> (дата звернення: 05.07.2022).
- [33] Туманянц Е. С. Судебная власть и судебское самоуправление в Республике Армения. *Северо-Кавказский юридический вестник*. 2017. №4. С. 120–124.
- [34] Про суди : Закон Литовської Республіки від 31.05.1994 № I-480. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=24tsi3bbb&documentId=382629923a811e5ba12c1a8b6256595&category=TAD> (дата звернення: 05.07.2022).
- [35] Вища рада правосуддя вимушена зупинити розгляд дисциплінарних справ. URL: <https://hcj.gov.ua/news/vyshcha-rada-pravosuddya-vumushena-zupynyty-rozglyad-dyscyplinarnyh-sprav> (дата звернення: 05.07.2022).

REFERENCES

- [1] Burdina, E. V. (2016). *Legal nature, organization and activities of the bodies of the judiciary in the judicial system of Russia* (Doctoral thesis, Russian state university of justice, Moscow, Russia).
- [2] Garcia-Sayan, D. (2018) Report of the Special Rapporteur on independence of judges and lawyers. Dock. UN No. A/HRC/38/38. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/122/83/PDF/G1812283.pdf?OpenElement>.
- [3] Musiyaka, V. L. (2017). *Problems of implementing changes to the Constitution of Ukraine regarding justice and the status of the KSU*. Kyiv: Publishing House «Testament».
- [4] Borovytskyi, O. A. (2020). *Constitutional and legal principles of the activity of the High Council of Justice* (Doctoral thesis, Vasily Stus Donetsk National university, Vinnytsia, Ukraine).
- [5] Demydyuk, O. (2020). Model of the organization of the Supreme Council of Justice: theoretical and practical analysis. *Legal Bulletin*, 2, 219–225.
- [6] Kostkina, Yu. (2019). Regarding the issue of defining the Supreme Council of Justice as a quasi-judicial body. *Herald of criminal justice*, 1, 144–151.
- [7] Prylutsky, C. V. (2017, May)/ Judicial powers of the High Council of Justice: legal regulation and prospects for improvement. Act. question Crimea. Law, Process and Forensics, Department of Science. active court. and right guard. System: Mater. All-Ukrainian science and practice conference, Severodonetsk, Ukraine.
- [8] Fedorenko, V. L. (2010). *Theoretical foundations of the system of constitutional law of Ukraine* (Doctoral thesis, National university «Ostrozka academy», Ostrog, Ukraine).
- [9] Anufriev, M. I., Bandurka, O. M., & Yarmysh, O. N. (1999). *Higher educational institution of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine*. Kharkiv: University of Internal Affairs.
- [10] Bilodid, I. K. (Ed.). (1971). Dictionary of the Ukrainian language. Kyiv: Nauk. Dymka.
- [11] Shemshuchenko, Yu. S., (Ed.). (2004). Political science encyclopedic dictionary [2nd ed., supplement. and revision.]. Kyiv: Geneza.
- [12] Vapnyarchuk, N. (2014). Regarding the issue of the Institute of Labor Discipline. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Law series*, 24/2, 169–172.
- [13] Code of Labor Laws of Ukraine: Law of Ukraine. (1971, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>
- [14] Prokopenko, V. I. (1998). *Labor law of Ukraine*. Kharkiv: Konsum.

- [15] Panova, N., (2015). Disciplinary responsibility of a civil servant as an institution of administrative law. *Scientific works of the National University «Odesa Law Academy»*, 16, 342–353.
- [16] Skobelkin, V. N. (1985). *Disciplinary responsibility of workers and employees*. Voronezh: Center.-Chernozem. book publishing house.
- [17] Gavrylenko, D. A. (1988). *State discipline: essence, functions, significance*. Minsk: Science and Technology.
- [18] Kovalenko, K. (2008). General and special disciplinary responsibility. *Law forum*, 2, 231–236.
- [19] About the High Council of Justice: Law of Ukraine. (2016, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19>
- [20] On the judicial system and the status of judges: Law of Ukraine. (2016, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>
- [21] About the Prosecutor's Office: Law of Ukraine. (2014, October). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>
- [22] Recommendation CM/Rec 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States concerning judges: independence, effectiveness and duties, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe (2010, November). Retrieved from http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a38.
- [23] Conclusion 3 of the Advisory Council of European Judges on the principles and rules governing the professional conduct of judges, in particular, issues of ethics, inconsistent behavior and impartiality (2002, November). Retrieved from <http://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/vys3.pdf>
- [24] Conclusion 10 of the Advisory Council of European Judges on the Judiciary at the Service of Society (2007, November). Retrieved from https://court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf
- [25] On the organization of courts of general jurisdiction: Law of the Republic of Poland. (2001, July). Retrieved from <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20010981070>
- [26] On disciplinary responsibility of judges: Law of Moldova. (2014, July). Retrieved from <http://lex.justice.md/ru/354341/>
- [27] Nestor, N. (2019). The experience of monitoring the activities of courts (judges) of post-Soviet countries and the possibility of its use in Ukraine. *National legal journal: theory and practice*, 4 (38), 78–81.
- [28] Fokin, E., Mekhtiev, M. (2017) Judicial reforms in Armenia and Bulgaria: analytical review of conclusions adopted at the 112th plenary session of the Venice Commission. *Journal of foreign legislation and comparative law*, 6, 113–119.
- [29] On the Judicial System: Law of the Republic of Bulgaria. (2007, August). Retrieved from <http://bulgaris.ru/SPosudsisteme/osudsisteme073.html>
- [30] Courts Act of Estonia: Law of Estonia. (2002, June). Retrieved from <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014001/consolide>
- [31] About courts and judges: Law of the Republic of Azerbaijan. (1997, June). Retrieved from https://republic.preslib.az/ru_d4-61.html (access date 07/05/2022).
- [32] Judicial Code of the Republic of Armenia: Law of the Republic of Armenia. (2018, February). Retrieved from <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=6166&lang=rus>

- [33] Tumanyants, E. Judicial power and judicial self-government in the Republic of Armenia. *North Caucasus Legal Gazette*, 4, 120–124.
- [34] About courts: Law of the Republic of Lithuania. (1994, May). Retrieved from <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=24tsi3bbb&documentId=382629923aa811e5ba12c1a8b6256595&category=TAD>
- [35] The Supreme Council of Justice is forced to stop consideration of disciplinary cases. (2021, August). Retrieved from <https://hcj.gov.ua/news/vyshcha-rada-pravosuddya-vymushena-zupynyty-rozglyad-dyscyplinarnyh-sprav>

Анатолій Миколайович Колодій

Доктор юридичних наук, професор

Член-кореспондент Національної академії правових наук України

Головний науковий співробітник

Київського регіонального центру

Національна академія правових наук України,

01024, вул. Пилипа Орлика, 3, Київ, Україна

Сергій Олександрович Халюк

Кандидат юридичних наук, доцент

Доцент кафедри конституційного права та прав людини

Національна академія внутрішніх справ

03035, пл. Соляницька, 1, Київ, Україна

Anatoliy M. Kolodiy

Doctor of Law, Professor

Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences Ukraine

Senior researcher Kyiv Regional Center of the

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

01024, 3 Pylypa Orlyka Str., Kyiv, Ukraine

Serhii O. Khaliuk

Candidate of Law, Associate Professor

Associate Professor of the Department of Constitutional Law and Human Rights

National Academy of Internal Affairs

03035, 1 Solomyanska Sq., Kyiv, Ukraine

Рекомендоване цитування: Колодій А. М., Халюк С. О. Дисциплінарні повноваження Вищої ради правосуддя в Україні та відповідних органів у зарубіжних країнах: порівняльний аналіз. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2022. Т. 29. № 3. С. 268–289.

Suggested Citation: Kolodiy, A. M., & Khaliuk, S. O. (2022). Disciplinary powers of the Supreme council of judiciary in Ukraine and corresponding bodies in foreign countries: a comparative analysis. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 29(3), 268–289.

Стаття надійшла / Submitted: 20.07.2022

Доопрацьовано / Revised: 22.08.2022

Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2022

**Journal
of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine**

Volume 29, Issue 3
2022

Responsible for the release of *V. Zhuravel*

Articles are published in author's version

Desktop publishing *A. Grinchenko*

Signed to the print with the original layout 30.08.2022.
Format 70×100/16. Offset paper. Headset Times.
Mind. print. ark. 23,5. Acc. publ. ark. 21. Edition of 100 copies.
No. 3045

Publishing House «Pravo» of National Academy of Legal Sciences of Ukraine
and the Yaroslav Mudryi National Law University
61002, 80-A Chernyshevskaya Street, Kharkiv, Ukraine
Tel/Fax: (057) 716-45-53
Website: www.pravo-izdat.com.ua
e-mail for authors: verstka@pravo-izdat.com.ua
e-mail for orders: sales@pravo-izdat.com.ua

Certificate of registration of the subject of publishing
in the state register of publishers, manufacturers and distributors
of publishing products series DK No. 4219 dated 01.12.2011

Produced in the printing house of «PROMART» LLC,
St. Vesnina, 12, Kharkiv, 61023, Ukraine
Tel. (057) 717-25-44
Certificate of registration of the subject of the publishing business
to the state register of publishers, manufacturers and distributors
of publishing products series DK No. 5748 dated 06.11.2017

**Вісник
Національної академії
правових наук України**

Том 29, № 3
2022

Відповідальний за випуск *В. А. Журавель*

Статті друкуються в авторській редакції

Комп'ютерна верстка *А. Т. Гринченка*

Підписано до друку з оригінал-макета 30.08.2022.
Формат 70×100/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 23,5. Обл.-вид. арк. 21. Тираж 100 прим.
Вид. № 3045

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»,
вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна
Тел. (057) 717-25-44

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017