

ISSN 2224-9281 (Print)
ISSN 2414-990X (Online)

Міністерство освіти і науки України

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 141

**Харків
2018**

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська, російська

*Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 21387-11187 ПР від 17.06.2015 р.*

*Збірник наукових праць включено до Переліку наукових фахових видань України
з юридичних наук: наказ МОН України № 1021 від 07.10.2015 р.*

*Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет вченою радою Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого, протокол № 9 від 22.05.2018 р.*

Редакційна колегія: д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Тацій* (відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. *А. П. Гетьман* (заст. відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. *Ю. Г. Барабаш* (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Битяк*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Комаров*; канд. юрид. наук, проф. *В. І. Борисова*; д-р юрид. наук, проф. *В. Д. Гончаренко*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Жернаков*; д-р юрид. наук, проф. *Д. В. Задихайло*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Капліна*; д-р юрид. наук, проф. *М. П. Кучерявенко*; д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Настюк*; д-р юрид. наук, проф. *М. І. Панов*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Петришин*; д-р юрид. наук, проф. *С. Г. Сервогіна*; канд. юрид. наук, проф. *В. І. Тютюгін*; д-р юрид. наук, проф. *В. Ю. Шенітько*; д-р юрид. наук, проф. *О. Г. Шило*; д-р юрид. наук, проф. *М. В. Шульга*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Яроцький*.

Іноземні члени редакційної колегії: д-р юрид. наук, проф. *С. О. Балащенко* (Білорусь); д-р права, проф. *В. Е. Батлер* (США); д-р філософії, проф. *Л. Груцинський* (Польща); д-р юрид. наук, проф. *Т. Давуліс* (Литва); д-р права, проф. *К.-Г. Кестнер* (Німеччина); проф. *Р. Дж. Лерена* (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. *С. Матюльєне* (Литва); д-р права, проф. *М. Ф. Монте* (Португалія); д-р права, проф. *Д. Родрігес-Пінзон* (США); д-р права, проф. *Р. П. Хуртас-дель Пілар* (Колумбія).

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. *В. Я. Тацій*. – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2018. – Вип. 141. – 240 с.

У збірнику вміщено наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: теорії й історії держави і права, державного будівництва, конституційного, цивільного, трудового, фінансового, господарського, адміністративного, митного, екологічного, кримінального права, кримінального й цивільного процесів, криміналістики, питанням боротьби зі злочинністю.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів та всіх, хто цікавиться правовою тематикою.

Збірник наукових праць індексується в Google Scholar, у міжнародних реферативних базах даних «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеція), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Іспанія), «Index Copernicus International» (Польща), «Bielefeld Academic Search Engine» (Німеччина); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, «Наукова періодика України», «Central and Eastern European Online Library» (Німеччина), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республіканської Міжвузівської Електронної Бібліотеки (Казахстан) та ін. Наразі редколегія провадить роботу щодо входження збірника у Scopus та Web of Science.

Адреса редакційної колегії: Україна, 61024, Харків, вул. Пушкінська, 77,
e-mail: problzakon@ukr.net

Використання опублікованих у збірнику матеріалів дозволяється за умови обов'язкового посилання на джерело інформації.

При посиланні на матеріали збірника наукових праць «Проблеми законності» слід використовувати транслітеровану назву «*Problemy zakonnosti*» або «*Problems of legality*».

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year

Language of edition: Ukrainian, English, Russian

Certificate of the printed mass medium state registration:

KB № 21387-11187 ИП, 17.06.2015.

Collection of the scientific works is included into the List of specialized law scientific publications of Ukraine, where the results of theses for a Doctor's and Candidate's degree in Legal Sciences may be published: Order of the Ministry of Education and Science of Ukraine № 1021, 07.10.2015.

Recommended for publishing and distribution in Internet by the Academic Council of Yaroslav Mudryi National Law University, Protocol № 9, 22.05.2018.

Editorial team: *Vasyl Tatsii* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Anatolii Getman* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Executive Editor, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – Dr. of Law, Prof.; *Viacheslav Komarov* – PhD in Law, Prof.; *Valentyna Borysova* – PhD in Law, Prof.; *Volodymyr Honcharenko* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Zhernakov* – PhD in Law, Prof.; *Dmytro Zadykhailo* – Dr. of Law, Prof.; *Oksana Kaplina* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Kucheriavenko* – Dr. of Law, Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Panov* – Dr. of Law, Prof.; *Oleksandr Petryshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Svitlana Serohina* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Tiutiuhin* – PhD in Law, Prof.; *Valerii Shepitko* – Dr. of Law, Prof.; *Olha Shylo* – Dr. of Law, Prof.; *Mykhailo Shulha* – Dr. of Law, Prof.; *Vitalii Yarotskyi* – Dr. of Law, Prof.

Foreign Members of the Editorial team: *Serhei Balashenko* – Dr. of Law, Prof. (Belarus); *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Lukasz Gruszczyński* – PhD, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto Giordano Lerena* – Prof. (Argentina); *Sniehole Matiulienė* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Mario Ferreira Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Rocío Peña Huertas del Pilar* – Dr. of Law, Prof. (Colombia).

Problems of legality : Collection of Scientific Works / executive editor Vasyl Tatsiy. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2018. – Issue 141. – 240 p.

The collection contains research papers on topical issues of law: the theory and history of law, constitutional and state-building, civil, labor, fiscal, economic, administrative, customs, environmental, criminal law, criminal and civil procedure, criminology, the struggle with crime.

For scientists, professors, students and practitioners interested in issues of law.

Collection of the scientific works is indexed in Google Scholar, international review databases «EBSCO Publisher» (USA), «WorldCat» (USA), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (USA), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Sweden), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Spain), «Index Copernicus International» (Poland), «Bielefeld Academic Search Engine» (Germany), has a full text net copys in the Internet on the platforms of V. I. Vernadsky National Library of Ukraine, «Scientific Periodicals of Ukraine», «Central and Eastern European Online Library» (Germany), Republican Interuniversity Electronic Library (Kazakhstan) et al. Currently, the Editorial team is working on the entry of the collection in Scopus and Web of Science.

Address of the Editorial team: 77, Pushkinska Str., 61024, Kharkiv, Ukraine,
e-mail: problzakon@ukr.net

The use of materials indicated in the collection is allowed provided that the source of information is obligatory referred to.

When referring to the materials of the collection of scientific papers «Problems of Legality», the transliterated title «Problemy zakonnosti» or «Problems of Legality» should be used.

Основатель и издатель: Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Основан в 1976 г. Выходит 4 раза в год

Языки издания: украинский, английский, русский

*Свидетельство о государственной регистрации печатного средства массовой информации:
серия КВ № 21387-11187 ПР от 17.06.2015 г.*

*Сборник научных трудов включен в Перечень научных рецензируемых изданий Украины
по юридическим наукам: приказ МОН Украины № 1021 от 07.10.2015 г.*

*Рекомендован к печати и распространению через Интернет ученым советом Национального юридического
университета имени Ярослава Мудрого, протокол № 9 от 22.05.2018 г.*

Редакционная коллегия: д-р юрид. наук, проф. В. Я. Тацій (отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (зам. отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш (отв. секретарь); д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; канд. юрид. наук, проф. В. В. Комаров; канд. юрид. наук, проф. В. И. Борисова; д-р юрид. наук, проф. В. Д. Гончаренко; канд. юрид. наук, проф. В. В. Жернаков; д-р юрид. наук, проф. Д. В. Задыхайло; д-р юрид. наук, проф. А. В. Каплина; д-р юрид. наук, проф. М. П. Кучерявенко; д-р юрид. наук, проф. В. Я. Настюк; д-р юрид. наук, проф. Н. И. Панов; д-р юрид. наук, проф. А. В. Петришин; д-р юрид. наук, проф. С. Г. Серегина; канд. юрид. наук, проф. В. И. Тютюгин; д-р юрид. наук, проф. В. Ю. Шепитько; д-р юрид. наук, проф. А. Г. Шило; д-р юрид. наук, проф. М. В. Шульга; д-р юрид. наук, проф. В. Л. Яроцкий.

Иностранные члены редакционной коллегии: д-р юрид. наук, проф. С. А. Балашенко (Беларусь); д-р права, проф. В. Е. Батлер (США); д-р философии, проф. Л. Груцинский (Польша); д-р юрид. наук, проф. Т. Давулис (Литва); д-р права, проф. К.-Г. Кестнер (Германия); проф. Р. Дж. Лерена (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. С. Матюльене (Литва); д-р права, проф. М. Ф. Монте (Португалия); д-р права, проф. Д. Родригес-Пинзон (США); д-р юрид. наук, проф. Р. П. Хуэртас-дель Пилар (Колумбия).

Проблемы законности : сб. науч. трудов / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2018. – Вып. 141. – 240 с.

В сборнике помещены научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоведения: теории и истории государства и права, государственного строительства, конституционного, гражданского, трудового, финансового, хозяйственного, административного, таможенного, экологического, уголовного права, уголовного и гражданского процессов, криминалистики, вопросам борьбы с преступностью.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов и всех, кто интересуется правовой тематикой.

Сборник научных трудов индексируется в Google Scholar, в международных реферативных базах данных «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеция), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Испания), «Index Coperticus International» (Польша), «Bielefeld Academic Search Engine» (Германия), имеет полнотекстовые сетевые версии в Интернете на платформах Национальной библиотеки Украины имени В. И. Вернадского, «Научная периодика Украины», «Central and Eastern European Online Library» (Германия), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республиканской Межвузовской Электронной Библиотеки (Казахстан) и др. В настоящее время редколлегия ведет работу по вхождению сборника у Scopus и Web of Science.

Адрес редакционной коллегии: Украина, 61024, г. Харьков, ул. Пушкинская, 77,
e-mail: problzakon@ukr.net

Использование опубликованных в сборнике материалов допускается при условии обязательной ссылки на источник информации.

При ссылке на материалы сборника научных трудов «Проблемы законности» следует использовать транслитерированное название «Problemy zakonnosti» или «Problems of legality».

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Семеніхін І. В.</i> Правова доктрина: аспекти розуміння (англійською мовою).....	8
<i>Сидоренко О. О.</i> Загальнотеоретичний аналіз правової свідомості як каталізатора розвитку правової системи України	22

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>Литвинов О. М., Богуш В. В.</i> Інституційний механізм забезпечення конституційної скарги в Україні: концептуальні проблеми	34
<i>Кулешов Д. В.</i> Конституційно-правовий механізм забезпечення незалежності судової влади України	43

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Карнаух Б. П.</i> Вина в деліктному праві: моральне виправдання і математична експлікація (англійською мовою).....	54
<i>Сакара Н. Ю.</i> Право на справедливий судовий розгляд та сучасна модель цивільного процесу (англійською мовою).....	65
<i>Цувейна Т. А.</i> Виконання судових рішень у контексті права на справедливий судовий розгляд.....	80
<i>Ткачук А. О.</i> Принцип добросовісності учасників цивільного судочинства та заборона зловживання цивільними процесуальними правами.....	94
<i>Ваштарева Є. А.</i> Поняття збагачення в контексті кондикційного зобов'язання.....	104
<i>Довгуша М. П.</i> Загальна характеристика договору транспортного експедирування	116

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО

<i>Шарапова С. В.</i> Деякі питання раціонального використання земель лісгосподарського призначення.....	128
<i>Юрченко Е. С.</i> Набуття права сільськогосподарського землекористування при укладанні угод зі злиття та поглинання в агробізнесі	137

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

<i>Балакарева І. М., Жук А. В.</i> Державне управління інформаційними ресурсами: організаційно-правовий аспект	145
<i>Шульжук Т. Р.</i> До питання податкової правосуб'єктності холдингів	154

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Шепітько М. В.</i> Юридико-психологічні передумови побудови системи протидії злочинам проти правосуддя, що вчиняються суддями	166
<i>Шостко О. Ю.</i> Стан і тенденції виявлення кримінальних корупційних правопорушень в Україні ...	175

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Яковюк І. В., Шеплякова О. О.</i> Міжнародно-правове співробітництво України і Європейського Союзу у будівництві сучасної системи європейської безпеки (англійською мовою).....	185
<i>Комарова Т. В.</i> Формування суддівського корпусу в Європейському Союзі: останні тенденції	201
<i>Ярмак В. Ю.</i> Поняття бренду та його співвідношення з поняттям торговельної марки	214

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КОЛЕГ

<i>Памуджі К.</i> Цільова податкова політика як інструмент фінансування регіонального розвитку (англійською мовою).....	223
<i>Нвоча М. Е.</i> Обмеження і рішення у реалізації міжнародних економічних прав (англійською мовою).....	239

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Semenihin I. V.</i> Legal doctrine: aspects of understanding.....	8
<i>Sydorenko O. O.</i> General-theoretical analysis of legal consciousness as a catalyst for the development of Ukraine's legal system.....	22

CONSTITUTIONAL LAW

<i>Litvinov O. M., Bogush V. V.</i> Institutional mechanism of securing a constitutional complaint in Ukraine: conceptual problems.....	34
<i>Kuleshov D. V.</i> Constitutionally-legal mechanism of judicial power of Ukraine independence supportin	43

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Karnaukh B. P.</i> Fault in tort law: moral justification and mathematical explication	54
<i>Sakara N. Y.</i> The right to a fair trial and a modern civil procedure model	65
<i>Tsuvina T. A.</i> Execution of court decisions in terms of the right to a fair trial.....	80
<i>Tkachuk A. O.</i> Principle of good faith of participants in civil proceedings and prohibition of abuse of civil procedural rights	94
<i>Vashtareva Ye. A.</i> The concept of enrichment within the context of <i>condictio obligation</i>	104
<i>Dovgusha M. P.</i> General characteristic of the contract of transport forwarding	116

LAND LAW. AGRICULTURAL LAW

<i>Sharapova S. V.</i> Some issues of rational use of land for forestry purposes	128
<i>Yurchenko E. S.</i> The purchasing the right of the agricultural land use at mergers and acquisitions in agribusiness.....	137

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE. FINANCIAL LAW

<i>Balakarieva I. M., Zhuk A. V.</i> Public administration of information resources: organizational and legal aspects.....	145
<i>Shulzhuk T. R.</i> To the question about legal personality of holdings.....	154

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>Shepitko M. V.</i> Forensic psychological preconditions for forming a system for counteraction to the crimes against justice, committed by judges.....	166
<i>Shostko O. Y.</i> The modern status and trends of detection of criminal corruption offenses in Ukraine	175

INTERNATIONAL LAW

<i>Yakoviyk I. V., Shepliakova E.</i> The international legal cooperation between Ukraine and the European Union in building modern system of european security.....	185
<i>Komarova T. V.</i> Formation of the judicial office in the European Union: last tendencies	201
<i>Yarmak V. Yu.</i> The concept of brand and its correlation with concept of trademark.....	214

EXPERIENCE OF FOREIGN COLLEAGUES

<i>Pamuji K.</i> Earmarking tax policy as an instrument of public service provision in regional development	223
<i>Nwocha M. E.</i> Constraints and solutions in the implementation of international economic rights.....	229

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Семенухин И. В.</i> Прововая доктрина: аспекты понимания (на английском языке).....	8
<i>Сидоренко О. О.</i> Общетеоретический анализ правового сознания как катализатора развития правовой системы Украины	22

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<i>Литвинов А. Н., Богуш В. В.</i> Институционный механизм обеспечения конституционной жалобы в Украине: концептуальные проблемы.....	34
<i>Кулешов Д. В.</i> Конституционно-правовой механизм обеспечения независимости судебной власти Украины.....	43

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Карнаух Б. П.</i> Вина в деликтном праве: моральное оправдание и математическая экспликация (на английском языке)	54
<i>Сакара Н. Ю.</i> Право на справедливое судебное рассмотрение и современная модель гражданского процесса (на английском языке).....	65
<i>Цувина Т. А.</i> Исполнение судебных решений в контексте права на справедливое судебное разбирательство.....	80
<i>Ткачук А. О.</i> Принцип добросовестности участников гражданского судопроизводства и запрет злоупотребления гражданскими процессуальными правами.....	94
<i>Вашистарева Е. А.</i> Понятие обогащения в контексте кондикционного обязательства.....	104
<i>Довгуша Н. П.</i> Общая характеристика договора транспортного экспедирования	116

ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО. АГРАРНОЕ ПРАВО

<i>Шарапова С. В.</i> Некоторые вопросы рационального использования земель лесохозяйственного назначения.....	128
<i>Юрченко Э. С.</i> Приобретение права сельскохозяйственного землепользования при заключении сделок по слиянию и поглощению в агробизнесе.....	137

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

<i>Балакарева И. Н., Жук А. В.</i> Государственное управление информационными ресурсами: организационно-правовой аспект	145
<i>Шульжук Т. Р.</i> К вопросу о налоговой правосубъектности холдингов	154

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

<i>Шепитько М. В.</i> Юрико-психологические предпосылки построения системы противодействия преступлениям против правосудия, совершаемых судьями	166
<i>Шостко Е. Ю.</i> Состояние и тенденции выявления уголовных коррупционных правонарушений в Украине	175

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Яковюк И. В., Шеплякова Е. А.</i> Международно-правовое сотрудничество Украины и Европейского Союза в строительстве современной системы европейской безопасности (на английском языке)....	185
<i>Комарова Т. В.</i> Формирование судейского корпуса в Европейском Союзе: последние тенденции	201
<i>Ярмак В. Ю.</i> Понятие бренда и его соотношение с понятием торговой марки.....	214

ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ КОЛЛЕГ

<i>Памуджи К.</i> Целевая налоговая политика как инструмент финансирования регионального развития (на английском языке).....	223
<i>Нвоча М. Е.</i> Ограничения и решения при реализации международных экономических прав (на английском языке)	229

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Semenihin Igor Victorovich,
*Candidate of Legal Sciences, Assistant of the
Department of Theory of State and Law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv*
e-mail: grsemenihin@gmail.com
ORCID 0000-0001-9692-9276

doi: 10.21564/2414–990x.141.130708
UDC 340.143

LEGAL DOCTRINE: ASPECTS OF UNDERSTANDING

The focus of this article is the research of the nature of legal doctrine, its features, content and the role in legal practice. Actuality of the working out of the legal doctrine is closely connected with the problem of determination of its role and significance in the development of Ukrainian law. It is concluded that legal doctrine has not only descriptive, but also prescriptive character (contains elements of the things existent and the proper). Describing law, carrying out its logical or economic analysis, scholars find gaps in legislation, desuetude of the legal norms, their non-compliance with the principles of law, etc., and prove the need to establish / change / abolish legal rules or institutions of law. The legal doctrine exists and develops in the system of coordinates, which are set by traditions, ideological, cultural, religious keynotes of society.

Keywords: legal doctrine; legal science; source of law; legal interpretation, legal thought.

Семенихин И. В., кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : grsemenihin@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9692-9276

Прововая доктрина: аспекты понимания

Статья посвящена исследованию природы, характерных особенностей, содержания правовой доктрины, ее роли в юридической практике. Актуальность изучения правовой доктрины тесно связана с проблемой определения ее роли и значения в развитии украинского права. Сделан вывод, что доктрина имеет не только дескриптивный, но и прескриптивный характер (содержит элемент сущего и должного). Описывая, осуществляя логический или экономический анализ права, ученые выявляют пробелы в законодательстве, несоответствие правовых норм принципами права и обосновывают необходимость установления / изменения / отмены норм или институтов

права. Правовая доктрина существует и развивается в системе координат, которые задаются правовыми традициями, мировоззренческими, культурными, религиозными доминантами социума.

Ключевые слова: правовая доктрина; юридическая наука; источник права; юридическое толкование; юридическая мысль.

The work of legal doctrine is almost always value-laden.
Legal doctrine is a good example of a practice of argumentation,
pursuing knowledge of the existing law, yet in many cases leading
to a change in the law
Aleksander Peczenik

Problem setting. In the modern Ukrainian jurisprudence and practice, there is a trend to move beyond the framework of understanding law as issued in the form of legislation, command of the sovereign or purely as an instrument of state policy. Law is in fact a complex set of norms, practices and ideas with closely interwoven mental, cultural, moral, religious foundations, experience of the previous generations, values of freedom and justice. The rejection of the prevailing in Soviet times methodological monism opens the way to intellectual achievements (important both from the theoretical and the practical point of view), involving a comprehensive study of the complex nature of law, the specific features of its formation and development, its role and significance in the life of society and an individual.

One of the basic ideas, actively supported and argued by many Ukrainian scholars, in the most general form, can be formulated as follows: law is much more than state law [as a certain array of existing statutes, administrative regulations, edicts, etc., adopted by a competent authority]. A statement of a well-known Ukrainian author M. Koziubra: «The original genesis of the law is rooted not in the state, but in real life, in the atural, inalienable human rights; law arises not at the same time as the state, but precedes it. Under certain social conditions it can exist without the state and beyond the bounds of the state» [8, p. 35]. Another well-known scientist M. Tsvik holds a similar view: «Law can arise before its officially recognized forms have been enshrined, it can exist in unity with them and independently of them. Human rights, case law and customary law, which have a normative nature, can act or, in point of fact, act beyond the scope of legislative law» [12, p. 25].

Such conceptual changes in understanding law allowed to include into the subject of scientific discussion such categories as soft law, corporate law, the rule of law, the judicial precedent, etc. What is meant here – is not just a theoretical discussion, but the real reform of various elements of the Ukrainian legal system based on the best models of Western democracy. However, the impact of the 70 years of actually existing socialism on the Ukrainian legal culture is still significant. We can see that in the practice of both law practitioners and in the field of scientific research. For example, one of the Supreme Court of Ukraine decisions stated that «doctrinal provisions are not a source of law under Ukrainian legislation» [11]. Some scholars propose to adopt a specific statute “On the system of sources of law of Ukraine” that would identify modern sources of Ukrainian law, and establish the internal

structure of the sources of law system, taking into account the main types of relations between them. In the opinion of the initiative author, this move could provide a seamless interaction between different sources of law, eliminate difficult situations when conflicting sources of law are used, and facilitate the process of «shifting away from the extreme positions of legal positivism both in science and in practice» [7]. But is it really an echo (or even a revival?) of ultraformalism (“hyperpositivism”) that dominated the Socialist Legal Tradition? An anti-formalist evolution of the continental Western European legal culture was taking place over a long period of time, while in Ukraine it has only just begun. This is just the beginning of a long and hard path of changes and reforms, which brings many challenges and obstacles. The collapse of the Soviet block prompted H. Kötz to declare solemnly that the Socialist Legal Tradition «is dead and buried». Although he realistically acknowledged that it will take a long time to erase its traces [13, p. v].

Rene David, exploring the role and significance of statutory law in modern European legal systems, states that today nobody considers the law as the only source of law and believes that a purely logical interpretation of the law can in all cases lead to an acceptable legal solution. Although the law-making role of the legislator is still great, law in itself is more than just a law. It is not dissolved in the legislator’s power; law should be created by the joint efforts of all lawyers. Acts of legislation have become the main element of perceiving law, but it does not exclude other elements and makes sense only in conjunction with them. Acts of legislation form a sort of skeleton of the rule of law; these skeletons come to life due to other factors. Acts of legislations should not be considered narrowly and textually, often irrespective of the broader methods of their interpretation, which demonstrate the creative role of judicial practice and legal doctrine [4, p. 89, 107]. So the question of sources of law is not only a subject of theoretical discussions and disputes, it is of great practical importance. In any law-governed democratic state, the main task of the judiciary is to provide a real mechanism for the protection of human rights. At the same time, no country has perfect legislation – it lacks certainty and clarity of legislative norms, there are gaps and collisions in legislation, etc.

Under such conditions, it is virtually impossible to reach a reasonable and fair judicial decision without applying other sources of law. Referring to the principles of law, customs, fundamental human rights, legal doctrine, the judge completes the law, modernizes it, and to some extent corrects the mistakes made by the legislators, as well as sometimes «block» unjust laws. In this regard, it is worth looking back at the momentous decisions of the German courts (taken in the post-war period and in the 90 years after the unification of Germany), which directly refer to the Radbruch’s Formula. This is a vivid example of the importance and relevance of the legal doctrine, which, according to Rene David’s concise definition, was and remains a «very important, living source of law» [4, p. 121].

Paper objective. The topic of the sources of law is a traditional in Ukrainian jurisprudence and statutory law, for obvious reasons, remains the main subject of research in this field. Recently, we can see scientific publications, which focus on the

issues related to the clarification of nature, the role and significance of legal doctrine as a source of law. The views on the phenomenon of legal doctrine can be found in the works of M. Karmalita, M. Mochulska, Y. Yevgrafova, N. Parkhomenko, L. Petrova, P. Patsurkivskiyi, V. Trofimenko, but, in our opinion, they are mostly eclectic, and sometimes overly contradictory. In no case do we blame the researchers for their incompetence and do not question their intellectual abilities. Existing excessive diversity of views on legal doctrine can be explained by the complex nature of this phenomenon.

Legal doctrine, as well as legal custom, is not proclaimed or approved (although sometimes it happens, for example, in Ancient Rome), but spreads and develops over time. Unlike with statues, you can, as a rule, only roughly determine the moment when the legal doctrine comes into force. Moreover, the influence of the legal doctrine on legislative and judicial practice is not always evident. Sometimes (this is especially noticeable in the countries of Anglo-American law) judges are involved in the process of creating the legal doctrine. Contemplating and summarizing their own experience of judicial activity, they publish scientific articles and monographs, and some of them play a significant role in the development of legal thought and practice – doctrinal ideas, concepts, views, approaches are not always born in the offices of university academics. According to S. Boshno, the legal doctrine refers to those legal phenomena that have not just repeatedly changed and change their status, but also seek to dissolve in science, judicial practice, religion, general principles and other sources of law [2, p. 70] I. Zelenkevich relates the legal doctrine to «the most ancient and mysterious sources of law» [6, p. 42]. As we see it, in this case, the authors do not exaggerate and unnecessarily dramatize the situation, as it may seem at first glance. In the context of our study we will try to describe in general terms the views of Ukrainian and foreign researchers on legal doctrine and to lay out our own priorities and accents in the outlined scientific discourse.

Paper main body. The declaration of Ukraine's independence in 1991 significantly changed the overall situation in domestic legal science, which, evaluated objectively, is in a state of upsurge and renaissance. There was a real opportunity to enrich the national law with the achievements of European and world legal thought, which is relevant in the context of European integration processes, where Ukraine is an active participant. Today, scientists can also open the treasury of the pre-revolutionary jurisprudence ideas (until 1917), which was scrupulously closed and sent to the «museum of history» in Soviet times, and fruitfully use its content. Starting from the second half of the nineteenth century, the subject of legal research has been expanding due to the inclusion of issues related to the clarification of the nature, role and significance of legal doctrine in the legal life of society.

The recognition of the legal doctrine as an important source of law, which was defined as “scholar-made law”, “scientific law”, “the law of approved in science opinions”, “book law”, “jurisprudence”, has become the key issue in the scientific discourse. The lack of a co-ordinated position in the assessment of the legal doctrine is caused by the complexity and diversity of this phenomenon, as well as by the variety of ideological and methodological positions of researchers, their adherence to certain

types of legal thinking. It seems that a concise analysis of argumentative statements by lawyers of that period will be interesting for both Ukrainian and foreign authors.

M. Rennenkampf (1832–1879) defending the idea of legal positivism, considered law as an expression of the will of the state and did not recognize the scientific law as a source of law. In his opinion, scientific positions are devoid of normativity features, formal certainty and universal necessity. The impact of science is indirectly mediated: it affects judges, legislators solely through beliefs, scientific explanations, and not owing to the external force of the sovereign. However, science can and should help people – the discovery of the secrets of nature and the laws of development of the material and spiritual world phenomena opens up opportunities for their adaptation and change in accordance with human needs.

Professor **M. Gredeskul** (1865–1941) noted that the activities of judges and legal scholars in the logical plane are very similar – if there are legal loopholes (inaccuracies, conflicts), they tackle such issues applying creativity. Notably, scientific research and developments in the sphere of law are even more significant than the work of judges in this area, since judges rely on the authority of legal scholars. Often, their conclusions become a conceptual basis, ideological guidance for judicial practice. However, scientific law becomes a source of law only when an external authority imparts the binding force to the conclusions reached by the legal scholars. Thus, the views of Roman lawyers became important sources of law, when the external authority in the person of emperors gave them the right to provide conclusions, binding on judges (*jus respondendi*).

A representative of the sociological direction in jurisprudence **S. Dnistrjanskij** (1870–1935) argued that law arises from social ethical rules that are formed amid public relations. There are mediators between customs (the original form of law) and the law of the state – legal practitioners and theorists dealing with the science of law. He stresses that the science of law is an important way of creating law. Lawyers, summarizing and bringing existing in reality public relations to a common standard, formulate clear and understandable legal norms, and if necessary, explain, specify and complete them in accordance with the new requirements of social life. In this way, thanks to the activity of lawyers, some new areas of law had arisen long before they found a clear expression in the form of codification.

Ju. Gambarov (1850–1926) characterized jurisprudence (law, created by lawyers) as a specific source of law. This law consists of theory and practice, that is, theoretical insights of law and court practice, which develop theoretical guidelines, applying them in the real life of society. Court decisions, court practice, legal science are forms of expressing law. Jurisprudence is a significant law-making factor, but not a formal legal source of law. Guidelines developed by legal experts are authoritative for lawyers themselves, but are not mandatory. The law of lawyers can become a fully valid source of law only provided there is a norm (the instruction of public authority), which authorizes lawyers to create mandatory regulations.

According to **A. Federov** (1855–1935), science can be considered a source of law only conditionally: it clarifies, interprets the current law and thus contributes to its further development, often creating – in order to fill the gaps – new legal provisions. The latter, similar to the provisions of judicial practice, can become the basis of the rules of customary law or legislation that are genuine (fully valid) sources of law.

L. Petrazycki (1867–1931), the founder of the psychological theory of law, considers imperative and attributive emotions and experiences of subjects, that arise on the basis of normative facts as the source of the binding force of law. Such facts of normative nature (particular species of positive law), which really affect the mind and psyche of the persons, determining a certain type of behavior, except for legislation and customary law, is also “book law”, “the law of approved in science opinions”, *communis doctorum opinio*, etc.

We can state that in modern science there are different approaches to understanding the legal doctrine, which is defined by the «spirit» of law; ideas and views of well-known lawyers; authoritative scientific works – monographs, scientific and practical comments to laws and codes, etc. In our view, such approaches are not fundamentally false, since they reveal some aspects of this phenomenon. At the same time, they are somewhat one-sided and insufficient to reveal the nature and essence of the complex phenomenon of legal doctrine. In our opinion, the most succinct from this point of view is the opinion expressed by S. Alekseev: «Legal ideas penetrate directly into the matter of law and express its features and specific characteristics, and therefore science that concentrates these ideas, closely interacts with positive law. This interrelation and, most importantly, interpenetration are so significant, that in real life and in historical assessments, one or another national legal system to a large extent appears in the form that it has in scientific developments and in the statements of lawyers. And most importantly, this is no longer an illusion of legal realities, but the legal reality itself, which to a large extent determines the validity of a law, its application and judicial practice» [1, p. 617]. Therefore, the legal doctrine contains a significant regulatory potential, which is revealed in the interpretation of the statutes, in the settlement of so-called «hard cases», in the creation and modification of judicial precedents.

The legal doctrine is created, reproduced and developed primarily thanks to the intellectual and creative efforts of legal scholars, who focus on the study of law on the basis of formal dogmatic, historical and other methods, the development of techniques and methods for its interpretation and systematization, understanding of the accumulated legal experience and creation of «scientific picture» of the legal world on these grounds. The provisions of the legal doctrine are created, as a rule, as a result of conducting fundamental research related to a deep and comprehensive analysis of the essence, content, peculiarities of functioning and development of state legal phenomena (legislation, judicial practice, separate branches of law) in

certain legal systems and substantiation of rational approaches to solving the main problems in the sphere of legal practice.

This refers to legal knowledge represented in the generalized form: legal constructions, notions and categories, principles, legal ideas, concepts, etc. that shape the content of the legal doctrine, which in its turn has an objective form in terms of scientific works¹ – monographs, scientific articles, reports, commentaries on legislation, etc. The provisions of the legal doctrine can also be classified according to different criteria: by the source of its origin – personified (such as the «Radbruch Formula») and collective, which is *communis opinio doctorum*; according to the distribution in different legal order – recognized at the level of the national / supranational legal systems, legal families; by official recognition – sanctioned by public authorities and embodied in positive law and officially unrecognized.

The legal doctrine in some way describes legal concepts, rules, principles (or some areas of law – Patent law, Tax law, Tort law, Privacy law, Labour law, Family law, etc.) and explains why they exist in society. This explanation can be historical, sociological, psychological, economic, etc. [the rule exists because it complies with traditions, social economic realities, moral principles of society] or it can rely on the internal logic of the law system structure. In the latter case, the validity of the legal norm is explained by the existence of another legal rule or legal principle, which brought it forth.

At the same time, the legal doctrine is not a «photographic representation» of the current law. Describing law, carrying out its logical or economic analysis, lawyers find gaps in legislation, desuetude of the legal norms, their non-compliance with the principles of law, etc., and prove the need to establish / change / abolish legal rules. As S. Maksimov rightly points out, description is the main method of the legal doctrine, although sometimes it applies methods of explanation and justification, which are not commonly inherent in it. Although lawyers to a certain extent distinguish between the purely logical analysis of law and substantiated recommendations to the legislator (what the law should be like), it is difficult to distinguish them in reality. By describing and explaining the law, scientists change it through the legal doctrine [10, p. 36]. A. Peczenik noted: «By production of general and defeasible theories, legal doctrine aims to present the law as a coherent net of principles, rules, meta-rules, and exceptions, at different levels of abstraction, connected by support relations. The argumentation used to achieve coherence involves not only description and logic but also evaluative (normative) steps» [14, p. 75]. Thus, the legal doctrine is both descriptive and normative (and not just one of those), that is, it has cognitive and normative functions; if by the normative terms we mean the creation of ideal models for legal reality and its change.

Therefore, the legal doctrine has not only *descriptive*, but also *prescriptive* character [contains elements of the things existent and the proper], because it contains

¹ A. Peczenik noted that legal doctrine in Continental European Law (*scientia iuris*, *Rechtswissenschaft*, *Rechtsgematik*, “doctrine of law”, legal dogmatics) consists of professional legal writings, e.g., handbooks, monographs, etc., whose task is to systematize and interpret valid law [14, p. 75].

the vision of the law as it should be, that is, its imaginary ideal image, justifies the necessity and expediency of consolidating the norms of law, the formation of new branches and institutions of law, their improvement or reform. An important component of the legal doctrine is the evaluation and forecasting component, which contains recommendational and orientational in their nature provisions, and is the result of a critical analysis of the practice of law-making. This makes the legal doctrine a significant factor in the formation of law and enables it to actively influence various components of the legal system, including the definition of the meaning and ideological orientation of legislation.

The creation of a legal doctrine, development of its specific provisions, is directly related to the interpretation of legal texts as well as comprehension and understanding of the content of the legal requirements enshrined therein. In fact, any doctrinal study includes the analysis and interpretation of legislation, court decisions, international legal instruments, etc. Often, such intellectual activity is not limited to the literal interpretation of legislative norms and is aimed at highlighting certain topical issues in the field of law from the standpoint of unwritten principles of law, values, interests, fundamental human rights, etc.

Legislative norms reach up to judges through the «sieve» of lawyers' interpretive activities, who, not only in the language of available and understandable terms, find out and bring to the reader the contents of legal regulations. If necessary, they complement, refine, «clean» them from various defects – contradictions, ambiguities or vagueness of wording in legal acts, etc. The doctrinal interpretation of legal norms and their results are inseparable from argumentative practices, and the legal doctrine itself is an argumentative discipline – there are certain arguments which are supported by the legal community in the basis of any provisions of the legal doctrine.

The doctrinal interpretation of legal norms and their results are inseparable from argumentative practices, and the legal doctrine itself is an argumentative discipline – there are certain arguments which are supported by the legal community in the basis of any provisions of the legal doctrine. Mark Van Hoecke noted that from the Middle-Ages until the seventeenth century legal doctrine has developed as an argumentative discipline, which determined what kind of arguments were acceptable in which cases, with whole catalogues of arguments. Actually, interpretation and argumentation cannot be separated from each other, both in legal doctrine and in legal practice. Each text interpretation needs arguments when diverging interpretations could reasonably be sustained, and a legal argumentation will almost always be based on interpreted texts. So, legal doctrine and legal practice are both hermeneutic and argumentative, but interpretation and argumentation appear to be roughly two sides of the same activity, in which interpretation is the goal and argumentation the means for sustaining that interpretation [16, p. 5]. When judges use certain doctrinal constructions in their decisions, they agree with the relevant arguments. Even if the latter are not explicitly mentioned in the text of the court decision, they implicitly become part of the court legal position.

Since the legal doctrine appeared in the legal life of society, its main task has been the interpretation of legal texts – legislative acts, court decisions, etc. Their existence is a prerequisite for the existence of a doctrine [no special legal texts – no legal doctrine]¹. As noted by foreign authors, the work of legal doctrine in the French historical tradition (and in general in European) is in one way or another related to the interpretation of written law. Faced with its various sources, coordinating and systematizing them, the doctrine contributed to the creation of a holistic legal order and thus paved the way for future codifications [15, p. 17].

The formation and development of the legal doctrine is influenced by external and internal factors. The latter are related to the internal «mechanisms» of the legal science development. These are unresolved scientific problems that give rise to scientific discussions, scientific polemics, and the confrontation between different methodological approaches (the struggle between realism and nominalism, materialism and idealism, legal positivism and natural law theory, etc.). External factors (integration and globalization processes, formation of the information society, environmental problems, etc.) are rooted in the natural and social environments that are characterized by constant volatility. Such changes give rise to new values, the restructuring of the hierarchy of values, and the emergence of new rules of coexistence of people. The need for their crystallization, harmonization, conceptual formalization, in fact, necessitates scientific research, development of specific proposals and recommendations for improving legal regulation of relations, etc.

The process of developing a legal doctrine is long and multi-stage and begins, as a rule, with the nomination and substantiation of the original author's views on certain phenomena of legal reality or approaches to solving pressing problems of legal practice. In the course of scientific discussion, which can last for years and continue on the pages of journals, scientific conferences, round tables, etc., scientific ideas and theories are improved and conceptualized, and also the optimal ways and mechanisms of their implementation in the state legal practice are developed.

This may lead to the development of a new direction in legal thought or establishment of a scientific law school. Therefore, the legal doctrine – it's not just a set of views of individual lawyers, but to a certain extent the product of their joint intellectual creativity. As a result, an integral, conceptually and methodologically, logically consistent knowledge of law, its branches and institutions, which is to some extent reduced to an internally consistent core, is created. Due to its proper argumentation, logic (systematicity, completeness, consistency), compliance with the social cultural context, it receives recognition and support of the legal community.

¹ Mark Van Hoecke comes to a conclusion that legal scholars are often interpreting texts and arguing about a choice among diverging interpretations. In this way, legal doctrine is a hermeneutic discipline, in the same way as is, for example, the study of literature, or to a somewhat lesser extent, history. In a hermeneutic discipline, texts and documents are the main research object and their interpretation, according to standard methods, is the main activity of the researcher. This is clearly the case with legal doctrine [16, p. 4].

A similar approach to understanding the nature and features of the legal doctrine can be found in the writings of modern Ukrainian scholars. For example, V. Kolisnyk characterizes the constitutional doctrine as a set of ideas, provisions, scientific views and theoretical generalizations, established and recognized by the scientific community, which together comprise a logically completed and internally agreed vision, understanding and explanation of the essence, features, main characteristics and patterns (or trends) of development of a certain constitutional and legal phenomenon. Usually a doctrine consists of a rather complex and extensive system of interrelated ideas, provisions, theses, conclusions and generalizations [9, p. 208].

The legal doctrine (as a resume or result of doctrinal legal research) has a stable, conservative character. If a particular scientific idea (a provision) has become an integral part of the legal doctrine, then, as a rule, it does not change over a long period of time – it may take more than a decade before it is changed or finally rejected. However, this does not mean that the legal doctrine is completely unchangeable. Csaba Varga, pointing to the relative constancy of the doctrine, notices its open texture, because it has the potential that «this could also have been different», even if it has not happened or it can not become something else. However, for the same reason, and this is another pole of the double nature of the doctrine, at any time it states that it is final and ultimate (self-commissioning) in its certain state, although it is likely to open already on the next day or be unchangeable forever [3, p. 102].

Y. Yevgrafova emphasizes that the doctrine is not necessarily driven by the nature of the legal culture of society, but is an autonomous, self-sufficient phenomenon whose action and influence are not limited by the time and borders of national states. Such are the long-standing doctrines of natural law, national sovereignty, social contract, etc. In fact, equating doctrine and legal science, Y. Yevgrafova indicates that it is one of important social institutions, which plays a significant role in the life of society and the state, in particular, in state-building, the improvement of the modern system of national legislation, law-enforcement activity, the formation of a legal culture of citizens, etc. Scientifically grounded conclusions and suggestions should form the basis for the development of nation-wide concepts and programs of social economic development of Ukraine [5, p. 55].

But can the relevant concepts of natural law, national sovereignty, separation of powers, etc. become an integral part of the system of national law without their creative interpretation in accordance with the national historical, economic, social cultural peculiarities, specificity of the legal culture of Ukrainian society? Can we possibly directly include T. Hobbes, J. Locke, S.-L. Montesquieu's treatises to the programs of social economic development of Ukraine? It is expedient to have a fairly flexible understanding of the concept of separation of powers, national sovereignty and mechanisms for their implementation, which results from the inadmissibility of the dogmatic interpretation of this scheme for once and for all, as well as the possibility of completing these concepts with new elements that match modern realities. Obviously, the basic ideas and principles formulated by the outstanding figures of the

past, their followers and like-minded people, are specified and updated by modern lawyers. The latter develop the legal doctrine, which, in our opinion, is a cultural and historical phenomenon – it embodies the interests, needs, values and traditions existing in a certain society translated into the legal language.

Conclusions of the research. The legal doctrine exists and develops in the system of coordinates, which are set by traditions, ideological, cultural, religious keynotes of society. They largely determine the content of the legal doctrine, which implicitly has a specific axiological burden. Correlation with the existing social cultural reality is an essential feature of the legal doctrine.

The proposed understanding provides an opportunity to separate the doctrine from the philosophy of law, which reveals the general idea of law. The results of philosophical and legal quests in the form of doctrines, philosophical and legal concepts are mainly universal, invariant in historical and cultural terms. The connection between legal doctrine and the philosophy of law lies in the fact that any doctrinal study is based on the idea of the nature of law. In relation to the legal doctrine, the philosophy of law is on the meta-level and defines its ontological and epistemological foundations.

It must be admitted that legal academics do not have a «monopoly» on the creation of a legal doctrine. So, a significant contribution to the development of the American legal doctrine was made by O. *Holmes*, B. Cardozo etc. They conceptualized and generalized their own experience of judicial activity in a series of articles and books that substantiated their views, ideas, principles which were supported and recognized far beyond the boundaries of the American continent. While in the continental law a legal dictionary is created by legal scholars, the language of the English law is created predominantly by judges – original legal constructions are the result of the judicial decisions in certain categories of cases. These constructions are not static – they are refined, adjusted, filled with new content by joint efforts of both judges and legal scholars. Therewith, judges use persuasive legal provisions developed by legal scholars. At the same time, the latter, analyzing legislation, judicial practice, international legal documents, formulate new findings and proposals that, under certain conditions, may change the legal doctrine. As rightly stated by Csaba Varga, the doctrine, on the one hand, fulfills the promise of completeness, and on the other hand, it always has a transient character, because at any moment it is only in the state of development [3, p. 102].

Список літератури:

1. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. Москва : Норма, 2001. 752 с.
2. Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права. *Журнал Российского права*. 2003. № 12. С. 70–79.
3. Варга Ч. Правова доктрина: методологія та онтологія. *Право України*. 2011. № 8. С. 99–108.
4. Давид Р., Жоффре-Спиннози К. Основные правовые системы современности; пер. с фр. В. А. Туманова. Москва : Международные отношения, 2009. 456 с.
5. Євграфова Є. П. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 55–62.

6. Зеленкевич И. С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые аспекты соотношения и использования в качестве источников права. *Северо-Восточный научный журнал*. 2010. № 2. С. 42–47.

7. Кармазіна К. Ю. Закон «Про систему джерел права України»: актуальність та перспективи. Вісник Одеського національного університету. *Правознавство*. 2008. Вип. 13 (9). С. 101–106.

8. Козюбра М. І. Загальнотеоретичне правознавство: стан та перспективи. *Право України*. 2010. № 1. С. 32–43.

9. Колісник В. П. Поняття конституційно-правової доктрини та формування конституційного ладу. *Правова доктрина – основа формування правової системи держави*: матеріали міжнарод. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПРН України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України» (Харків, 20–21 листоп. 2013 р.). Харків: Право, 2013. С. 207–210.

10. Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід. *Право України*. 2013. № 9. С. 34–54.

11. Ухвала Судді Верховного Суду України від 21.04.2016 р., судова справа № 6-756ц16. URL: <http://www.revestr.court.gov.ua/Review/57345903#> (дата звернення: 05.05.2018).

12. Цвік М. В. Праворозуміння (значення повторюваності суспільних відносин для його дослідження). *Право України*. 2010. № 4. С. 22–28.

13. Kutz H., Zweigert K. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. 708 p.

14. Peczenik A. *A Theory of Legal Doctrine*. *Ratio Juris*. 2001. Vol. 14. P. 75–105.

15. Thireau J-L. *La doctrine civiliste avant le Code civil. La doctrine juridique* / A. Bernard, Poirmeur Y. et al. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. P. 13–51.

16. Van Hoecke M. Which Method(s) for What Kind of Discipline? *European Academy of Legal Theory Series*. 2001. Vol. 9. P. 1–18.

References:

1. Alekseev, S.S. (2001). *Voshjojenie k pravu. Poiski i resheniya [Climbing to the Law. Searches and Solutions]*. Moscow: Norma [in Russian].

2. Boshno, S.V. (2003). *Doktrina kak forma i istochnik prava [Doctrine as a Form and Source of Law]*. *Zhurnal Rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*, 12, 70–79 [in Russian].

3. Varha, Ch. (2011). *Pravova doktryna: metodolohiia ta ontolohiia [Legal Doctrine: Methodology and Ontology]*. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 8, 99–108 [in Ukrainian].

4. David R., Zhoffre-Spinozi, K. (2009). *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [Major Legal Systems in the World Today]*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniia [in Russian].

5. Yevgrafova, Y. (2013). *Doktryna u pravovii nauki i yurydychnii praktytsi. [Doctrine in the Legal Science and Legal Practice]*. *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy – Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2, 55–62 [in Ukrainian].

6. Zelenkevich, I.S. (2010). *Pravovaya doktrina i pravovaya nauka: nekotorye aspekty sootnosheniya i ispol'zovaniya v kachestve istochnikov prava [Legal Doctrine and Legal Science: Some Aspects of the Interaction and Usage as a Source of Law]*. *Severo-Vostochnyj nauchnyj zhurnal – Northeastern Science Journal*, 2, 42–47 [in Russian].

7. Karmazina, K. (2008). *Zakon «Pro systemu dzherel prava Ukrainy»: aktualnist ta perspektyvy [The Law “On the system of sources of law of Ukraine”: its Urgency and Perspectives]*. *Visnyk Odeskoho natsionalnoho universytetu. Pravознавство – Odesa National University Herald. Jurisprudence*, issue 13(9), 101–106 [in Ukrainian].

8. Kozyubra, M.I. (2010). *Zagalnoteoretichne pravознавство: stan ta perspektyvi [Theory of Law: Current State and Perspectives]*. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 1, 32–43 [in Ukrainian].

9. Kolisnyk, V. *Poniattia konstytutsiino-pravovoi doktryny ta formuvannya konstytutsiinoho ladu [The Concept of Constitutional Legal Doctrine and the Formation of the Constitutional Order]*. *Pravova doktryna – osnova formuvannya pravovoi systemy derzhavy*: proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kharkiv: Pravo, 207–210 [in Ukrainian].

10. Maksymov, S.I. (2013). Pravova doktryna: filozofsko-pravovyi pidkhdh [Legal Doctrine: Philosophical and Legal Approach]. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 9, 32–54 [in Ukrainian].

11. Ukhvala Suddi Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 21.04.2016 r. sudova sprava № 6-756ts16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57345903#>.

12. Tsvik, M.V. (2010). Pravorozuminnia (znachennia povtoriuvanosti suspilnykh vidnosyn dlia yoho doslidzhennia) [Law Comprehension (the Role of Recurring Social Relations for its Research)]. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 4, 22–28 [in Ukrainian].

13. Kutz, H., Zweigert, K. (2008). Introduction to Comparative Law. Oxford: Oxford University Press.

14. Peczenik, A. (2001). A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*. Vol. 14, 75–105.

15. Thireau, J-L (1993). La doctrine civiliste avant le Code civil. La doctrine juridique / A. Bernard, Poirmeur Y. et al. Paris: Presses Universitaires de France, 13–51.

16. Van Hoecke, M. (2001) Which Method(s) for What Kind of Discipline? *European Academy of Legal Theory Series*, Vol. 9, 1–18.

Семеніхін І. В., кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.

e-mail : grsemenhin@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9692-9276

Правова доктрина: аспекти розуміння

Стаття присвячена дослідженню природи, особливостей, змісту правової доктрини, її ролі в юридичній практиці. Актуальність вивчення правової доктрини тісно пов'язана з проблемою визначення її ролі і значення у розвитку вітчизняного права. Одну із базових ідей, що активно підтримується та аргументується сучасними вченими, у найзагальнішій формі можна сформулювати таким чином: право – це децю більше, ніж законодавство. Такі концептуальні зміни у розумінні права дозволили включити до предмета наукового обговорення такі категорії, як м'яке право, принципи права, верховенство права, судовий прецедент та ін. Йдеться не тільки про теоретичні дискусії, а й про реальне реформування різних елементів української правової системи на базі кращих взірців західної демократії. Проголошення незалежності України у 1991 році істотно змінило загальну ситуацію у вітчизняній правничій науці, що, оцінюючи об'єктивно, перебуває у стані піднесення, ренесансу. З'явилась реальна можливість збагатити національне право здобутками європейської й світової юридичної думки, що є актуальним в контексті євроінтеграційних процесів, активним учасником яких є Україна. Одним з таких здобутків є рух до визнання правової доктрини як чинника, що відчутно впливає на нормотворчу, правозастосовну, правотлумачну діяльність. У правовій, демократичній державі головним завданням судових органів є реальне забезпечення ефективного механізму захисту прав людини. Водночас законодавство будь-якої країни не є досконалим. При недостатній чіткості законодавчих норм (відсутності ясної, точної, зрозумілої мови нормативних актів, розпливчастості формулювань, наявності у законодавстві прогалін, колізій тощо) винесення розумного, справедливого, належним чином аргументованого судового рішення без використання інших джерел права є фактично неможливим. Звертаючись до принципів права, правових звичаїв, прав людини, правової доктрини, судді «добудовують» право, удосконалюють його, і так у певному сенсі виправляються помилки законодавця, іноді припиняючи дію несправедливих законів. Можна констатувати, що у сучасній науці існують різні підходи до розуміння правової доктрини, яка визначається як «дух» права; ідеї та погляди знамих правників; авторитетні наукові праці – монографії, науково-практичні коментарі законів і кодексів тощо. На наш погляд, такі підходи не є принципово помилковими, позаяк розкривають окремі аспекти цього явища. Водночас вони децю односторонні та недостатні для розкриття природи та сутності складного феномену правової доктрини.

Правова доктрина створюється, відтворюється, розвивається передовсім завдяки інтелектуально-творчим зусиллям правознавців, основним змістом діяльності яких є дослідження права за допомогою формально-догматичного, історичного та інших методів, розробка прийой-

мів та способів його тлумачення і систематизації, осмислення накопиченого правового досвіду і створення на основі цього «наукової картини» правового світу. Положення правової доктрини створюється, як правило, в результаті проведення фундаментальних наукових досліджень, що пов'язані з глибоким та всебічним аналізом сутності, змісту, особливостей функціонування і розвитку державно-правових явищ (законодавства, судової практики, окремих галузей права) в певних правових системах та обґрунтуванням раціональних підходів до вирішення основних проблем в сфері юридичної практики. Йдеться про відображені в узагальненій формі юридичні знання: юридичні конструкції, поняття й категорії, принципи, правової ідеї, концепції та ін., які утворюють змістову частину правової доктрини, що має об'єктивовану форму у вигляді наукових праць – монографій, наукових статей, доповідей, коментарів законодавства тощо. З моменту виникнення у правовому житті суспільства правової доктрини її основним завданням є інтерпретація правових текстів (законодавчих актів, судових рішень та ін.). Їх наявність є необхідною умовою існування доктрини [немає спеціальних правових текстів – немає правової доктрини]. Формування правової доктрини, створення окремих її положень безпосередньо пов'язано з інтерпретацією правових текстів та осмисленням, у розумінням змісту закріплених в них юридичних приписів. Фактично будь-яке доктринальне дослідження включає аналіз та інтерпретацію законодавства, судових рішень, міжнародно-правових документів та ін. Часто така інтелектуальна діяльність не зводиться до буквального тлумачення законодавчих норм і спрямована на висвітлення певних актуальних питань у царині права з позицій неписаних принципів права, цінностей, інтересів, основоположних прав людини тощо. Зроблено висновок, що правова доктрина має не тільки описувальний, а також прескриптивний характер (містить елемент суцього і належного). Описуючи, здійснюючи логічний або економічний аналіз права, юристи виявляють прогалини в законодавстві, застарілість норм права, їх невідповідність принципам права тощо і доводять необхідність встановлення / зміни / скасування юридичних норм чи інститутів права. Правова доктрина існує та розвивається в системі координат, які задаються правовими традиціями, світоглядними, культурними, релігійними домінантами соціуму. Кореляція з існуючою соціокультурною реальністю є істотною ознакою правової доктрини. Такий підхід дає можливість відмежувати доктрину від філософії права, яка розкриває загальну ідею права. Результати філософсько-правових пошуків у вигляді вчень, філософсько-правових концептів є універсальними, інваріантними в історико-культурному відношенні. Зв'язок правової доктрини та філософії права полягає у тому, що будь-яке доктринальне дослідження спирається на уявлення про природу права. По відношенню до правової доктрини філософія права знаходиться на метарівні і визначає її онтологічні та епістемологічні основи.

Ключові слова: правова доктрина; юридична наука; джерело права; юридичне тлумачення; юридична думка.

Надійшла до редколегії 09.05.2018 р.



Сидоренко Ольга Олександрівна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри теорії держави і права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: Sydorenko1200@gmail.com
ORCID 0000-0003-0485-6431

doi: 10.21564/2414–990x.141.131531
УДК 340.114.5:340.155.8

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОЇ СВІДОМОСТІ ЯК КАТАЛІЗАТОРА РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Розглянуто зміст поняття правової свідомості з огляду на сучасні наукові напрацювання з цієї проблеми. Проаналізовано взаємозв'язки правосвідомості та правової системи у контексті євроінтеграційних процесів в Україні. Аргументовано висновок: процеси, які відбуваються в суспільстві, незмінно впливають на правову свідомість та розвиток нових галузей права. Подальший розвиток правової системи України та набуття нею якісно нових властивостей, які б сприяли розвитку в державі громадянського суспільства та утвердженню верховенства права, можливі лише у контексті розвитку правової свідомості.

Ключові слова: правова свідомість; правова система; громадянське суспільство; система права; структура системи права; предмет правового регулювання; метод правового регулювання.

Сидоренко О. О., кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail : Sydorenko1200@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0485-6431

Общетеоретический анализ правового сознания как катализатора развития правовой системы Украины

Рассматривается содержание понятия «правовое сознание» с точки зрения современных научных работ по этой проблеме. Анализируются взаимосвязи правового сознания и правовой системы в контексте евроинтеграционных процессов в Украине. Аргументирован вывод: процессы, которые происходят в обществе, неизбежно влияют на правовое сознание и развитие новых отраслей права. Дальнейшее развитие правовой системы Украины и приобретение ею качественно новых свойств, которые бы способствовали развитию в государстве гражданского общества и утверждению верховенства права, возможны только в контексте развития правового сознания.

Ключевые слова: правовое сознание; правовая система; гражданское общество; система права; структура системы права; предмет правового регулирования; метод правового регулирования.

Постановка проблеми. Розвиток правової системи України традиційно є пріоритетним напрямком досліджень сучасної науки теорії держави і права. Генеза правової системи не може відбуватись поза трансформаціями та змінами на рівні її окремих елементів. Система права є регулятивним ядром правової системи, що формується, базуючись на правовій ідеології певної держави й одночасно виступаючи нормативною основою поведінки у сфері права. Діалектика компонентів правової реальності відбувається за рахунок відбиття їх у свідомості людини та втілення через даний процес в інших юридичних феноменах. Але водночас не слід абстрагуватись від генеративної ролі правової свідомості щодо компонентного складу правової системи, що в подальшому і забезпечує її інтегрування. Істотним фактором, який підвищує теоретичну актуальність даної теми, є те, що основна увага на теоретичному рівні здебільшого приділялась нормативній складовій правової системи, що дещо штучно відсувало питання, пов'язані з розвитком правосвідомості, на другий план. Утім, практика правотворчих процесів в Україні довела потребу у спеціальних юридичних дослідженнях питань взаємозв'язку між динамікою правової свідомості та розвитком правової системи в цілому.

Реалізація правових норм та підвищення ефективності правового регулювання зумовлюють потребу у вивченні всіх чинників, які сприяють нормальному розвитку правового життя суспільства та правових відносин. Одним з них є правова свідомість, оскільки так само, як функціонування правової системи неможливе без суб'єктів права, так і існування самих суб'єктів права не можна уявити відокремлено від правової свідомості. Досить часто недовірливість та неефективність правового регулювання пояснюються не лише низьким рівнем чинних нормативно-правових актів, а й фактором відторгнення правовою свідомістю суспільства даних правових норм або цілих правових інститутів.

Метою цієї статті є дослідження з теоретико-правових позицій змісту поняття та аналіз взаємозв'язків правової свідомості та правової системи у векторі євроінтеграційних процесів в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням проблематики даної наукової статті займалися: С. С. Алексєєв (S. S. Aleksieiev), П. П. Баранов (P. P. Baranov), В. Л. Васильєв (V. L. Vasyliiev), В. В. Копейчиков (V. V. Koreichukov), В. М. Коробка (V. M. Korobka), В. В. Лазарєв (V. V. Lazariev), О. В. Малько (O. V. Malko), М. Н. Марченко (M. N. Marchenko), М. І. Матузов (M. I. Matuzov), В. В. Пашутін (V. V. Pashutin), П. М. Рабинович (P. M. Rabynovych), В. П. Сальников (V. P. Salnykov), О. Ф. Скакун (O. F. Skakun), С. С. Сливка (S. S. Slyvka), С. Р. Станік (S. R. Stanik), В. І. Темченко (V. I. Temchenko) та інші. Водночас наукових праць, які б розкривали згадані вище категорії як взаємозалежні, майже не спостерігається.

Виклад основного матеріалу. Правова свідомість досліджується як категорія правознавства, що знаходиться у нерозривному зв'язку з правом, входить як елемент до правової системи. Традиційний інтерес до цієї проблеми пояснюється незавершеністю розробок функціонування правової свідомості

в суспільстві, не визначено також шляхи формування, недостатньо досліджено питання стосовно маніпуляції суспільною свідомістю.

Науковці приділяють велику увагу поняттю правової свідомості, зважаючи на доволі значний її вплив на якість правового регулювання, побудову громадянського суспільства. Особливо це стало помітно в радянський та пострадянський періоди. Через широкий спектр філософсько-правових питань, які пов'язані з правосвідомістю, зокрема те, що вона охоплює життєво важливі суспільні категорії, такі як право та свідомість, у літературі немає досі однозначного визначення поняття правової свідомості.

Визначення правосвідомості передбачає перш за все розгляд поняття «свідомість», позаяк правова свідомість є похідною формою свідомості. А свідомість, у свою чергу, може бути розглянута з різних боків. Свідомість – це одне з фундаментальних понять філософії, психології, соціології, яке характеризує важливий системний компонент людської психіки. Функціонування свідомості забезпечує людині можливість створювати знання про зв'язки, відносини, закономірності об'єктивного світу, встановлювати цілі та розробляти плани, які представляють її діяльність, регулювати та контролювати емоційні, раціональні та предметно практичні відносини з дійсністю, визначити ціннісні орієнтири свого буття та поліпшити умови свого існування [1, с. 632–633].

Свідомість людини в психології – це сформована в процесі суспільного життя вища форма психічного відображення дійсності в вигляді суб'єктивної моделі навколишнього світу в формі словесних понять та чуттєвих образів. Властива лише людині свідомість є продуктом суспільно-історичного розвитку людства. Свідомість людини характеризується активністю, спрямованістю на певний об'єкт, здатністю до самоспостереження і рефлексії, різним ступенем ясності тощо [2, с. 316]. Свідомість з точки зору філософії – це специфічна форма ідеального відображення і духовного освоєння дійсності. Це вищий вид духовної активності особистості, яка виявляється в здатності відображати реальність у формі почуттів та образів мислення, які передбачають практичну діяльність і повідомляють їх цілеспрямований характер [3, с. 78].

В юридичній літературі не існує усталеного визначення правової свідомості. Свого часу І. Є. Фарбер (радянський період) визначив правову свідомість як сукупність правових поглядів та почуттів, які наділені нормативним характером і включають в себе як знання правових явищ, так і оцінку з точки зору класової (або загальнонародної) справедливості, а також нові правові вимоги, які відображають економічні та політичні потреби й інтереси суспільного розвитку [4, с. 204–205]. На думку О. А. Лукашевої, правосвідомість – це погляди, уявлення, думки, почуття, настрої, які виражають розуміння необхідності встановлення та функціонування визначеного правового порядку в суспільстві [5, с. 17].

Формулюючи поняття правосвідомості, О. Ф. Скакун утримується від намагання навести усі характеристики емоційного чи розумового спрямування і зазначає, що правосвідомість – це система почуттєвих і мисленневих образів комунікативно-вольової спрямованості, через які відбувається безпосереднє

і опосередковане сприйняття правової реальності – ставлення до чинного, минулого і бажаного права, до діяльності, пов'язаної з правом, до правових явищ і поведінки людей у сфері права [6, с. 96].

Так, К. Т. Бельський вказує, що правосвідомість – це категорія історичного матеріалізму для визначення тої форми суспільної свідомості, яка відображає крізь призму класових інтересів суперечності суспільного буття, пов'язані з нерівністю, і яка має вираження у системі правових ідей, теорій, поглядів та психологічних форм, які мають свій прояв у загальнообов'язкових правових нормах, в груповій, індивідуальній та суспільній правосвідомості [7, с. 19].

О. А. Жидовцева правосвідомість визначає як особливу сферу свідомості, що відбиває правову дійсність у формі юридичних знань та оцінного ставлення до права і практики його реалізації, соціально-правових установок і ціннісних орієнтацій, що регулюють поведінку в юридично значущих ситуаціях [8, с. 308]. Загалом таке визначення правильне, якщо споглядати суспільну значущість правосвідомості за дійсних обставин, тобто беручи до уваги лише так зване «сьогодні», без урахування подальшої еволюції правових відносин. Однак такий підхід до означення правосвідомості унеможливує вдосконалення у майбутньому цієї ж правової дійсності за рахунок внутрішнього бажання носіїв правосвідомості (індивідів, соціальних груп, народів тощо) змінити правовий стан речей, покращивши його.

В. І. Тимошенко розглядає правосвідомість як сукупність правових уявлень, поглядів, оцінок, концепцій, теорій, доктрин, що виражають суб'єктивне ставлення окремо взятих осіб, груп або суспільства загалом до правової системи залежно від визнання або заперечення цінності права, тобто його справедливості, сили та ефективності [9, с. 41]. За такого підходу до значення цього явища, залежно від визнання або заперечення цінності права, виникає запитання: чи розглядати правосвідомість як позитивне явище? З позицією В. І. Тимошенка можна погодитися у разі, якщо в його визначенні розглядати не право загалом, а тільки об'єктивне юридичне право. Тоді правосвідомість виражає суб'єктивне ставлення її носіїв до сформованих та/або санкціонованих державою правових норм, які залежно від типу правової системи, від притаманного такій державі режиму, декларують чи нехтують загальноправовими принципами, що захищають природну та соціальну сутність людини.

Науковці-правники неодноразово наголошували на тому, що розуміння права як системи юридичних норм (системної субстанції) передбачає дослідження як самих цих норм, так і цілого комплексу правових елементів та явищ, які пов'язують ці норми: не лише її структурних складників (галузей права, інститутів, підгалузей права), предмета й метода правового регулювання, але й тих сил внутрішньої самоорганізації системи, які перетворюють сукупність правових норм у систему [10, с. 365]. Звернення ж до інтегративних властивостей правової свідомості як відносно незалежного елемента правової системи дає можливість упевнено констатувати визнання саме правосвідомості як подібного системоутворюючого чинника. Оскільки динаміка суспільних відносин на

сучасному етапі характеризується стрімкістю та різновекторністю, стає можливим твердження про те, що структуризація права за галузями здійснюється насамперед на рівні свідомості, і тільки після цього стає можливим створення правових норм і їх галузеве відокремлення [11, с. 10]. Тобто певна усталеність системи права зазнає впливу з боку динамічного розгалуження предметів правового регулювання внаслідок виникнення нових та видозміни наявних соціальних зв'язків. Тому формування нових галузей права насамперед зумовлене фактичними відносинами та, відповідно, суттєвими блоками фактичних норм, які складаються для їх регулювання. Зважаючи на вищевикладене, нові галузі права (в тому числі їх відокремлення від наявних) насамперед складаються через їх усвідомлення як таких на побутовому та доктринальному рівні. Під критеріями галузоутворення розуміють ознаки, властивості, наявність яких дає змогу зробити висновок, що певне правове утворення (інститут, підгалузь тощо) досягло у своєму розвитку статусу самостійної галузі в системі права [12, с. 11]. Однак процес накопичення систематизуючих факторів є складним питанням. Адже немає вимірювального приладу, за допомогою якого можна було б визначити готовність нормативного масиву перейти у ранг самостійної галузі. Тому, на думку В. С. Бєлих, і на загальнотеоретичному, і на галузевому рівнях дослідження потрібен набір критеріїв такої оцінки [13, с. 11; 11, с. 10]. Натомість через відсутність чітких показників їх обґрунтування також набуває умоглядності.

Правосвідомість як соціальне явище проявляє себе у безпосередньому функціонуванні, поза яким воно не існує. Завдяки функціям правосвідомість (суспільна, групова, індивідуальна) своєчасно забезпечується новими правовими цінностями, які визначають ефективну організацію і перспективний розвиток правової системи. Становлення правової системи України відбувається з моменту проголошення її незалежності на базі правосвідомості, яка характеризується як динамічністю, так і стабільністю, новачіями і традиціями. Як правило, новаційна правосвідомість – соціал-реформістська, революційна, а традиційна – орієнтована на відтворення існуючих соціальних форм, політико-правових інститутів, опір новим ідеям і принципам. Нерідко формуються правові симбіози, які включають елементи старих і нових психологічних переживань та ідеологічних обставин. Вимагаючи нових правових ціннісних орієнтацій (установок), суб'єкти права змушені або використовувати традиційні стандарти правосвідомості, або миритися з ними.

Відомо, що правосвідомість є одним з найбільш консервативних елементів правової системи. Вона болісно розлучається з усталеними уявленнями про правову реальність (частина населення звикла до дрібної регламентації державою їх життя, що існувала за радянських часів). Для подолання усталених правових поглядів і забобонів у суспільстві, яке трансформується, необхідно значно більше часу, ніж для проведення певної «ревізії» нормативно-правових актів, приписи яких не відповідають потребам і запитам сучасної соціальної практики [14, с. 95].

Парадигмою юридичної науки нині є виокремлення галузей права через предмет та метод правового регулювання. Характеристика предмета правового регулювання, а отже, і галузі права, залежать від структуризації суспільних відносин, що складаються у реальному житті на конкретному історичному етапі. Своєю чергою, структуризація суспільного життя здійснюється залежно від необхідності та реалізованого способу виробництва, обміну та споживання, форм власності, механізму господарювання, ступеня державного втручання (або регулювання) в економічні відносини [15, с. 31]. Це означає, що хоча кристалізація галузей права остаточно здійснюється у площині правової доктрини, але важливо розуміти, що вона також обумовлена безліччю неюридичних детермінант, які переводяться на правовий рівень через правосвідомість. Отже, група соціальних, економічних відносин, до того як стати предметом правового регулювання, виокремлюються з усього масиву соціальних зв'язків та зіставляються у свідомості індивідів з їх фактичним упорядкуванням на офіційному та неофіційному рівні. Зазначимо, що кінетика деяких із них є настільки нелінійною, що фактичні (неофіційні) норми значно переважають за кількістю та подекуди за якістю. Інакше кажучи, для формування нової галузі права певні суспільні відносини повинні сприйматися особами як досить поширені, подібні та такі, що потребують законодавчого врегулювання. І лише після цього набуває сенсу підведення наукової аргументації під утворення нової галузі права. Інакше це виглядає штучним та втрачає будь-який праксеологічний аспект. Також на увагу заслуговують і зміни в усвідомленні змісту категорії «предмет регулювання». Зазвичай, коли говорять про суспільні відносини, мають на увазі економічні відносини, що утворюють базис суспільства. Але поняття суспільних відносин ширше і включає всі відносини людей у суспільстві [16, с. 103]. Предметом же правового регулювання стають не всі вони, а виключно найбільш важливі, найзначущі. Та безсумнівно, що й сама категорія «найзначущі суспільні відносини» є оціночною, у зв'язку з чим вона повинна бути усвідомленою та сформованою розумово на основі соціально-економічних детермінант. Як писав відомий теоретик права С. С. Алексєєв, до предмета правового регулювання не включаються техніко-економічні відносини, пов'язані безпосередньо з продуктивними силами [17, с. 100]. Еволюція ж економічних відносин суттєво вплинула на цей постулат, підтвердженням чого виступають у тому числі Правила ISO або правила захисту інформації в ЕОМ (комп'ютерах), а також їх системах, мережах. З огляду на викладене, інтегративні властивості правосвідомості виявляють себе в тому числі в структуризації системи права на основі переведення предмета правового регулювання з побутового рівня (фактичні суспільні відносини) на доктринальний, що згодом втілюється на нормативному рівні (наприклад, у процесі кодифікації) та підлягає реалізації, яка становить вже зміст юридичної практики. Значення правосвідомості в окресленні методів правового регулювання як галузеутворюючого критерію складно переоцінити. Бо саме домінування певних засобів впливу, зрештою, і визначає ставлення більшості населення до права. Абстрагуючись від факту, що окремі галузі права

традиційно базуються на імперативному методі регулювання суспільних відносин, слід визнати тенденцію до розширення застосування інших методів, яка стає все наочнішою у західних демократичних країнах. У наукових публікаціях пострадянського простору у контексті цього стали висвітлюватися положення про те, що «в демократичному суспільстві домінують галузі права з диспозитивними методами регулювання, в авторитарних та тоталітарних державах більшу цінність мають галузі з імперативним регулюванням» [18, с. 305]. Сьогодні знаменується й розширенням меж застосування інших методів регулювання (крім імперативного) в окремих галузях права. Але зазначена тенденція, на жаль, мало стосується України, і використання імперативних методів регулювання все ще залишається домінуючим. Інколи відбувається спроба законодавця нібито надати адресату норм права більше свободи за рахунок більш широкого використання відносно визначених норм. Слід визнати, що це насправді не змінює основного методу регулювання, а лише призводить до підміни понять. І. Л. Заморська, здійснюючи спробу співвіднесення диспозитивних та відносно визначених норм права, доходить висновку, що, попри всю близькість (а в багатьох моментах і почасти тотожність) цих категорій, диспозитивні норми права відображають внутрішню сутність специфічного типу врегульовуваних правом суспільних відносин, що ґрунтуються на юридичній свободі суб'єктів правовідносин і є похідними від диспозитивного методу правового регулювання. Натомість відносно визначені норми права відображають зовнішню форму закріплення та вираження особливого виду норм права, що передбачають нормативно окреслену свободу вибору сторонами правовідносин певного варіанту поведінки. Відносно визначені норми права є похідними від внутрішньої структури норм права та видів її структурних компонентів [19, с. 11]. Вони надають скоріше уявну, ніж реальну свободу вибору суб'єктам правовідносин, що також може мати місце та бути, безумовно, корисним з урахуванням мети правового регулювання. Проте структурованість та зрозумілість нормативних регуляторів, тобто й їх розумово-емоційне сприйняття, безпосередньо залежить і від застосовуваного правотворцем методу правового регулювання з його чіткою кристалізацією в усвідомленні як законодавця, так і адресата правового припису, що, відповідно, накладатиме відбиток на правову поведінку. Ще один аспект, вартий уваги, полягає в надто обмеженому використанні у вітчизняній юриспруденції заохочувального методу регулювання суспільних відносин, при тому що в країнах Західної Європи, США, Канаді тощо навіть в адміністративному та кримінальному праві правові засоби, які характеризують даний метод, використовуються набагато ширше, не просто надаючи особі свободу вибору, а стимулюючи правомірний варіант поведінки або ж навіть виправлення після неправомірної. Зокрема, О. Г. Варич робить наголос на ролі договірно-заохочувального методу регулювання економічних відносин, змістом якого є нормативно встановлене стимулювання діяльності суб'єктів економічних відносин, що відповідає не лише правовим вимогам, а й вимогам, установленим за погодженням сторін на договірних засадах [20, с. 7]. Україна ж взяла курс

на використання здебільшого імперативних підходів у регулюванні, і цей тренд залишається незмінним навіть з урахуванням здійснюваних реформ. Процес кодифікації норм процесуального права держав-членів ЄС зустрічає на шляху певні перешкоди: форми здійснення правосуддя в кожній країні мають особливості, свої національні традиції, що для громадян інших країн викликає значні труднощі. У цьому криється необхідність зближення національних правових систем, у тому числі тих, що належать до різних сімей права [21, с. 149].

Правова свідомість на відміну від інших явищ правового життя відіграє важливу роль у процесі реалізації функцій правової системи. Всі суб'єкти правовідносин є носіями певної правової свідомості, яка проявляється у формах індивідуальної чи колективної правової свідомості. У цьому контексті неприйнятним є висловлення про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування діють у суто механічний спосіб, реалізуючи ті формальні й матеріальні вимоги, які визначені на рівні законодавства. Підтримуємо погляд науковців, що це істотно спрощує процес наукової інтерпретації процесу реалізації повноважень державного управління, який багато про це писав [22]. Оскільки навіть якщо цілком ототожнити діяльність органів державної влади та їх посадових осіб з переліком вимог нормативно-правових актів, які регламентують порядок і організацію цієї діяльності, то все одно не можна визнати того, що в процесі прийняття та реалізації управлінських рішень надзвичайно важливим фактором впливу є суб'єктивне сприйняття посадовими особами та державними службовцями тих обов'язків, прав і повноважень, що на них покладаються [23]. Тому, як зауважує С. Погребняк, усі процеси розвитку й реалізації державної влади повинні вивчатись у контексті питань праворозуміння, а також того, в якому стані перебуває правова свідомість та які правові цінності у ній домінують [24, с. 92–93]. А якщо аналізувати поведінку і діяльність індивідуальних суб'єктів права, то в цьому аспекті вплив правової свідомості є ще більшим, оскільки саме на рівні правової свідомості відбувається відображення правової дійсності (адекватне або деформоване), яке по суті визначає тип поведінки окремих індивідів. У цьому сенсі слід визнати, що саме рівень адекватності відтворення правової дійсності на рівні правової свідомості є запорукою правопорядку.

Наостанок підкреслимо, що правосвідомість безпосередньо формується в самій людині та фактично із самою людиною. Вона проходить разом із нею шлях розвитку, у цьому контексті можна провести аналогію зі становленням особистості. І більше того, людина як основа природного та соціального світу, його розвитку, формує ідеї правового поля, тобто відображає завдяки своїй правосвідомості засади правової дійсності навколо себе.

Висновки. Варто підтримати теоретико-правову позицію щодо правосвідомості як однієї з форм свідомості, яка полягає у ставленні людини до навколишнього світу (до права), причому з різних ракурсів. Правосвідомість перебуває у тісному взаємозв'язку з усіма без винятку підсистемами правової системи та з її найважливішими функціями. На сучасному етапі стає очевидною необхідність переосмислення окремих парадигм юриспруденції, що виражається

у зміні акцентів загальноновизнаних критеріїв поділу права на галузі, а також навіть в обґрунтуванні доцільності їх розширення. Каталізатором окреслених процесів виступає стрімка динаміка суспільних відносин, але фактичний стан речей набуває юридичного сенсу лише з моменту його відбиття у правосвідомості, що робить можливим переведення фактів реального життя у передумови для формування нових галузей права. Також сучасне інформаційне суспільство характеризується наявністю великого обсягу інформації, який не може сприйняти окремо узятий індивід. Процеси, які відбуваються в суспільстві, незмінно впливають на правову свідомість. Подальший розвиток правової системи України та набуття нею якісно нових властивостей, які б сприяли розвитку в державі громадянського суспільства та утвердженню верховенства права, можливі лише у контексті розвитку правосвідомості як окремих громадян, так і суспільства в цілому.

Потребують подальших досліджень питання, яким чином інформаційна цивілізація перетворює соціокультурний простір, формуючи нову правову свідомість.

Список літератури:

1. Новейший философский словарь / сост. А. А. Грицанов. Минск : Изд-во В. М. Скакун, 1998. 896 с.
2. Психологічна енциклопедія / автор-упорядник О. М. Степанов. Київ : Академвидав, 2006. 424 с.
3. Спиркин А. Г. Сознание и самосознание. Москва : Политиздат, 1972. 276 с.
4. Фарбер И. Е. Правосознание как форма общественного сознания. Москва : Юрид. лит., 1963. 205 с.
5. Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. Москва : Юрид. лит., 1973. 343 с.
6. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. 4-те вид., допов. і перероб. Київ : Алерта, 2013. 524 с.
7. Бельский К. Т. Формирование и развитие социалистического правосознания : монография. Москва : Высшая школа, 1982. 183 с.
8. Жидовцева О. А. Структура та функції професійної правосвідомості. *Форум права*. 2012. № 1. С. 307–312. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2012_1_48.pdf.
9. Тимошенко В. І. Визначальні фактори правової свідомості. *Право України*. 2008. № 6. С. 41–46.
10. Аверин А. В. Правопонимание и конкретизация законодательства. *Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики*. Нижний Новгород : Нижегородская академия МВД России, 2008. С. 363–374.
11. Дуднік Р. М. До проблеми виокремлення системоутворюючих чинників, що впливають на процес формування нових галузей українського права. *Право і суспільство*. 2015. № 4. С. 8–12.
12. Головина А. А. К вопросу о понятии критериев отраслеобразования в системе российского права, их теоретическом и практическом значении. *Право и государство : теория и практика*. 2011. № 6. С. 12–14.
13. Белых В. С. Понятие банковского права и его место в системе права России. *Государство и право*. 2011. № 4. С. 5–13.
14. Скакун О. Правосознание в правовой системе Украины : эволюционные особенности, профессиональное и региональное измерение. *Право Украины*. 2013. № 1. С. 93–116.

15. Дуднік Р. М. Ознаки галузей українського права. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2015. Вип. 2. Т. 1. С. 29–32.
16. Строгович М. С. Уголовно-процессуальное право в системе советского права. *Советское государство и право*. 1957. № 4.
17. Алексеев С. С. О теоретических особенностях классификации отраслей советского права. *Советское государство и право*. 1957. № 7.
18. Бабенко А. Н. Аксиологические причины правотворческих ошибок. *Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах* : материалы межд. науч.-практ. круглого стола (Москва, 29–30 мая 2008 г.). Москва : Проспект, 2009. С. 304–326.
19. Заморська Л. І. Відносно визначені норми права: поняття, структура, функції : автореф. дис. ... канд. юрид наук. Одеса, 2009. 24 с.
20. Варич О. Г. Економічні функції сучасної держави : природа, зміст, тенденції розвитку в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид наук. Київ, 2006. 22 с.
21. Сидоренко О. О. Процесуальні норми права : поняття, особливості, різновиди: монографія. Харків : Право. 2014. 192 с.
22. Цветков В. В., Горбатенко В. П. Демократія – Управління – Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2001. С. 177–270.
23. Цветков В. В., Селіванов В. М., Скрипнюк О. В. Державне управління і політика : монографія. Київ : Абрис. 2006. С. 83–98.
24. Погребняк С. Значення основоположних принципів права для формування і розвитку правової державності. *Вісник Академії правових наук України*. 2008. № 3 (54). С. 92–93.

References:

1. Hrytsanov, A.A. (1998). *Noveishyi fylosofskiyi slovar*. Mynsk: Yzd-vo V. M. Skakun [in Russian].
2. Stepanov, O.M. (2006). *Psykhologichna entsyklopediia*. Kyiv: Akademvydav [in Ukrainian].
3. Spyrkyn, A.H. (1972). *Soznanye y samosoznanye*. Moscow: Polytyzdat [in Russian].
4. Farber, Y.E. (1963). *Pravosoznanye kak forma obshchestvennoho soznanyia*. Moscow: Yuryd. lyt. [in Russian].
5. Lukasheva, E.A. (1973). *Sotsyalystycheskoe pravosoznanye y zakonnost*. Moscow: Yuryd. lyt. [in Russian].
6. Skakun, O.F. (2013). *Teoriia prava i derzhavy*. Kyiv: Alerta [in Ukrainian].
7. Belskyi, K.T. (1982). *Formyrovanye y razvytye sotsyalystycheskoho pravosoznanyia*. Moscow: Visshaia shkola [in Russian].
8. Zhydovtseva, O.A. (2012). *Struktura ta funktsii profesiinoi pravosvidomosti*. *Forum prava*, 1, 307–312. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2012_1_48.pdf [in Ukrainian].
9. Tymoshenko, V.I. (2008). *Vyznachalni faktory pravovoi svidomosti*. *Pravo Ukrainy*, 6, 41–46 [in Ukrainian].
10. Averyn, A.V. (2008). *Pravoponymanye y konkretyzatsiya zakonodatelstva*. *Konkretyzatsiya zakonodatelstva kak tekhniko-iurydycheskyi pryem normotvorcheskoi, ynterpretatsyonnoi, pravoprymenitelnoi praktyky*. Nyzhnyi Novhorod: Nyzhehorodskaia akademyia MVD Rossyy, S. 363–374 [in Russian].
11. Dudnik, R.M. (2015). *Do problemy vyokremlennia systemoutvoriuiuchykh chynnykiv, shcho vplyvaiut na protses formuvannia novykh haluzei ukrainskoho prava*. *Pravo i suspilstvo*, 4, 8–12 [in Ukrainian].
12. Holovyna, A.A. (2011). *K voprosu o poniatyy kryteryev otrasleobrazovanyia v systeme rossiyskoho prava, ykh teoretycheskom y praktycheskom znachenyy*. *Pravo y hosudarstvo: teoriya y praktyka*, 6, 12–14 [in Russian].

13. Belyh, V.S. (2011). Poniatyє bankovskoho prava y eho mesto v systeme prava Rossyy. *Hosudarstvo y pravo*, 4, 5–13 [in Russian].
14. Skakun, O. (2013). Pravosoznanye v pravovoi systeme Ukrainy: əvolyutsyonnye osobennosti, professionalnoe y rehyonalnoe yzmerenye. *Pravo Ukrainy*, 1, 93–116 [in Russian].
15. Dudnik, R.M. (2015). Oznaky haluzei ukrainskoho prava. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu*, Issue 2, Vol. 1, 29–32 [in Ukrainian].
16. Strohovych, M.S. (1957). Uholovno-protseessualnoe pravo v systeme sovetskoho prava. *Sovetskoe hosudarstvo y pravo*, 4 [in Russian].
17. Alekseev, S.S. (1957). O teoretycheskykh osobennostiakh klassyfykatsyy otraslei sovetskoho prava. *Sovetskoe hosudarstvo y pravo*, 7 [in Russian].
18. Babenko, A.N. (2009). Aksyolohycheskye prychny pravotvorcheskykh oshybok. *Pravotvorcheskye oshybyky: poniatyє, vydy, praktyka y tekhnika ustranenyia v postsovetskykh hosudarstvakh* : materyaly Mezhd. nauch.-prakt. kruhloho stola (Moskva, 29–30 maia 2008 h.). Moscow: Prospekt [in Russian].
19. Zamorska, L.I. (2009). Vidnosno vyznachenii normy prava: poniattia, struktura, funksi. *Extended abstract of candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
20. Varych, O.H. (2006). Ekonomichni funksi suchasnoi derzhavy: pryroda, zmist, tendentsii rozvytku v Ukraini. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
21. Sydorenko, O.O. (2014). Protseessualni normy prava: poniattia, osoblyvosti, riznovydy. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
22. Tsvietkov, V.V., Horbatenko, V.P. (2001). Demokratsiia – Upravlinnia – Biurokratsiia: v konteksti modernizatsii ukrainskoho suspilstva. Kyiv: In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy [in Ukrainian].
23. Tsvietkov, V.V., Selivanov, V.M., Skrypniuk, O.V. (2006). Derzhavne upravlinnia i polityka. Kyiv: Abrys [in Ukrainian].
24. Pohrebniak, S. (2008). Znachennia osnovopolozhnykh pryntsypiv prava dlia formuvannia i rozvytku pravovoi derzhavnosti. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 3 (54), 92–93 [in Ukrainian].

Sydorenko O. O., PhD in Law, The Department of Theory of State and Law, Assistant, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : Sydorenko1200@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0485-6431

General-theoretical analysis of legal consciousness as a catalyst for the development of Ukraine's legal system

The content of the concept of legal consciousness from the point of view of modern scientific developments on this issue is considered. The article is devoted to the analysis of the interrelations of the legal consciousness and the legal system in the context of the European integration processes in Ukraine. The conclusion is argued: the processes that occur in society inevitably affect the legal consciousness and the development of new branches of law. Further development of the legal system of Ukraine and its acquisition of qualitatively new properties that would contribute to the development of civil society in the state and the establishment of the rule of law are possible only in the context of the development of legal consciousness. The development of the legal system of Ukraine has traditionally been a priority area of modern science research in the theory of state and law. The system of law is the regulatory core of the emerging legal system, based on the legal ideology of a particular state and at the same time serving as the normative basis of behavior in the field of law. The dialectic of the components of legal reality is due to their reflection in human consciousness and the embodiment of this process in other legal phenomena. But at the same time, one should not abstract from the generative role of legal consciousness. A significant factor that raises the theoretical relevance of this topic is that the emphasis on the theoretical level was mostly given to the normative component of the legal system, which somewhat artificially pushed issues related to the development of justice into the background. However, the practice

of law-making processes in Ukraine proved the need for special legal research on the relationship between the dynamics of legal consciousness and the development of the legal system as a whole. Realization of legal norms and increase of efficiency of legal regulation necessitate study of all factors that promote normal development of legal life of society and legal relations. One of them is the legal consciousness, since just as the functioning of the legal system is impossible without the subjects of law, and the existence of the subjects themselves can't be presented separately from the legal consciousness. Quite often, ineffectiveness and ineffectiveness of legal regulation are explained not only by the low level of legal acts in force, but also by the factor in rejecting the legal consciousness of the society of these legal norms or entire legal institutions. Legal consciousness is directly formed in the person himself and in fact with the person himself. She goes along with her path of development; in this context one can draw an analogy with the formation of the individual. And moreover, the person as the basis of the natural and social world, its development, forms the ideas of the legal field, that is, reflects through its legal consciousness the foundations of legal reality around them.

Keywords: legal consciousness, legal system, civil society, the system of law, the structure of the system of law, the subject of legal regulation, the method of legal regulation.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Литвинов Олександр Миколайович,
кандидат юридичних наук,
суддя Конституційного Суду України,
Україна, м. Київ
e-mail: anlytvynov@gmail.com
ORCID 0000-0002-1053-6664



Богуш Віктор Валерійович,
науковий консультант судді
Конституційного Суду України,
Україна, м. Київ
e-mail: v.bohush1988@gmail.com
ORCID 0000-0002-8570-4941

doi: 10.21564/2414–990x.141.131537
УДК 342.565.2

ІНСТИТУЦІЙНИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В УКРАЇНІ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Розглянуто питання щодо визначення сутності інституту забезпечення конституційної скарги в Україні, зокрема його інституційного механізму. Проаналізовано законодавство зарубіжних держав у частині надання конституційним судам права призупиняти виконання остаточного судового рішення, що оскаржується у конституційній скарзі; окреслено концептуальні проблеми, що можуть виникнути через наділення лише Великої палати Конституційного Суду України компетенцією забезпечення конституційної скарги. Окреслено шляхи вирішення цих проблем.

Ключові слова: інститут забезпечення конституційної скарги; Велика палата; Конституційний Суд України.

Литвинов А. Н., кандидат юридических наук, судья Конституционного Суда Украины, Украина, г. Киев.

e-mail : anlytvynov@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1053-6664

Богуш В. В., научный консультант судьи Конституционного Суда Украины, Украина, г. Киев.

e-mail : v.bohush1988@gmail.com ; ORCID 0000-0002-8570-4941

Институционный механизм обеспечения конституционной жалобы в Украине: концептуальные проблемы

Рассматриваются вопросы, связанные с определением сущности института обеспечения конституционной жалобы в Украине, в частности его институционального механизма. Исследуются законодательства иностранных государств в части предоставления конституционным судам права приостанавливать исполнение окончательного судебного решения, которое оспаривается в конституционной жалобе. Анализируются концептуальные проблемы, которые могут возникнуть вследствие наделения только Большой палаты Конституционного Суда Украины компетенцией обеспечения конституционной жалобы. Намечаются пути решения этих проблем.

Ключевые слова: институт обеспечения конституционной жалобы; Большая палата; Конституционный Суд Украины.

Постановка проблеми. У ст. 78 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII (далі – Закон України «Про Конституційний Суд України») передбачено таке:

1. При розгляді конституційної скарги Велика палата, у виняткових випадках, з власної ініціативи може вжити заходів щодо забезпечення конституційної скарги, видавши забезпечувальний наказ, який є виконавчим документом.

2. Підставою для забезпечення конституційної скарги є необхідність запобігти незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення.

3. Способом забезпечення конституційної скарги є встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію.

4. Забезпечувальний наказ втрачає чинність з дня ухвалення рішення або постановлення ухвали про закриття конституційного провадження у справі.

Зі змісту наведеної норми вбачається, що лише Велика палата Конституційного Суду України (далі – Велика палата) з власної ініціативи може вжити заходів щодо забезпечення конституційної скарги шляхом встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію, коли необхідно запобігти незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення, у якому застосовано закон України (його окремі положення), що оскаржується у конституційній скарзі.

У цьому зв'язку треба зазначити, що попри новизну інституту забезпечення конституційної скарги в Україні окреслені питання недостатньо висвітлені у фаховій літературі і досі не стали предметом ґрунтовного дослідження вченими-конституціоналістами.

Вклад основного матеріалу. Згідно зі ст. 151-1 Основного Закону України Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Консти-

туції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України; конституційна скарга може бути подана в разі вичерпання всіх інших національних засобів юридичного захисту.

Прикметно, що розгляд справ за конституційними скаргами є окремою складовою діяльності Конституційного Суду України, щодо якої підстави й порядок звернення до Конституційного Суду України, а також процедура розгляду ним справ і виконання рішень визначаються Конституцією України та законом (ст. 153 Конституції України).

Наведене опосередковано підтверджується тим, що Законом України «Про Конституційний Суд України» встановлено певні особливості стосовно підстав і порядку подання конституційних скарг, їх розгляду та прийняття рішень у справах за конституційними скаргами. Однієї серед таких особливостей є інститут забезпечення конституційної скарги, встановлений ст. 78 Закону України «Про Конституційний Суд України».

З метою розкриття сутності вказаного інституту забезпечення конституційної скарги в Україні доречно звернутися до схожих законодавчих інструментів в європейських державах.

Відповідно до Закону Республіки Латвія «Про Конституційний Суд» подання конституційної скарги не призупиняє виконання судового рішення, крім випадків, коли Конституційний Суд вирішить по-іншому. При цьому питання щодо прийнятності конституційної скарги та розгляду її по суті можуть вирішуватися як Палатою у складі трьох суддів, так і повним складом Конституційного Суду [1].

Згідно із Законом Республіки Польща «Про організацію Конституційного Трибуналу та форми проваджень у Конституційному Трибуналі» Трибунал може винести проміжне рішення про призупинення виконання рішення у справі, у зв'язку з яким до Трибуналу було подано конституційну скаргу, якщо виконання такого рішення може спричинити безповоротні наслідки, які полягають у заподіянні скаржнику значної шкоди, або якщо таке призупинення є виправданим через важливий суспільний інтерес чи інший важливий інтерес скаржника; проміжне рішення має бути негайно передано скаржнику і компетентному суду або виконавчому органу; Трибунал повинен анулювати своє проміжне рішення, коли відпадуть підстави для його винесення, однак не пізніше дати ухвалення Трибуналом остаточного рішення за конституційною скаргою; якщо Трибунал вирішить, що оспорюваний нормативний акт чи його частина не відповідає Конституції, проміжне рішення втрачає свою силу після спливу трьох місяців з дати набрання сили остаточним рішенням за конституційною скаргою. Принагідно зазначити, що конституційна скарга розглядається Трибуналом у складі одного судді (питання щодо прийнятності), Палатою Трибуналу у складі трьох суддів (питання щодо суті), Трибуналом у повному складі (особливо складне питання щодо суті, розгляд якого здійснюється за ініціативою Голови Трибуналу чи відповідної палати Трибуналу,

яка має намір відійти від позиції, сформульованої у попередньому рішенні Трибуналу, ухваленому у повному складі) [2].

За Законом Республіки Сербія «Про Конституційний Суд» конституційна скарга, як правило, не перешкоджає виконанню індивідуального акта, проти якого її було подано; діючи за клопотанням скаржника, Конституційний Суд може призупинити виконання індивідуального акта, якщо його виконання завдасть непоправної шкоди скаржнику за умов, що таке призупинення не суперечить суспільному інтересу та не заподіє істотної шкоди третій стороні. Рішення про призупинення виконання індивідуального акта може бути ухвалено на засіданні Великої палати у складі Голови та семи суддів Конституційного Суду (якщо це рішення буде ухвалене одностайно) або на засіданні Конституційного Суду у повному складі [3].

Відповідно до Закону Республіки Словенія «Про Конституційний Суд» якщо конституційна скарга визнається прийнятною, Палата Конституційного Суду у складі трьох суддів чи Конституційний Суд у повному складі може призупинити виконання індивідуального акта, який оскаржується у конституційній скарзі, на закритому засіданні, коли шкідливі наслідки, що можуть настати внаслідок виконання індивідуального акта, буде складно виправити [4].

Згідно із Законом «Про Конституційний Суд Угорщини» у виняткових випадках у ході провадження Конституційний Суд має право вимагати від загального суду призупинення виконання його оспорюваного рішення з огляду на очікувану тривалість провадження у Конституційному Суді або його очікуване рішення, з метою уникнення значної і непоправної шкоди чи збитків, або через іншу важливу причину, а загальний суд не призупинив виконання свого рішення, яке оскаржується у конституційній скарзі, до завершення провадження у Конституційному Суді. При цьому конституційна скарга розглядається Конституційним Судом у складі одного судді (питання щодо прийнятності), Палати (питання щодо суті) та у повному складі на пленарному засіданні (вирішення питання щодо суті є необхідним у зв'язку з його суспільною чи конституційною важливістю або складністю справи, через потребу забезпечити єдність конституційної юриспруденції або через іншу важливу причину) [5].

За Законом «Про Конституційний Суд Республіки Хорватія» конституційна скарга, як правило, не перешкоджає виконанню оспорюваного акта; за клопотанням заявника Конституційний Суд може призупинити виконання судового рішення до ухвалення Конституційним Судом рішення, якщо таке виконання призведе до заподіяння заявнику такої шкоди, яку складно буде виправити, і таке призупинення не суперечить суспільному інтересу та не призведе до заподіяння будь-кому більшої шкоди. Доречно зауважити, що конституційна скарга розглядається Палатою у складі трьох суддів Конституційного Суду (питання щодо прийнятності), Палатою у складі шести суддів Конституційного Суду (питання щодо суті) та Пленумом Конституційного Суду у повному складі (питання щодо суті конституційної скарги має істотну значимість) [6].

Відповідно до Закону Чеської Республіки «Про Конституційний Суд» конституційні скарги, як правило, не мають призупиняючої дії; за клопотанням скаржника Суд може призупинити виконання оспорюваного рішення, якщо це не суперечитиме важливим суспільним інтересам і настільки довго, наскільки скаржник страждатиме від виконання рішення чи реалізації права третьою особою внаслідок цього рішення, допоки значно більша шкода не буде заподіяна іншим особам через призупинення виконання рішення. При цьому конституційні скарги розглядаються Палатою Суду у складі трьох суддів та Пленумом Суду у повному складі (зокрема, через необхідність визначення позиції з питань права, яка відрізняється від позиції Суду, сформульованої у його попередньому рішенні, або коли у конституційній скарзі порушується питання щодо конституційності нормативного акта) [7].

У дослідженні індивідуального доступу до конституційного правосуддя, прийнятого у формі документа Європейською комісією «За демократію через право» (далі – Венеціанська Комісія) на 85-му пленарному засіданні (Венеція, 17-18 грудня 2010 р.), Венеціанська Комісія схвально оцінила повноваження конституційних судів призупиняти виконання оспорюваного індивідуального та/або нормативного акта, якщо таке виконання може мати наслідком подальшу шкоду чи порушення, які не можуть бути виправлені, коли буде встановлена неконституційність оспорюваного акта; однак, особливо коли йдеться про нормативну скаргу, треба мати на увазі межу, за якою саме невиконання акта спричинить непоправні шкоду та порушення [8].

Таким чином, аналіз релевантного законодавства зазначених європейських держав свідчить, що способом забезпечення конституційної скарги у цих країнах є призупинення виконання оспорюваного судового рішення. У законодавчих актах міститься вказівка, що таке рішення повинен ухвалювати конституційний суд (за винятком Закону Республіки Словенія «Про Конституційний Суд»), хоча конституційні скарги щодо їх прийнятності та суті можуть розглядатися окремими органами конституційного суду.

Повертаючись до проблематики цього дослідження, необхідно звернути увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону України «Про Конституційний Суд України» Велика палата, сенати, колегії у межах визначених цим законом повноважень щодо конституційного провадження діють як Конституційний Суд України.

Згідно із Законом України «Про Конституційний Суд України» Велика палата діє у складі всіх суддів Конституційного Суду України та уповноважена розглядати питання, зокрема, щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів України (їх окремих положень) за конституційними скаргами у разі відмови Сенату Конституційного Суду України (далі – Сенат) від розгляду справи на розсуд Великої палати у випадках, визначених цим законом (ч. 1, п. 9 ч. 2 ст. 35); ухвалу про закриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою (у разі відмови Сенату від розгляду справи на розсуд Великої палати) постановляє Велика палата на пленарному засіданні

(п. 1 ч. 2 ст. 63); Велика палата на пленарних засіданнях розглядає, зокрема, справи, провадження в яких відкрито за конституційною скаргою, але Сенат відмовився від розгляду справи на розсуд Великої палати (ч. 6 ст. 66); рішення Конституційного Суду України ухвалює Велика палата за результатами розгляду, зокрема, справ за конституційними скаргами у разі відмови Сенату в розгляді справи за конституційною скаргою на розсуд Великої палати (п. 1 ст. 84).

За Законом України «Про Конституційний Суд України» Сенат діє у складі дев'яти суддів Конституційного Суду України та уповноважений розглядати питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів України (їх окремих положень) за конституційними скаргами, а також інші питання, визначені цим законом (абз. 1 ч. 1, ч. 4 ст. 36); якщо суддя-доповідач вважає, що у відкритому конституційному провадженні за конституційною скаргою існують підстави для передачі справи на розгляд Великої палати, він вносить на розгляд Сенату проект ухвали про відмову Сенату від розгляду справи на розсуд Великої палати (ч. 5 ст. 59); ухвалу про відкриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою постановляє Сенат у разі незгоди з ухвалою Колегії Конституційного Суду України (далі – Колегія) про відмову у відкритті конституційного провадження у справі, постановленою неодностайно (п. 2 ч. 3 ст. 61); ухвалу про закриття конституційного провадження постановляє Сенат на пленарному засіданні у справах за конституційною скаргою (п. 2 ч. 2 ст. 63); Сенат на засіданні розглядає питання щодо відкриття або відмови у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою, якщо Колегія не одностайно постановила ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження (ч. 1 ст. 67); якщо під час розгляду Сенатом справи виникає необхідність в тлумаченні Конституції України або якщо вирішення питання, яке розглядає Сенат, може спричинити несумісність із юридичними позиціями, постановленими Конституційним Судом України попередньо, Сенат може у будь-який час до постановлення свого рішення відмовитися від розгляду справи на розсуд Великої палати; про відмову від розгляду справи на розсуд Великої палати Сенат більшістю суддів Конституційного Суду України, які беруть участь у засіданні, постановляє ухвалу, в якій викладає відповідні підстави (ст. 68); рішення Конституційного Суду України ухвалює Сенат за результатами розгляду справ за конституційними скаргами (п. 2 ст. 84).

Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України» Колегія діє у складі трьох суддів Конституційного Суду України, до повноважень якої належить вирішення питань щодо відкриття конституційного провадження у справі, зокрема, за конституційною скаргою; якщо Колегія не одностайно постановила ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою, секретар Колегії передає конституційну скаргу на розгляд Сенату для вирішення питання про відкриття конституційного провадження у справі; одностайно постановлена ухвала Колегії про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою є остаточною (абз. 1 ч. 1, ч. 2, абз. 2 ч. 5, ч. 6 ст. 37); ухвалу про відкриття

конституційного провадження у справі за конституційною скаргою постановляє Колегія (п. 1 ч. 3 ст. 61).

Отже, дослідження наведених положень Закону України «Про Конституційний Суд України» дає підстави стверджувати, що компетенцією вирішувати питання щодо відкриття конституційного провадження у справі за конституційною скаргою (питання щодо прийнятності конституційної скарги) наділені як Колегія, так і Сенат. Натомість повноваженнями розглядати питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів України (їх окремих положень) у справі за конституційною скаргою (питання щодо суті конституційної скарги) володіє Сенат, а в разі відмови Сенату в розгляді справи за конституційною скаргою на розсуд Великої палати – остання.

У той же час, як це передбачено ч. 1 ст. 78 Закону України «Про Конституційний Суд України», виключно Велика палата з власної ініціативи може вжити заходів щодо забезпечення конституційної скарги шляхом встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію. Тобто повноваження Великої палати вживати заходів щодо забезпечення конституційної скарги можуть бути реалізовані нею лише на стадії розгляду конституційної скарги по суті в разі відмови Сенату в розгляді справи за конституційною скаргою на розсуд Великої палати.

На наш погляд, таке законодавче регулювання щодо визначення органу Конституційного Суду України, уповноваженого вживати заходів щодо забезпечення конституційної скарги шляхом встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію, потенційно нівелюватиме ефективність усього інституту забезпечення конституційної скарги в Україні, оскільки з огляду на обмежену кількість конституційних скарг, які отримує Велика палата для їх розгляду по суті, легітимна мета заходів щодо забезпечення конституційної скарги – необхідність запобігти незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення, стане недосяжною. Крім того, слід враховувати, що такі заходи є апріорі терміновими, а тому до моменту передачі конституційної скарги на розгляд Великої палати вони можуть втратити свою актуальність.

У цьому контексті варто також звернути увагу, що у законопроекті про Конституційний Суд України, направленому Венеціанській Комісії для надання експертного висновку, було передбачено повноваження Сенату вживати тимчасових заходів забезпечення конституційних скарг. З цього приводу Венеціанська Комісія вказала на необхідність наділення, окрім Сенату, ще й Колегії компетенцією вживати тимчасових заходів забезпечення конституційних скарг, адже рішення про порушення справи ухвалюється Колегією [9].

Замість висновку. На наше переконання, закріплений у Законі України «Про Конституційний Суд України» інституційний механізм забезпечення конституційної скарги може виявитися вкрай неефективним на практиці, адже він не здатен досягти ані легітимної мети забезпечення конституційної скарги, яка полягає у запобіганні незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення, у якому застосовано закон України (його окремі положення), що оскаржується у конституційній скарзі, ані термі-

новості такого тимчасового заходу у вигляді встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію.

Однак, беручи до уваги припис ч. 2 ст. 32 Закону України «Про Конституційний Суд України», згідно з яким Велика палата, сенати, колегії у межах визначених цим законом повноважень щодо конституційного провадження діють як Конституційний Суд України, окреслені концептуальні проблеми інституту забезпечення конституційної скарги в Україні можуть бути легко виправлені шляхом внесення відповідних змін до Закону України «Про Конституційний Суд України». Для прикладу, враховуючи релевантні положення законодавства про конституційні суди Латвії, Польщі, Сербії, Угорщини, Хорватії, Чехії, названі проблеми можна вирішити шляхом заміни словосполучення «Велика палата», яке міститься у ч. 1 ст. 78 Закону України «Про Конституційний Суд України», на словосполучення «Конституційний Суд України».

References:

1. Constitutional Court Law of the Republic of Latvia, sections 19-2, 20, 25. URL: <http://www.satv.tiesas.gov.lv/en/2016/02/04/constitutional-court-law/>.
2. The Act of the Republic of Poland on the Organisation of the Constitutional Tribunal and the Mode of Proceedings Before the Constitutional Tribunal, articles 37, 61, 77, 79. URL: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Akty_normatywne/The_Act_on_the_Organisation_of_the_Constitutional_Tribunal_and_the_Mode_of_Proceedings_Before_the_Constitutional_Tribunal_en.pdf.
3. Law on the Constitutional Court of the Republic of Serbia, articles 42b, 46, 86. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court/>.
4. Constitutional Court Act of the Republic of Slovenia, articles 54, 57, 58. URL: <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/statutes/constitutional-court-act/v-constitutional-complaint/>.
5. Act on the Constitutional Court of Hungary, sections 47, 50, 53, 56, 61. URL: <http://hunconcourt.hu/act-on-the-cc/>.
6. The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, articles 67, 68. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf.
7. Constitutional Court Act of the Czech Republic, paragraphs 11, 15, 8, 79. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Pravni_uprava/AJ/Constitutional_court_act_182_1993.pdf.
8. Study on Individual Access to Constitutional Justice adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010), paragraph 140. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e).
9. Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9-10 December 2016), paragraph 62. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)034-e).

Litvinov O. M., PhD in Law, Judge of the Constitutional Court of Ukraine, Ukraine, Kyiv.
e-mail : anlytvynov@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1053-6664

Bogush V. V., scientific consultant of the Judge of the Constitutional Court of Ukraine, Ukraine, Kyiv.
e-mail : v.bohush1988@gmail.com ; ORCID 0000-0002-8570-4941

Institutional mechanism of securing a constitutional complaint in Ukraine: conceptual problems

Article 78 of the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine» prescribes that exclusively the Grand Chamber, on its own initiative, may take measures to secure a constitutional complaint by imposition of a temporary ban on a certain action when it is necessary to prevent irreversible consequences that may occur due to execution of the final court judgment wherein challenged law of Ukraine (specific provisions thereof) has been applied.

However, according to the second section of article 32 of the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine», the Grand Chamber, the Senates and the Boards shall act as the Constitutional Court of Ukraine under the powers determined by this Law in respect of constitutional proceedings.

Moreover, analysis of the provisions of the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine» gives rise to stress that both the Board and the Senate are empowered to consider an issue of initiating constitutional proceedings in the case upon a constitutional complaint (an issue concerning the admissibility of a constitutional complaint). In addition, the Senate is empowered to consider an issue of conformity to the Constitution of Ukraine (constitutionality) of laws of Ukraine (specific provisions thereof) in the case upon a constitutional complaint (an issue concerning the merits of a constitutional complaint), and the Grand Chamber has this power in the event of relinquishment of jurisdiction by the Senate in favour of the Grand Chamber.

That is why, prescribed by the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine» institutional mechanism of securing a constitutional complaint could be very ineffective in practice. It cannot access either the legitimate aim of securing a constitutional complaint that consists in preventing irreversible consequences that may occur due to execution of the final court judgment wherein challenged law of Ukraine (specific provisions thereof) has been applied, or the urgency of such an interim measure in the form of imposition of a temporary ban on a certain action.

Nevertheless, the above problems could be easily improved by the relevant amendments to the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine» (for instance, by changing a phrase «the Grand Chamber», available into the first section of article 78 of the Law of Ukraine «On the Constitutional Court of Ukraine», to a phrase «the Constitutional Court of Ukraine»).

Keywords: institute of securing a constitutional complaint; Grand Chamber; Senate; Board.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Кулешов Дмитро Володимирович,
здобувач кафедри конституційного права
України, Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: kuleshov_dmitry@ukr.net
ORCID 0000-0002-6485-7658

doi: 10.21564/2414–990x.141.132778
УДК 342.56

КОНСТИТУЦІЙНО–ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ УКРАЇНИ

Досліджено вплив принципу незалежності судової влади на судове гарантування базових цінностей конституційного ладу України. Розглянуто конституційно-правовий механізм реального забезпечення незалежності судової влади; вивчено проблемні аспекти забезпечення незалежності судової влади на сучасному етапі державно-правового розвитку України.

Ключові слова: незалежність судової влади; механізм забезпечення незалежності судової влади; гарантії незалежності судової влади; конституційні цінності; незалежність судової влади як принцип конституційного ладу України.

Кулешов Д. В., соискатель кафедры конституционного права Украины, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : kuleshov_dmitry@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6485-7658

Конституционно-правовой механизм обеспечения независимости судебной власти Украины

Исследуется влияние принципа независимости судебной власти на судебное гарантирование базовых ценностей конституционного строя Украины. Рассматривается конституционно-правовой механизм реального обеспечения независимости судебной власти; изучаются проблемные аспекты обеспечения независимости судебной власти на современном этапе государственно-правового развития Украины.

Ключевые слова: независимость судебной власти; механизм обеспечения независимости судебной власти; гарантии независимости судебной власти; конституционные ценности; независимость судебной власти как принцип конституционного строя Украины.

Вступ. Євроінтеграційні прагнення України істотно актуалізували проблему уніфікації національних правозахисних інституцій із загальноєвропейськими міжнародними стандартами. Особливої уваги заслуговує питання приведення

у відповідність до європейських стандартів системи національного судочинства, забезпечення реальної незалежності судової влади України. Адже, як свідчить практика функціонування судової влади, результати численних соціологічних досліджень, саме в цій сфері вітчизняного державно-правового життя все ще залишається багато суттєвих проблем. А з огляду на визначальну роль судової влади в гарантуванні конституційних цінностей, у правовому обмеженні публічно-владної діяльності, у забезпеченні прав і свобод кожної людини проблема забезпечення реальної належності та неупередженості суду набуває особливої актуальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В Україні окремі аспекти незалежності судової влади досліджували О. Бориславська (О. Borislavska), Т. Галайденко (Т. Galaydenko), В. Городовенко (V. Gorodovenko), І. Каменська (I. Kamenska), В. Крижанівський (V. Krizhanivskiy), О. Кучинська (О. Kuchinska) та Ю. Циганюк (Y. Tziganuk), О. Лемак (О. Lemak), І. Марочкін (I. Marochkin), В. Потапенко (V. Potapenko), О. Толочко (О. Tolochko). Однак, як свідчить аналіз змісту наукових робіт цих та інших учених, конституційно-правовий механізм забезпечення незалежності судової влади України все ще залишається недостатньо дослідженим, а тому обрана проблематика видається своєчасною і актуальною.

Мета статті – дослідити конституційно-правовий механізм забезпечення дійсної незалежності судової влади України, проаналізувати його елементи, з'ясувати особливості сучасного суспільного сприйняття політико-правової ідеї незалежності судової влади.

Виклад основного матеріалу. Незалежність судової влади як базова цінність сучасної конституційно-правової парадигми має багатотисячолітню історію свого виникнення, загального сприйняття та формалізованого правового закріплення. Перші письмові згадки про існування незалежного суду датуються епохою єгипетських фараонів [1, с. 46–47], Стародавньої Індії [2, с. 106–109], античних Риму [3, с. 149–152] та Греції [4]. Це питання турбувало мислителів, філософів та правознавців фактично протягом всього часу існування державно-організованого суспільства, яке постійно було вимушене шукати дієві способи авторитетного владного розв'язання різноманітних суперечок та конфліктів, що завжди супроводжують життя людей та їхніх спільнот. Але в своєму здебільшого завершеному вигляді ідея незалежності судової гілки влади отримала позитивне закріплення лише в перших буржуазно-демократичних конституціях Франції і Польщі 1791 р., які чітко визначили, що влада судова не може здійснюватися ні законодавчими органами, ні королем. Хоча в Конституції США 1787 р., яка й досі вважається взірцем конституційної творчості, про незалежність судової влади прямо не йдеться, американська політико-правова традиція від самого початку й до сьогодні вважає цю ідею наріжним каменем демократії [5, с. 92–96]. Водночас, як свідчить аналіз конституційних текстів, більшість конституцій сучасних країн світу безпосередньо містять норми, що закріплюють принцип незалежності суду або суддів. Не є винятком і Конституція України,

яка хоча прямо й не закріпила принцип незалежності судової влади, проте у ст. 124 встановила, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, що делегування чи привласнення функцій судів іншими органами чи посадовими особами не допускається, а в ст. 126 закріпила принцип незалежності і недоторканності суддів. У поєднанні з принципами поділу державної влади та її правового обмеження, верховенства права, прямої дії норм Конституції та гарантованості права на судовий захист, ці конституційні норми дозволяють зробити обґрунтований висновок про сприйняття ідеї незалежності судової влади як базової цінності конституційного рівня.

Упровадження в повсякденне життя реальної незалежності судової влади, як і будь-якої іншої визначальної ідеї сучасного конституційно-правового регулювання, потребує системних цілеспрямованих зусиль з боку всіх публічно-владних інституцій та громадянського суспільства. У зв'язку з цим слід зазначити, що перенесення нормативності приписів правових актів, у тому числі – й Конституції, в упорядкованість суспільних відносин забезпечується відповідним механізмом правового регулювання, або механізмом реалізації права. У конституційному праві під механізмом реалізації конституційно-правових норм розуміється сукупність правових і інституційних елементів, з допомогою яких забезпечується на практиці втілення конституційних приписів. Причому цей механізм не обмежується суто юридичним блоком, оскільки на це суттєво впливають соціально-економічна і політична ситуація, рівень правової і загальної культури, моралі, соціально-психологічна ситуація в країні, історичний етап розвитку держави і суспільства, геополітичний чинник [6, с. 53]. Таким чином, практична реалізація конституційних положень, що закріплюють незалежність судової влади, також має забезпечуватися відповідним конституційно-правовим механізмом. У зв'язку з цим важливо комплексно дослідити зміст та сутнісні ознаки механізму реалізації принципу незалежності судової влади, з'ясувати його елементи, проаналізувати проблеми його функціонування на даному етапі державно-правового розвитку України та виробити пропозиції щодо їх усунення.

Передусім слід зазначити, що за своєю юридичною природою та функціональним призначенням конституційні приписи не можуть детально врегулювати всі аспекти забезпечення незалежності судової влади. Адже, як указує Ю. Тодика (Ju. Todika), не випадково високий рівень узагальненості є характерною рисою конституції. Вона містить саме вихідні, принципові положення правового регулювання суспільних відносин [7, с. 16]. Відповідно, Конституція України визначила лише загальні засади незалежності судової влади, а вже на їх основі, на рівні законодавчого регулювання, здійснюється детальна нормативно-правова регламентація цієї сфери суспільних відносин. Оскільки згідно з п. 14 ч. 1 ст. 92 Основного Закону України виключно законами України визначаються судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи, порядок виконання судових рішень, для втілення в практику конституційних приписів, у тому числі й щодо забезпечення незалежності судової, було ухвалено Закони України «Про судоустрій і статус суддів» [8], «Про судову екс-

пертизу» [9], «Про виконавче провадження» [10]. Також слід зауважити, що утвердження в діяльності судів принципів незалежності та неупередженості було однією з цілей ухвалення Закону України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» [11]. При цьому законодавець чомусь закріпив право кожної людини на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону, лише в ст. 21 Кримінального процесуального кодексу України [12]. Усі ж інші процесуальні кодекси жодних положень щодо незалежності судової влади не містять, що, на наш погляд, є їх істотним недоліком.

Важливо зазначити, що принцип незалежності суду також закріплено засадничими міжнародними документами з прав людини, які ратифіковано Україною. Окрім того, положення про незалежність судової влади також міститься в положеннях Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» [13] і в Національній стратегії у сфері прав людини [14]. Системний аналіз зазначених актів законодавства України дозволяє зробити висновок, що найбільш комплексно питання незалежності судової влади врегульовано Законом України «Про судоустрій і статус суддів». Так, ч. 1 ст. 1 цього Закону закріпила, що судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними законом, а ст. 6 визначила головні аспекти незалежності судів: а) незалежність від будь-якого незаконного впливу при здійсненні правосуддя; б) здійснення правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права; в) залишення без розгляду звернень до суду щодо розгляду конкретних справ з боку будь-яких суб'єктів, які не є учасниками судового процесу, за винятками, передбаченими законом; г) заборона втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб; ґ) встановлення відповідальності за втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів, неповагу до суду чи суддів, за збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою дискредитації суду або вплив на безсторонність суду, за заклики до невиконання судових рішень; д) обов'язок органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб утримуватися від заяв та дій, що можуть підірвати незалежність судової влади; е) право на суддівське самоврядування для захисту професійних інтересів суддів та вирішення питань внутрішньої діяльності судів. Видається, що практичне дотримання цих приписів всіма суб'єктами є важливим складником дійсної незалежності суду.

Таким чином, нормативна основа конституційно-правового механізму гарантування незалежності судової влади України загалом є достатньою для його ефективного функціонування. Однак забезпечення реальної незалежності суду потребує також і систематичної діяльності публічно-владних інституцій, інститутів громадянського суспільства, цілісну систему яких прийнято вважати інституційним елементом відповідного конституційно-правового механізму. У літературі обґрунтовано зазначається, що незважаючи на відносну самостійність судової влади, її діяльність багато в чому залежить від інших гілок

влади і, передусім, від законодавчої. Адже саме остання визначає структуру судової системи, компетенцію її окремих ланок, статус судів тощо [15, с. 186]. Будучи важливим державним органом, суд не може функціонувати в соціально-політичному та ідеологічному вакуумі, ізольовано від різних соціально-політичних сил, рухів, інститутів, зауважують дослідники [16, с. 217]. Тому не менш важливим завданням є системний аналіз повноважень та функцій державних і недержавних інституцій, які дозволяють їм здійснювати прямий чи опосередкований вплив на забезпечення дійсної незалежності судової влади в нашій державі.

Інституційну систему держави складають органи законодавчої, виконавчої та судової влади, органи місцевого самоврядування, а також владні інституції, які не входять до жодної з гілок державної влади. Безсумнівно, визначальна роль у забезпеченні незалежності судової влади України належить парламенту як єдиному органу законодавчої влади, оскільки саме він створює для цього необхідну нормативну основу, утворює, реорганізовує і ліквідує законом суди. При цьому, як свідчить аналіз правового регулювання повноважень органів виконавчої влади, її роль у забезпеченні незалежності суду значно менша, і фактично зводиться лише до експертного забезпечення правосуддя та організації виконання судових рішень Міністерством юстиції України [17]. Вагомою в сфері забезпечення незалежності судової влади є роль Президента України, який за поданням Вищої ради правосуддя здійснює призначення на посаду судді, вносить до парламенту після консультацій з Вищою радою правосуддя проект закону про утворення, реорганізацію і ліквідацію судів. Окрім того, реалізуючи свої повноваження як глави держави, гаранта дотримання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, Президент у своїх посланнях до народу та у щорічних і позачергових посланнях до Верховної Ради України про внутрішнє і зовнішнє становище України може, зокрема, акцентувати увагу і на проблемах в сфері забезпечення незалежності судової влади та запропонувати шляхи їх вирішення, що, щонайменше, матиме наслідком широку суспільну дискусію, у тому числі в експертному середовищі.

Однак найдієвішими в сфері забезпечення незалежності судової влади, на наш погляд, є спеціальні інституції, наділені повноваженнями саме для створення максимально сприятливих умов для ефективного функціонування всієї її системи. Насамперед, мова йде про Вищу раду правосуддя, яка будучи колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування, має метою своєї діяльності забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування добросовісного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів [18]. Як зазначає швейцарський професор права Штефан Гасс (Shtefan Gass), Вища рада юстиції повинна стати буфером між судовою системою та іншими гілками влади для того, щоб вона була спроможна захищати суддівський корпус від неналежного впливу з боку цих гілок [19,

с. 28]. Саме цей орган, зокрема, вносить подання про призначення на посаду та звільняє суддів, надає згоду на притягнення їх до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт, організовує здійснення дисциплінарних проваджень щодо них, затверджує Положення про Державну судову адміністрацію України та типові положення про її територіальні управління, Положення про Службу судової охорони, здійснює функцію розпорядника бюджетних коштів на утримання судової влади тощо. Окрім того, Вища рада правосуддя прямо уповноважена Законом на здійснення низки заходів щодо забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя, найдієвішими з яких є: ведення та оприлюднення реєстру повідомлень суддів про втручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя, здійснення перевірки таких повідомлень та ухвалення відповідних рішень; внесення до відповідних органів чи посадових осіб подання про виявлення та притягнення до встановленої законом відповідальності осіб, якими вчинено дії або допущено бездіяльність, що порушує гарантії незалежності суддів або підриває авторитет правосуддя. Окремий конституційний статус, особлива процедура формування, спеціальні вимоги до членів, колегіальний порядок ухвалення рішень та реалізації повноважень дають достатні підстави для висновку, що Вища рада правосуддя має всі можливості для забезпечення максимальної ефективності, високого суспільного авторитету та дійсної незалежності судової влади України.

Слід також вказати на важливу роль в матеріально-технічному, фінансовому та організаційному забезпеченні незалежної діяльності судів та суддів Державної судової адміністрації, яка є державним органом у системі правосуддя. Як слушно зазначають дослідники, цей орган виконує цілу низку функцій в сфері забезпечення належного функціонування судової влади: 1) представницьку функцію; 2) організаційну; 3) статистичну; 4) прогностичну; 5) управлінську; 6) фінансово-розпорядчу; 7) погоджувальну; 8) контрольну; 9) організаційно-фінансову; 10) інформаційну; 11) кадрову та інші. А її завданням є створення умов для здійснення судочинства та надання адміністративних послуг громадянам [20, с. 98]. Безсумнівно, що виконання Державною судовою адміністрацією України більшості з вказаних функцій в кінцевому результаті спрямоване на забезпечення реальної незалежності судової влади.

На наш погляд, незалежність судової влади перебуває в тісному кореляційному зв'язку з фаховим рівнем суддівського корпусу, здатному протистояти будь-яким спробам зовнішнього чи внутрішнього втручання в здійснення правосуддя. Відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» головна роль у підборі кандидатів для зайняття посади судді та у проведенні їх кваліфікаційного оцінювання відведена Вищій кваліфікаційній комісії суддів, яка є державним постійно діючим органом суддівського врядування у системі правосуддя України та Громадській раді доброчесності, яка утворюється саме з метою сприяння першій у встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання. Спільна злагоджена діяльність цих інституцій має на меті забезпе-

чити високий професійний та морально-етичний рівень суддівського корпусу України, підвищити авторитет судової влади в суспільстві і державі.

Окремо слід вказати й на особливу роль у забезпеченні незалежності судової влади найвищого органу суддівського самоврядування – З'їзду суддів, та вищого органу суддівського самоврядування, якою є Рада суддів України. Адже, як зазначають науковці, одним із важливих інститутів судової влади у демократичних та правових країнах є самоорганізація судової влади, який реалізується через органи, що мають репрезентуватися більшістю суддівської спільноти [21, с. 125]. З'їзд суддів, зокрема, обирає Раду суддів України та заслуховує її звіти щодо забезпечення незалежності судів і суддів, стан організаційного та фінансового забезпечення діяльності судів, звертається з пропозиціями щодо вирішення питань діяльності судів до органів державної влади та їх посадових осіб. А Рада суддів України розробляє та організовує виконання заходів щодо забезпечення незалежності судів і суддів, поліпшення стану організаційного забезпечення діяльності судів; розглядає питання правового захисту суддів, соціального захисту суддів та їхніх сімей, приймає відповідні рішення з цих питань, звертається з пропозиціями щодо питань діяльності судів до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Нарешті, дослідження інституційної системи, діяльність якої спрямована на забезпечення незалежності судової влади буде неповною без згадки інституцій, завданням яких є виконання судових рішень, оскільки, як зазначається в спеціальній літературі, сила судової влади повинна ґрунтуватися на неухильному дотриманні закону, повазі судового рішення. Таке ставлення до судової влади має виховуватися протягом тривалого часу й існує насамперед у країнах з усталеними демократичними традиціями, де укорінився принцип верховенства права [15, с. 188]. Адже для суб'єктів, що звертаються до суду за захистом порушеного права, важливо отримати не лише справедливе судове рішення, але й гарантовану можливість його виконання задля ефективного поновлення права чи отримання належної компенсації. Бо в іншому разі весь позитив від діяльності судової влади зводиться нанівець. А за визнанням міністра юстиції П. Петренка (P. Petrenko), з виконанням судових рішень в Україні спостерігаються суттєві проблеми, оскільки у 2017 р. було виконано лише 15–18 % судових рішень [22], хоча за іншими даними – тільки 8 % судових рішень, і близько 80 % звернень до ЄСПЛ стосується саме проблематики невиконання рішень українських судів [23]. В Україні систему інституцій, до повноважень яких віднесено виконання судових рішень, визначено Законом «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» [24]. Відповідно до цього Закону примусове виконання судових рішень покладається на органи державної виконавчої служби та у визначених Законом України «Про виконавче провадження» випадках – на приватних виконавців. Слід зазначити, що з інститутом приватних виконавців, який є новим для України, пов'язані великі сподівання щодо підвищення загальної ефективності виконання рішень судів.

Таким чином, викладене свідчить, що інституційна система конституційно-правового механізму забезпечення незалежності судової влади України має достатній потенціал для досягнення його кінцевої мети. Проте результати соціологічних досліджень особливих підстав для оптимізму поки що не дають. Зокрема, за даними опитувань, проведених соціологічною службою Центру Разумкова спільно з проектом Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні» та за підтримки Ради суддів України, не вважають суди в Україні самостійними, а суддів – незалежними 78,1 % населення в цілому і 52,7 % тих, хто має досвід спілкування з судами. Про свою недовіру до судів (судової системи в цілому) повідомили 80,9 % респондентів, а про довіру – 9,3 % [25]. У зв'язку з цим необхідно з'ясувати, які головні причини призводять до такого вкрай низького рівня суспільної довіри до судової влади України, істотно нівелюють її правозахисну роль.

На наш погляд, до найвагоміших причин низького рівня довіри громадян до судової влади слід віднести: а) ухвалення судами не завжди правосудних, справедливих рішень через корупційні чинники; б) недостатній рівень політико-правової культури значної частини суддівського корпусу, деформацію їх професійної свідомості; в) непоодинокі випадки намагання представників законодавчої і виконавчої гілок влади втручатися у діяльність суддів з відправлення правосуддя; г) поширеність негативної практики невиконання судових рішень. Відповідно, першочерговим завданням і для органів публічної влади, і для інститутів громадянського суспільства є системне усунення вказаних негативних факторів впливу на судову владу загалом і на суддів зокрема, формування в суспільстві і державі загального морально-психологічного переконання безальтернативності самої ідеї незалежності судової влади.

Висновок. Під конституційно-правовим механізмом забезпечення незалежності судової влади України слід розуміти систему нормативно-правових, інституційних та організаційних форм і засобів, які в своїй сукупності забезпечують безумовний авторитет суду в суспільстві і державі як універсальної інституції, що гарантує неупереджене, а отже, справедливе вирішення будь-яких правових спорів, відсутність будь-якого зовнішнього впливу на вироблення і ухвалення судових рішень, суспільне сприйняття їх загальнообов'язкового характеру та забезпечення їх своєчасного і повного виконання всіма без винятку суб'єктами суспільних відносин.

Список літератури:

1. Смородинський В. С. Ідея правосуддя в історії правничої думки. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / відп. ред. В. С. Бігун. Київ : Бібліотека Міжнародного часопису «Проблеми філософії права». 2009. Розд. 2. С. 46–63.
2. Прудников М. Н. История государства и права зарубежных стран : учебник для бакалавров. 6-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрайт. 2013. 811 с.
3. Астапенко П. Н. Римское право : учебник / под. ред. Н. В. Михайловой. Москва : КНО-РУС, 2018. 280 с.
4. Лаптева М. Ю., Манзюк А. П. Организация судебного процесса в греческих полисах VIII–V вв. до н. э. (по данным литературных источников, эпиграфики и археологии). *История и*

археологія: електрон. науч.-практ. журн. 2014. № 10. URL: <http://history.snauka.ru/2014/10/1228> (дата звернення: 10.04.2018).

5. Токвиль, Алексис де. Демократія в Америці : пер. с франц. / предисл. Гарольда Дж. Ласки. Москва : Прогресс, 1992. 554 с.

6. Конституційне право України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. Харків : Право, 2008. 416 с.

7. Тодька Ю. Н. Конституція України: проблеми теорії і практики : монографія. Харьков : Факт, 2000. 608 с.

8. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

9. Про судову експертизу : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

10. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542.

11. Про відновлення довіри до судової влади в Україні : Закон України від 08.04.2014 р. № 1188-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 23. Ст. 870.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10. Ст. 88.

13. Про Стратегію сталого розвитку «Україна–2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 р. № 5/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 4. Ст. 67.

14. Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини : Указ Президента України від 25.08.2015 р. № 501/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 69. Ст. 2257.

15. Конституційне право зарубіжних країн : навч. посібник / за заг. ред. В. О. Ріяки. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.

16. Притченко Р. С. Судебная власть и политика – независимость или взаимосвязь: сравнительно-правовой анализ. *Правова держава*. 2011. №13. С. 215–218.

17. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України : Постанова Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 р. № 228. *Офіційний вісник України*. 2014. № 54. Ст.1455.

18. Про Вищу раду правосуддя : Закон України від 21.12.2016 р. № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7–8. Ст. 50.

19. Штефан Гасс. Деякі спостереження щодо незалежності суду, як вона презентована у міжнародних документах та досвіді. *Вісник Центру суддівських студій*. 2007. № 10. С. 25–32.

20. Куценко В. Д. Завдання та функції Державної судової адміністрації: адміністративно-правові аспекти. *Вісник пенітенціарної асоціації України*. 2017. № 2. С. 92–101.

21. Прилуцький С. В. Самоорганізація судової влади як новітній правовий інститут розвитку демократії. *Судова апеляція*. 2009. № 1(14). С. 124–135.

22. Рівень виконання судових рішень в Україні за рік зріс утричі – міністр юстиції. URL: <http://ua.interfax.com.ua/news/general/467640.html> (дата звернення: 10.04.2018).

23. Проблеми виконання рішень суддів досі актуальні – голова Вінницького апеляційного адміністративного суду Віталій Кузьмишин. URL: <https://court.gov.ua/press/interview/399785/> (дата звернення: 10.04.2018).

24. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: Закон України від 02.06.2016 р. № 403-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 29. Ст. 535.

25. Звіт за результатами соціологічного дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». Київ, 2017 : Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова; Рада суддів України; Проект Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні». URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/final-report-survey-e07f150174.pdf> (дата звернення: 10.04.2018).

References:

1. Smorodynskiy, V.S. (2009). Ideia pravosuddia v istorii pravnychoi dumky. Pravosuddia: filosofske ta teoretychne osmyslennia – Justice: Philosophical and Theoretical Understanding. V. S. Bihun (Ed.). Kyiv: Biblioteka Mizhnarodnoho chasopysu «Problemy filosofii prava», Part. 2, 46–63 [in Ukrainian].
2. Prudnikov, M.N. (2013). Istorija gosudarstva i prava zarubezhnyh stran: uchebnik dlja bakalavrov. Moscow: Jurajt [in Russian].
3. Astapenko, P.N. (2018). Rimskoe pravo. N. V. Mykhailova (Ed.). Moscow: KNORUS [in Russian].
4. Lapteva, M.Ju., Manzjuk, A.P. Organizacija sudebnogo processa v grecheskih polisah VIII–V vv. do n. je. (po dannym literaturnyh istochnikov, jepig-rafiki i arheologii). (2014). *Istorija i arheologija – History and archaeology*, 10. URL: <http://history.snauka.ru/2014/10/1228> [in Russian].
5. Tokvil', Aleksis de. (1992). Demokratija v Amerike. Moscow: Progress [in Russian].
6. Konstytutsiine pravo Ukrainy. V. P. Kolisnyka, Yu. H. Barabasha (Eds). (2008). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
7. Todyka, Ju.N. (2000). Konstitucija Ukrainy: problemy teorii i praktiki. Kharkov: Fakt [in Ukrainian].
8. Pro sudoustrii i status suddiv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1402-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 31, art. 545.
9. Pro sudovu ekspertyzu: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1402-VIII. (1994) *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 28, art. 232.
10. Pro vykonavche provadzhennia: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1402-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 30, art. 542.
11. Pro vidnovlennia doviry do sudovoi vlady v Ukraini: Zakon Ukrainy vid 08.04.2014 r. № 1188-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 23, art. 870.
12. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 r. 4651-VI. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 9–10, art. 88.
13. Pro Stratehiiu staloho rozvytku «Ukraina–2020»: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 12.01.2015 r. № 5/2015. (2015). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 4, art. 67.
14. Pro zatverdzhennia Natsionalnoi stratehii u sferi prav liudyny: Ukaz Prezydenta Ukrainy vid 25.08.2015 r. № 501/2015. (2015). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 69, art. 2257.
15. Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain. V. O. Riiaky (Ed). (2006). Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
16. Pritchenco, R.S. (2011). Sudebnaja vlast' i politika – nezavisimost' ili vzaimosvjaz': sravnitel'no-pravovoj analiz. *Pravova derzhava*, 13, 215–218.
17. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Ministerstvo yustytsii Ukrainy: Po-stanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 02.07.2014 r. № 228. (2014). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 54, art. 1455.
18. Pro Vyshchu radu pravosuddia: Zakon Ukrainy vid 21.12.2016 r. № 1798-VIII. (2017). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 7–8, art. 50.
19. Shtefan, Gass. (2007). Deiaki sposterezhennia shchodo nezalezhnosti sudu, yak vona prezentovana u mizhnarodnykh dokumentakh ta dosvidi. *Visnyk Tsentru suddivskykh studii*, 10, 25–32 [in Ukrainian].
20. Kutsenko, V.D. (2017). Zavdannia ta funkt sii Derzhavnoi sudovoi administratsii: administratyvno-pravovi aspekty. *Visnyk penitentsiarnoi asotsiatsii Ukrainy*, 2, 92–101 [in Ukrainian].
21. Pryluts'kyi, S.V. (2009). Samoohranizatsiia sudovoi vlady yak novitnii pravovyi instytut rozvynutoi demokratii. *Sudova apeliatsiia*, 1(14), 124–135 [in Ukrainian].
22. Riven vykonannia sudovykh rishen v Ukraini za rik zris utrychi – Ministr yustytsii. URL: <http://ua.interfax.com.ua/news/general/467640.html> [in Ukrainian].

23. Problemy vykonannya rishen sudiv dosi aktualni – holova Vinnytsko-ho apeliatsiinoho administratyvnoho sudu Vitalii Kuzmyshyn. URL: <https://court.gov.ua/press/interview/399785/> [in Ukrainian].

24. Pro orhany ta osib, yaki zdiisniuiut prymusove vykonannya sudovykh ri-shen i rishen inshykh orhaniv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. №403-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady*, 29, art. 535.

25. Zvit za rezultatamy sotsiolohichnoho doslidzhennia «Stavlennia hroma-dian Ukrainy do sudovoi systemy». Kyiv, 2017: Ukrainyskiy tsentr ekonomichnykh i politychnykh doslidzhen imeni Oleksandra Razumkova; Rada suddiv Ukrainy; Pro-ekt Rady Yevropy «Pidtrymka vprovadzhenniu sudovoi reformy v Ukraini». URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/final-report-survey-e07f150174.pdf> [in Ukrainian].

Kuleshov D. V., Deputy Head of the Slavyansk Prosecution Office of Donetsk region, Postgraduate Student of the Chair of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : kuleshov_dmitry@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6485-7658

Constitutionally-legal mechanism of judicial power of Ukraine independence supporting

In the article in a consistent level researching the story behind, the process of global public perception valuable meaning of judicial independent idea, as well as stages of implementation of its idea in the function of direct Constitutional principle into organization and functioning the state mechanism of every modern democracy and legal-state. Pointed that realization of its important politico-legal idea in the society's and the state's real life is supported the proper constitutionally legal mechanism. Such mechanism usually means the integral system of statutory and regulatory as well as managerially institutional forms and recourses, which in aggregate provide social authority of judiciary, impartial justice in the form of fair and legally judgments, and indisputable and timely execution of it by all parties of public relationships free of its legal status and social status.

In the article there is integrated analysis of legal framework and the system of the state and non-state institutions partial constitutionally legal mechanism of judiciary independence supporting as well as problem spheres of it's functionality on the modern stage of state-legal development of Ukraine. The conclusion is made that existence of statutory-regulatory regulation and institutional system totally are sufficient qualitative for the reaching the desired aim – the providing the real independence and high public authority of judiciary. The main issues were analyzed which preventing for real judiciary independence, for the main important of them are placed: the practice of injustice adjudgment because of corruption factors; not enough high level of politico-legal culture of the judiciary establishment part; aspiration of representatives of other state authorities and certain political forces to influence for administration of justice; popularity of non-executions practice for judgments which came into legal force.

Keywords: judiciary independence; mechanism of providing judiciary independence; the judiciary independence guarantees; the Constitutional values; the judiciary independence as a Constitutional system of Ukraine principle.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Karnaukh Bohdan Petrovych,
PhD in Law, Teaching Assistant
at the Department of Civil Law No. 1,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

doi: 10.21564/2414–990x.141.126813
UDC 347.511

FAULT IN TORT LAW: MORAL JUSTIFICATION AND MATHEMATICAL EXPLICATION*

The article has two main objectives: (1) to reveal why the fault principle is considered to be morally superior to no-fault liability in primitive law; and (2) to find out the essence of fault in modern tort law and then to express the concept of fault in the most precise manner possible, namely through math formula. It is argued that the very existence of law is contingent on freedom of human's will. It is the human's freedom that allows to judge human's actions. Thus, provided that we consider tort law as a set of rules prohibiting infliction of damage and establishing liability therefor, it is fair to state that fault is a precondition of tort liability specifically because freedom is a precondition of the very law's operation. Therefore, while establishing fault the court investigates whether the tortfeasor was free at the moment of infliction of damage. Fault denotes that formally wrongful act was committed freely. Since establishing fault is conducted after the wrongful act has been committed (it is conducted within judicial proceedings, which constitute backward-looking research), the inference follows that fault is an ex post conclusion of freedom. However, sometimes all the elements of the free-choice situation being present, the tortfeasor nevertheless cannot be deemed to be at fault. This is the case, where the tortfeasor could have avoided inflicting damage, but at excessively heavy cost. Thus, it is not enough if among the available alternatives there is one harmless; in addition, the harmless option has to be reasonable. Otherwise choosing this harmless option cannot be expected.

Keywords: tort; fault; fault-based liability; negligence; strict liability.

* This article has been written during the author's research stay in the University of Warsaw organized and financed by the Centre for Promotion of Polish Legal Research (Program Dialog MNiSW).

Карнаух Б. П., кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Вина в деликтном праве: моральное оправдание и математическая экспликация

Статья посвящена исследованию вины как условия деликтной ответственности. Прежде всего внимание автора сосредоточено на проблеме морально-этического оправдания принципа вины в деликтном праве. В этом контексте сделан вывод о том, что принцип вины следует из свободы индивида и поэтому этот принцип имманентен самой идее права: вина является условием ответственности именно потому, что свобода является условием права. Далее автор переходит к математической экспликации понятия вины в деликтном праве и делает вывод о том, что вина – это понятие, констатирующее, что ущерб был причинен в ситуации свободного выбора, то есть в ситуации, когда правомерный (не вредоносный) вариант поведения был объективно доступным и разумно ожидаемым.

Ключевые слова: деликт; вина; виновная ответственность; небрежность; строгая ответственность.

Problem setting. Tort law allows to reallocate the costs of accidents so that the aggrieved person has an opportunity to shift damage he or she sustained onto someone else. But this reallocation is available if and only if there is a sufficient justification for it. As J. Coleman, S. Hershovitz and G. Mendlow nicely explained it: you cannot make your mass mine just because you want so [1]. Therefore, in order to succeed in tort suit plaintiff has to prove the existence of preconditions of liability in tort, which are: wrongfulness, damage, causation and fault. Wrongfulness means that the defendant has infringed some interest protected by law. The concept of damage denotes that the plaintiff has sustained some harm. Finally, causation indicates that but for the defendant's behavior the damage would not have occurred. The notion of fault presupposes that three above mentioned requirements do not suffice; instead, in addition there has to be something else in order to justify the imposition of liability onto the defendant. Why is it so and what should it be? – These are the questions addressed in this article.

Recent research and publications analysis. Fault principle is an essential feature that distinguishes modern law from ancient primitive law. In academic literature it is generally recognized that in primitive law person was hold liable for any damage she caused regardless of culpability (*i.e.* regardless of whether the person's actions were blameworthy or not) [2, p. 64]. In other words, the sole necessary and sufficient precondition of liability in tort was the causal link between the tortfeasor's behavior and the damage suffered by the aggrieved person. This feature of primitive law was noticed by R. von Jhering in his famous work *The Spirit of Roman Law at the Various Stages of Its Development* [3, pp. 19–111]. Further explanation can be found in H. Kelsen's *Pure Theory of Law* [4]. The reason for the strict liability regime (as we would call it today) was the fact that primitive man did not distinguish between the principle of causality and the principle of imputation [4, pp. 82–85]. Thus primitive man interpreted the nature in a normative animistic way: all the natural events were treated either as a reward or as a punishment for human's actions. And since the

crucial difference between human's actions and acts of nature went unnoticed there was no need to inquire into the relation between harmful consequence and human's will. H. Kelsen writes that "[t]he decisive step in the transition from a normative to a causal interpretation of nature, from the principle of imputation to the principle of causality, consists in man becoming aware that the relations between things (as distinguished from relations between men) are independent of a human or superhuman will, or, which amounts to the same, are not determined by norms – it consists in man becoming aware that the behavior of things is neither prescribed nor permitted by any authority" [4, pp. 84–85].

Paper objective. The objectives of this article are as follows: (1) to reveal why the fault principle is considered to be morally superior to no-fault liability in primitive law; and (2) to find out the essence of fault in modern tort law and then to express the concept of fault in the most precise manner possible, namely through math formula.

Paper main body. The moral strength of fault principle consists in the fact that modern law blames person only for those violations of law that person commits freely, *i.e.* while enjoying freedom and therefore being able to make conscious choice. As G. W. Hegel stated it, a human is a subject of law only as a free being [5, p. 36]. Thus, the fault principle is deeply rooted in the very concept of law. The interrelation between fault and freedom was noticed by A. Tunc, who wrote: "[t]he law of tort, if it takes fault as a criterion of liability, recognizes the freedom of a man, his responsibility, his capacity of behaving in a social or in antisocial manner, and his ability to choose between good and evil. According to his decisions and behavior, it absolves him of responsibility or imposes upon him a civil sanction" [2, p. 65].

Law is a deontic rule appealing to free will, because only what is physically possible can be morally demandable. The demand is absurd both when it is impossible to satisfy it and when it is impossible not to satisfy it. The rule demanding not to submit to gravitation is absurd as well as the one demanding to submit to. That is why any deontic rule makes sense only if there are some alternatives, which constitute a space of freedom. In such a context the very existence of law is contingent on freedom of human's will. It is the human's freedom that allows to judge human's actions. Thus, provided that we consider tort law as a set of rules prohibiting infliction of damage and establishing liability therefor, it is fair to state that fault is a precondition of tort liability specifically because freedom is a precondition of the very law's operation.

The concept of fault is an inverted concept of freedom ("dark side" of the freedom): while the existence of freedom in the present enables the law to operate, fault is an affirmation that the freedom existed in the past (at the moment of inflicting damage). From this point of view, it is easy to draw a distinction between wrongfulness and fault: while the former means that the fact at hand contravenes the law the latter means that the demand to avoid this fact was operative in the circumstances.

While establishing fault the court investigates whether the tortfeasor was free at the moment of infliction of damage. Fault denotes that formally wrongful act

was committed freely. Since establishing fault is conducted after the wrongful act has been committed (it is conducted within judicial proceedings, which constitute backward-looking research), the inference follows that fault is an *ex post* conclusion of freedom.

The proposed definition of fault is completely based on the concept of freedom, which has been treated by philosophers in numerous ways. Therefore, the proposed definition of fault will be rather vague unless we provide a clear concept of freedom.

For the purposes of present research freedom has to be defined as the ability to choose from among several alternative ways of acting. Thus, tortfeasor is at fault if (while inflicting damage) he was free to choose from among several (at least two) alternative ways of acting at least one of which was harmless. Put in math terms it is read as follows: a tortfeasor is at fault if the infliction of damage was committed in the situation W , where the number of available alternatives (how to act) $A(W)$ added up to not less than two items (a_n), and at least one of those items was lawful (wouldn't have caused the infliction of damage) (R), *i.e.* in the situation W there is fault if

$$\left\{ \begin{array}{l} A(W) = \{a_1, a_2, \dots, a_n\}, \text{ where } n \geq 2; \\ \exists a_i \in A(W) : R(a). \end{array} \right. \quad (1)$$

This formula demonstrates that fault is present whenever there is a missed opportunity of the right choice. If there is no such an opportunity, there is no fault. Moreover, the greater the opportunity (of the right choice) was, the greater the fault is. The fact that the tortfeasor *has acted* in a particular harmful manner constitutes wrongfulness; the fact that he *could have acted* in a different manner constitutes fault.

The similar idea has been stated by K. Larenz who worded it in the following way. "We speak of fault only where a person can individually be held responsible for the act or omission. We blame the person because he could have and should have acted differently in the specific situation, because he has acted wrongfully even though he could have acted properly had he applied the necessary care or attention or good will. The freedom in the sense of the ability to act differently on the one hand and the violation of the obligation on the other constitute the elements of fault" (as cited in [6, p. 142]).

In short, fault means that at the moment of the infliction of damage the tortfeasor was in the situation (situation W) of free choice. But the crucial question is: when can we say that such a situation is in evidence? In other words, what are the necessary elements of a situation of free choice?

First of all, choosing is possible only if there is someone who is to choose. Thus the first element of free-choice-situation is a person. But in accordance with the law not every individual is deemed to be able to choose consciously; for this reason, there has to be not just somebody, but somebody who is capable of making conscious

choices. In other words, there has to be legally capable person, which is the person who is conscious of her actions and has control over them. Indeed, if the person lacks mentioned features her choices cannot be regarded as free choices and therefore there is no blameworthiness in her actions. Incapacitated persons cannot be held liable for damage they caused specifically because they cannot be at fault.

It is noteworthy that this principle was clearly stated in Ancient Roman law. Thus, in Justinian's Digest we can find the following words: "[t]herefore we ask whether an action under the *Lex Aquilia* will lie where an insane person causes damage? Pegasus denies that it will, for how can anyone be negligent who is not in his right mind? This is perfectly true. Hence an action under the *Lex Aquilia* will not lie; just as where an animal causes the damage, or where a tile falls from a roof. Again, if a child causes any damage the same rule applies" (Dig. 9.2.5.2)¹.

One can choose only if there are some options. Thus, the second necessary element of free-choice-situation is a variative range, *i.e.* number of available alternatives at least one of which will not cause the damage. This variative range $\{a_1, a_2, \dots, a_n\}$ depicts the scope of opportunities that is available to tortfeasor and is dependent on extrinsic objective factors (such as the law of nature, technological level, actions of third persons etc.). It seems quite obvious that the tortfeasor is not at fault if in order to avoid inflicting damage he had to do something that was technically impossible at the moment. Another factor that can exclude harmless way of acting out of the number of available alternatives is irresistible force (so called acts of God). For example, if the defendant's vehicle is washed away from the motorway by the mudflow wave and as a consequence the plaintiff's fence is destroyed, it is clear that there is no fault, because the harmless option (not to swerve from the motorway) was excluded by the irresistible force.

What else is needed, apart from the chooser and the alternatives? Let's imagine the following hypothetical situation. A person is offered to press one of the three buttons; though the person is not told that pressing the first button will annul the person's bank account, pressing the second one will transfer the title to all person's property to the state; and pressing the third one will grant the person two million USD. Will it be a free choice in the mentioned sense? Of course, no, because free choice presupposes knowledge of the relevant circumstances. In other words, free choice is always an informed choice. Knowledge of factual and legal consequences of every option constitutes *sine qua non* of free choice. For this reason, there is no fault if person could not know (a) what kind of consequences would be entailed by her actions or (b) that the very way of her behavior was *per se* illegal. Whether the tortfeasor knew the juridical consequences of his actions – this question can be easily answered due to the presumption that everyone knows the laws properly promulgated.

Whether the tortfeasor could predict the factual consequences of his behavior – this question is way more complicated. It is also known as the problem of foresee-

¹ As cited in https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

ability and remoteness of damage. As a general rule, one should be liable only for those consequences of his actions that he can foresee. If the damage caused could not have been reasonably foreseen, then the tortfeasor is exempted from liability on the ground of so-called *casus*.

It has to be emphasized, though, that while assessing the foreseeability of damage court does not try to find out what the tortfeasor actually foresaw, but rather what the tortfeasor had to foresee as a reasonable and circumspect person. In other words, the objective criterion applies based on what can be expected of everyone in the similar situation.

The elements of free-choice-situation that have been mentioned so far do not suffice to define fault though, because sometimes all the elements being present, the tortfeasor nevertheless cannot be deemed to be at fault. This is the case, where the tortfeasor could have avoided inflicting damage, but at excessively heavy cost. For instance, when in order to avoid damaging neighbor's cheap property the tortfeasor had to risk his own life.

Perhaps the most straightforwardly this idea was expressed by Judge Learned Hand in the famous case *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947). According to Judge Learned Hand, if we denote as P the cost that has to be incurred in order to avoid infliction of damage; D – the amount of damage; and L – probability that damage will occur, then the tortfeasor is at fault whenever $P < DL$.

The Hand's formula is based on a very sound idea. Every human's action can be treated as an act of exchange where something is given away (X) in order to get something else (Y) (for instance, when you study at the university you invest your time, efforts and money (X) in order to get necessary qualifications (Y)). From this perspective one acts reasonably if $Y > X$, *i.e.* if the value of what has been received exceeds the value of what has been given away. In the context of tort liability, it is the tortfeasor's investment in the precautions (necessary to avoid infliction of damage) that is given away; and it is the preclusion of damage that is received. As Coleman, Hershovitz and Mendlow stated it "a precaution is reasonable when it is rational; a precaution is rational when it is cost-justified; and a precaution is cost-justified when the cost of the precaution is less than the expected injury (the latter being the cost of the anticipated injury discounted by the probability of the injury's occurrence)" [1].

Thus, it is not enough if among the available alternatives $\{a_1, a_2, \dots, a_n\}$ there is one harmless; in addition, this one harmless option has to be reasonable. Otherwise choosing of this harmless option cannot be expected. Moreover, law and economics theory proves that even if tort law held person liable irrespectively of reasonability-criterion, persons nevertheless would not take unreasonable precautions, because it would be more cost-efficient not to take those precautions but rather to inflict damage and compensate it afterwards [7].

Having regard to the above we have to supplement formula (1) with one more element. A tortfeasor is at fault if the infliction of damage was committed in the

situation W , where the number of available alternatives $A(W)$ added up to not less than two items (a_n), and at least one of those items was lawful (wouldn't have caused the infliction of damage) (R) and reasonable (S), i.e. in situation W there is fault if

$$\begin{cases} A(W) = \{a_1, a_2, \dots, a_n\}, \text{ where } n \geq 2; \\ \exists a_i \in A(W) : R(a) \wedge S(a). \end{cases} \quad (2)$$

The reasonability-criterion is recognized in Principles of European Tort Law (hereinafter – PETL). Pursuant to Art. 4:101 PETL a person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct; and according to Art. 4:102 PETL the required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances. Moreover Art. 4:102 PETL provides important guidelines of how to model the behavior of the hypothetical reasonable person. Namely, it is stated that the reasonable person's behavior depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.

Therefore, according to PETL fault is established by comparing the tortfeasor's behavior with the behavior of hypothetical character (reasonable person): what has been actually done by the tortfeasor is compared with what could have been done by a reasonable person in the same circumstances.

The similar approach is followed in common law as well. Thus, in a prominent case *Blyth v Birmingham Waterworks Company* (1856) 11 Ex Ch 781 Baron Alderson defined the negligence in the following way: “[n]egligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do. The defendants might have been liable for negligence, if, unintentionally, they omitted to do that which a reasonable person would have done, or did that which a person taking reasonable precautions would not have done”.

Moreover, digging deep shows that this approach was invented in Ancient Rome, though the standard of comparison at that time was called slightly different, namely *diligens paterfamilias*. In the Justinian's Digest one can find the words of Paulus: “it is negligence when provision was not made by taking such precautions as a diligent man would have done” (Dig. 9.2.31)¹.

Unlike the PETL and common law Ukrainian Civil Code does not include the reasonability-criterion in the definition of fault. Under the Art. 614 of Civil Code of Ukraine a person is not at fault if she proves that she has done everything in power. Taken literally this provision requires to take every possible step to prevent infliction

¹ As cited in https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

of harm irrespective of whether particular step is reasonable or not. And though some of the Ukrainian scholars argue that reasonability-criterion is implied due to the operation of general principles of civil legislation¹ the character of a reasonable person remains hardly known to national legal science.

Moreover, it has to be noted here, that Art. 614 is contained in Chapter 51 of Civil Code of Ukraine that is titled as “*Legal Consequences for Breach of Obligation. Liability for Breach of Obligation*”. For this reason, taken literally this article matches only situation where the defendant breaches some already existing (e.g. contractual) obligation. In particular, para. 1 of the Article provides that “a person is not at fault if she proves that she has done everything in power *to perform an obligation in a proper way*”. Since Chapter 82 (which addresses torts) does not contain any definition of fault at all, many scholars argue that Art. 614 *mutatis mutandis* applies to tort liability as well. In particular, for the purposes of tort liability one should modify the provision of Art. 614 in the following way: “a person is not at fault if she proves that she has done everything in power *to prevent infliction of damage*”.

Although the case-law on the issue is quite equivocal there are decisions where courts refuse to apply Art. 614 to torts. In one of its decisions the Supreme Economic Court of Ukraine stated: “[a]s to the appellant’s allegation that the court did not take into consideration Art. 614 CC of Ukraine, this allegation is overruled because the mentioned article deals with obligational relationship that was not present between the plaintiff and the defendant”[8]. Moreover, the Supreme Economic Court of Ukraine emphasizes that the distinction has to be drawn between contract damages and tort damages. So if the damage is caused by the breach of contract court cannot resort to provisions of Civil Code on torts and *vice versa*: if the damage is caused by tort court cannot resort to provisions on contract damages [9]. As long as this approach is taken it is inevitable to conclude that Ukrainian civil law does not have any definition of fault for the purposes of tort liability, notwithstanding fault is expressly required as a precondition of liability in tort². From this point of view, the expansive interpretation of Art. 614 Civil Code of Ukraine may be seen as the least-evil solution³.

As a result, pursuant to Civil Code of Ukraine fault matters for both tort and contract liability, but the definition of fault is provided for the purposes of contract liability only. Approach proposed in academic literature (to interpret the fault definition extensively) poses an important question of whether the essence of fault is the

¹ Thus, under the Art. 3 of Civil Code of Ukraine “equity, good faith and reasonableness” are recognized as general principles of civil legislation.

² See Art. 1166 CC of Ukraine.

³ It is noteworthy that Commercial Code of Ukraine defines fault in a broader manner. Thus under para. 2 Art. 218 “[b]usiness entity is liable for non-performance or defective performance of commercial obligation as well as for violation of commercial activity regulations unless it proves that it has done everything in power to avoid commercial offence”. Although this definition does not include reasonability-criterion neither, it is worded broadly enough to be applicable to both contract and tort liability cases inasmuch as the concept of “commercial offence” encompasses breach of obligations, torts and other violations in the sphere of commercial activity.

same both in tort and in contract law or, conversely, there has to be two completely different concepts of fault for the two realms of civil law.

The answer to this question seems to be as follows. The concept of fault is the same in both tort and contract law: fault means that a person (either tortfeasor or contracting party) has not done something that (a) could have been done and (b) was reasonably expected of her. However, what is reasonably expected of everyone (as a potential tortfeasor) starkly differs from what is reasonably expected of contracting party, for it is obvious that we are entitled to expect way more of the one who has promised something to us than of a random passer-by. First and foremost, it means that Hand's formula does not apply to contract liability. Being interpreted in the context of contracts Hand's formula would mean that contracting party is not at fault (and, therefore, is exempted from liability) whenever the cost of performance exceeds the value of counter-performance. But that is not the case, because according to the principle *pacta sunt servanda* even if performance of the contract becomes more onerous or less profitable than it was expected the contracting party nevertheless has to perform its obligations under the contract. Thus, for instance, according to Art. 6:111 (1) of Principles of European Contract Law "[a] party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished"¹.

Therefore, the necessary flexibility of the definition is provided by the reasonability-criterion, meanwhile the general concept of fault (as the omission to do something that could have been done and was reasonably expected) applies for both tort and contract liability.

Conclusions of the research. The concept of fault in tort law is based on two pillars: freedom and reasonableness. When a court concludes that the defendant is at fault it means that the defendant could have avoided inflicting damage had he behaved as a reasonable person. In other words, the concept of fault denotes that that the tortfeasor had a choice, *i.e.* that there were several alternatives available at least one of which would not have caused the damage and was reasonable. Although the concepts that are employed hereinabove to define fault (such as reasonableness, foreseeability, remoteness) call for further thorough research; this article, grounding on moral justification of fault principle, provides general theoretical concept of what the fault is. The definition of fault contained in the Art. 614 of Civil Code of Ukraine is inspired by Soviet-era instruments; notwithstanding the current Civil Code of Ukraine was adopted in 2003, the definition of fault in Art. 614 exactly repeats the wording of Art. 71 of Fundamentals of Civil Legislation of the U.S.S.R. and the Union Republics (1991). Therefore, the definition of fault in Ukrainian legislation has to be improved so that it includes the reasonability-criterion.

¹ For similar provisions see para. 1 Art. 89 Common European Sales Law, Art. III. – 1:110 (1) Common Frame of Reference, Art. 6.2.1 UNIDROIT Principles (2016). Exception to this rule is usually addressed under the title of hardship. See, for example, Sec. 2 Ch. 6 UNIDROIT Principles (2016).

Список літератури:

1. Coleman, J., Hershovitz, S., Mendlow, G. Theories of the Common Law of Torts. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2015 (Winter), Edward N. Zalta (Ed.). URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/tort-theories/>.
2. Tunc A. The Proper Place of Fault in a Modern Law of Tort. *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. 11: Torts*. Brill : Martinus Nijhoff Publishers, 1983. pp. 63–86.
3. Іеринг Р. фон. Дух римського права на різних ступенях його розвитку. Санкт-Петербург : Типографія В. Безобразова и Комп., 1875. 309 с.
4. Kelsen, H. *Pure Theory of Law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967. 356 с.
5. Гегель Г.В.Ф. Філософська пропедевтика : пер. с нем. Работы разных лет : в 2 т. [сост., общ. ред. А.В. Гулыги]. Москва : Мысль, 1971. Т. 2. С. 7–209.
6. Riesenhuber, K. Damages for Non-Performance and the Fault Principle. *European Review of Contract Law*. 2008, 4. С. 119–153.
7. Schäfer, H.-B., Schöenberger A. Strict Liability versus Negligence. *Encyclopedia of law and economics. Volume II. Civil Law and Economics*. Cheltenham : Edward Elgar, 2000. С. 597–624.
8. Постанова Вищого господарського суду від 14 жовтня 2010 р. у справі № 16/100. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11786192>.
9. Рекомендації Президії Вищого господарського суду № 04-5/239 від 29.12.2007. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/va239600-07>.

References:

1. Coleman, J., Hershovitz, S., Mendlow, G. (2015). Theories of the Common Law of Torts, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter), Edward N. Zalta (Ed.). URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/tort-theories/>.
2. Tunc, A. (Chief ed.) (1983). *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. 11: Torts*. Brill: Martinus Nijhoff Publishers.
3. Jhering R. von (1875). *The Spirit Of Roman Law At The Various Stages Of Its Development*. Saint-Petersburg, Russian Empire: Bezobrazov's & Co. Printshop [in Russian].
4. Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
5. Hegel, G. W. F. (1971). *Philosophical Propaedeutic*. In Hegel, G. W. F. *Works of various years*. Vol. 2 (pp. 7–209). Moscow, U.S.S.R.: Mysl'. [in Russian].
6. Riesenhuber, K. (2008). Damages for Non-Performance and the Fault Principle. *European Review of Contract Law*, 4, 119–153.
7. Schäfer, H.-B., Schöenberger A. (2000). Strict Liability versus Negligence. In Bouckaert, B. & De Geest, G. (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*. (pp. 597–624). Cheltenham: Edward Elgar.
8. Decision of Supreme Economic Court of Ukraine 14 Oct. 2010, case No. 16/100. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11786192>.
9. Recommendations of the Presidium of the Supreme Economic Court of Ukraine No. 04-5/239, 29 Dec 2007. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/va239600-07>.

Карнаух Б. П., кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного права № 1, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail : karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Вина в деліктному праві: моральне виправдання і математична експлікація*

Досліджено вину як умову деліктної відповідальності. Автор має дві мети: 1) з'ясувати, чому принцип винної відповідальності з етичної точки зору видається кращим за принцип безвинної відповідальності, притаманний примітивному праву; 2) визначити сутність вини в сучасному деліктному праві і подати її в якомога більш точний спосіб, а саме – через математичну формулу. У статті обґрунтовується, що саме існування права зумовлене свободою людської волі. Не що інше, як свобода дає змогу судити людські вчинки. Отож, коли потрактовувати деліктне право як систему норм, що забороняє завдання шкоди і встановлює за це відповідальність, справедливим буде сказати, що вина є умовою деліктної відповідальності саме тому, що свобода є умовою права. Установлюючи наявність вини, суд з'ясовує, чи був делінквент вільним у своєму вчинку, чи був цей вчинок проявом його свободи. Вина позначає, що ззовні протиправний учинок був скоєний вільно. Позаяк установлення вини провадиться після того, як правопорушення вже сталося, слід виснувати, що вина – це констатація свободи ex post. Утім, подеколи, незважаючи на наявність усіх елементів ситуації вільного вибору, делінквента, тим не менше, не можна визнати винуватим. Таке має місце у випадку, коли делінквент міг би уникнути завдання шкоди, але заплативши за це нерозумно високу ціну. Відтак недостатньо лишень, щоб серед приступних альтернатив була одна нешкідлива; на додачу ця нешкідлива альтернатива мусить бути одночасно розумною. У протилежному разі не можна очікувати, що її буде обрано. Автор доходить висновку, що вина – це поняття, яке констатує, що шкоди було завдано в ситуації вільного вибору, тобто в ситуації, коли правомірний (нешкідливий) варіант поведінки був об'єктивно доступним і розумно очікуваним.

Ключові слова: делікт; вина; винна відповідальність; недбалість; сувора відповідальність.

Надійшла до редколегії 25.03.2018 р.

* Статтю було написано протягом наукового стажування автора в Університеті Варшави, організованого й фінансованого Центром польських правових наук (Програма «Діалог»).



Sakara Nataliia Yuriyivna,
*PhD in Law, associate professor at civil procedure
department, Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv*
e-mail: Sakaranatasha@gmail.com
ORCID 0000-0001-8501-3756

doi: 10.21564/2414–990x.141.131221
UDC 347.99:341.645

THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND A MODERN CIVIL PROCEDURE MODEL

In the article the author tries to depart from the previous conventional approach according to which the model of civil procedure is characterized only as adversarial one. The author's approach to the definition of model of civil procedure is based on the requirements of art. 6 (1) ECHR and the judgments of the Court, where the content and the scope of the right to a fair trial are determined. Abovementioned has allowed to conduct a complex study and to analyze the institutional, structural-functional, substantive, and procedural features of such model.

From the institutional point of view civil procedure should involve the judicial activity of courts directly integrated into the Judicial System of Ukraine, other jurisdictional bodies as well as enforcement bodies. This order is internally structured and covers both disputable and “conditionally” disputable proceedings and law-enforcement procedures, as well as stages of logical and functional character. In this regard, despite the existence of three procedural codes in Ukraine civil, economic and administrative proceedings should be included to a single civil procedure and, accordingly, be carried out in compliance with the fundamental principles of fair trial. The latter provide, firstly, that the access to jurisdictional and enforcement bodies should not be burdened by excessive legal or economic obstacles. Secondly, the case hearing should occur in compliance with the due (fair) procedure. Thirdly, the hearing should be public. Fourthly, there should be reasonable time of a trial and execution. Fifthly, the jurisdictional body should be independent, unbiased and established by law. Sixthly, enforcement of decisions of jurisdictional bodies should be carried out without undue delay.

Civil procedure is considered to be the order for resolving civil cases according to the fundamental principles of fair trial, which is taken by courts in civil, economic and in certain occasions, administrative proceedings as well as, jurisdictional bodies and execution of court decisions by bailiffs and other authorities which make an execution of court judgments and decision of other authorities.

Keywords: model of civil procedure; «court» and «the right to a court» in the practice of the European Court of Human Rights, civil proceedings and law-enforcement procedures, civil rights and obligations, fundamental principles of fair trial.

Сакара Н. Ю., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : Sakaranatasha@gmail.com ; ORCID 0000-0001-8501-3756

Право на справедливое судебное рассмотрение и современная модель гражданского процесса

В статье автор пытается отойти от общепринятого подхода, в соответствии с которым в основу характеристики модели гражданского процесса закладываются лишь состязательные начала, и предлагает новый, в соответствии с которым необходимо исходить из требований п. 1 ст. 6 ЕКПЧ и решений ЕСПЧ относительно содержания и сферы применения права на справедливое судебное рассмотрение. Это позволило провести комплексное исследование и проанализировать институциональные, структурно-функциональные, предметные и процедурные особенности такой модели.

Институционально, по мнению автора, гражданский процесс должен включать как деятельность судов, непосредственно интегрированных в судебную систему Украины, так и других юрисдикционных органов, а также органов принудительного исполнения. Такой порядок внутренне структурирован и охватывает как спорные, так и «условно» спорные производства и правоприменительные процедуры, а также стадии логического и функционального характера. При этом, несмотря на наличие в Украине трех процессуальных кодексов, гражданского, хозяйственного и административного судопроизводства должны включаться в состав единого гражданского процесса и, соответственно, осуществляться с соблюдением основополагающих основ справедливого рассмотрения. Это предполагает, во-первых, что доступ к юрисдикционным органам и органам принудительного исполнения не должен тяготиться чрезмерными юридическими и экономическими препятствиями. Во-вторых, рассмотрение должно осуществляться с соблюдением надлежащей (справедливой) процедуры. В-третьих, оно должно быть публичным. В-четвертых, должны соблюдаться разумные сроки рассмотрения и исполнения. В-пятых, юрисдикционный орган должен отвечать требованиям независимости, беспристрастности и быть созданным в соответствии с требованиями закона. В-шестых, исполнение решений юрисдикционных органов должно осуществляться без чрезмерных задержек.

В результате под гражданским процессом предложено понимать порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел с соблюдением основополагающих начал справедливого судебного рассмотрения, осуществляемых судами в порядке гражданского, хозяйственного и, в некоторых случаях, административного судопроизводства, юрисдикционными органами, а также исполнение судебных решений органами и лицами, осуществляющими принудительное исполнение судебных решений и решений иных органов.

Ключевые слова: модель гражданского процесса; «суд» и «право на суд» в практике ЕСПЧ; производства гражданского процесса и правоприменительные процедуры; гражданские права и обязанности; основополагающие основы справедливого рассмотрения.

Problem setting. Ratifying the European Convention (later – ECHR) Ukraine was committed to provide the vested rights including the right to a fair trial. This right is not absolute but impose the government positive obligations for creating the proper conditions for their realization that suggest the determination of its implementation sphere and enhancement the procedure for its correspondence to ECHR requirements and taken from the practice of European Court of Human Rights (later – Court) as well as reconsideration the sense of separate legal phenomenon that are connected with it in some way. According to this, it is necessary to support of the view of V.V. Komarov, who notes that it is understood that the institutions of justice and proceedings should be modernized in accordance with the challenges of modern societies proceeding from such an obvious civilizational fact as the fundamentalization of human rights not only within the national, but also international law and order. Therefore on the whole obviously the modernization

of civil proceeding it is necessary to develop the proper concepts about continuity, traditions and innovations in the civil procedure sphere that could reflect the most up-to-date theoretical and practical problems of civil law science [1, 155]. In this context should be the redefinition of the model of civil procedure which is genetically connected with the right to a fair trial and should correspond the requirements coming from the last one mentioned.

Recent research and publications analysis. The problem of civil procedure models is not new for the civil law science though for a long time it remains in discussion. Traditionally it is examined by comparison the adversarial and inquisitorial models [2] or in the context of civil procedure principles [3]. But this approach is a bit methodologically outdated in the context of fair trial right assurance as coming out of the established practice of the Court the non-compliance the adversarial principle is a priori the violence of art. 6 (1) ECHR. At the same time, as we have mentioned, the competitiveness itself does not mean the fair procedure as the judicial fairness always suggests some form of the competitiveness. Therefore the determination just the adversarial principles in the proceeding is not enough for characterization the fair trial model as it limits the possibilities in realization the sense of procedure in general [4, 54]. We should mark that in some cases Court made the analysis the implementation of art. 6 (1) ECHR from the perspective of effectiveness the used method and consequences the national authorities actions, considering if they could lead to aims succeeding that complainant pursued requesting for protection. To our mind, the above mentioned showed, that nowadays we should discuss certain civil procedure model that should be effective, only the last one is able to provide the proper restoring of violated, unrecognized or disputable rights.

Paper objective. The aim of this work is the institutional, structural-functional, subject and procedural characterization of a modern civil procedure model.

Paper main body. *Subjects of civil procedure and their integration into judicial system.* Traditionally the system of authorities that institutionally form the civil procedure is determined during the subject of civil procedural law resolution. In general rules by the last one we are proposed to understand only social relations that appear in process of justice and are connected with parties realization of their rights for the court protection, i.e. civil procedural legal relations, where one of the parties should be obligatory the court as the government authority.

Despite the fact that the mentioned approach is the most widespread there exist some different opinions in the literature. Thus in 60-s of previous century M. B. Zeider proceeding the fact that work of courts, arbitration bodies, labour organizations, comrade courts etc. in certain sphere aims the one subject – to resolve the dispute about rights and protection of violated or disputed right, offered to unite all the authorities activity in one definition of civil procedure [5, 81]. This opinion had followers as well as opponents, whose main argument was the fact that the order of court procedure in civil trials stands the form of administration of justice, not the procedure in other authorities [6, 12–13]. According to V.V. Komarov such approach is underappreciated. Precisely in the broad understanding of civil process as the civil

procedure system based on the institutes of litigation as well as on alternative forms of civil rights protection which provide the civil justice availability itself in civil cases and the certain harmonization of legal regulation sphere is seen that allows optimizing the procedural law [7, 106–107].

In foreign literature practically no attention is paid to problems of definition the civil procedure subject and the meaningfulness of “civil procedure” category. On the contrary, analyzing the basic civil procedure institutes the alternative procedure of dispute resolving are researched (mediation, arbitration etc.) and according to the author of “Access to Justice” movement they should be the alternative and ordinary ones for courts and usual court procedures in cases where the ordinary competitive court procedure fails to be effective for rights restoring and thus they should provide the wide groups of people access to justice [8, 287]. Moreover F. Sanders offered the idea “multi-door courthouse” where anyone can get help in the most effective way of his dispute resolving as there exist several different processes which provide more “effective” dispute resolving by themselves or due to their combination [9, 67–84]. Therefore we can conclude, according to the foreign scientists, that out of court procedures, should not be separated from court ones only on the basis of the civil procedure form criteria which is inherent to justice activity. In certain cases we can even notice accents displacements about one or another order “primacy” and the court proceeding is defined as “alternative dispute resolving”, as it “should stand the last way and the claim can not be made until there is a possibility of dispute settlement” [10, 193]. Moreover we can notice the harmonious integration some separate alternative ways of dispute settlements in ordinary court [11].

According to the different definitions of procedures which are directly or indirectly included in the civil procedure definition by national and foreign scientists we consider necessary during the institutional characterization of separate model to repel the fair trial requirements. Thus, in art. 6 (1) ECHR it is seen that the civil rights and obligations court proceedings should be done in court as established by law. Axiomatically in this case, as the literature properly says, the right to a trial definition in law context should be understood as classical type court, integrated to the government standard court system. It should be examined in this word substance content according to its court functions. The last ones have reflection in: its function is to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner, and to have full jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it; the power to give a binding decision which may not be altered by a non-judicial authority to the detriment of an individual party; prohibition to call the court some authority that only gives recommendations even in case of such recommendations [12, 122–123]. As an example, Court considered a “court”: Local Real Property Transactions Authority, Criminal Damage Compensation Board, Arbitration Tribunal, International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine, High Council of Justice, the Parliamentary Committee and the plenary meeting of Parliament etc.

Noteworthy is the fact when the cases of rights on national level are proceeded by the authority that is not included in the standard Judicial System, the Court, by general rules, checks: either the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of art. 6 (1) ECHR, or they do not so comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of art. 6 (1) ECHR [13]. However, in this case, the term for resolving a dispute by such a body must be invested in the period of time, which is considered as a «trial» in assessing its reasonableness [14, 98]. To our mind, the above mentioned is rather convincing argument for the authorities whose jurisdiction provides the administrative protection form though function as quasi-judicial should be included in the institutional component of a civil procedure model. This conclusion is actual in context of statements of art 124 (3) Constitution of Ukraine where the ability to provide the obligatory pre-trial dispute settlement is mentioned and it should be considered during the proper procedures formulation.

At the same time the Court practice about fair trial right provision in arbitration activity is different. The Court divides the obligatory arbitration that should correspond the requirements stated in art. 6 (1) ECHR and voluntary which should correspond both parties stated demands. As a rule no problems appear with Court if arbitration is made up voluntarily and both parties have equal possibilities to influence the arbitration court composition [15]. In this case the parties chosen that arbitration type reject separate rules that are directly or indirectly stated in art. 6 (1) ECHR. Mainly this rejection should be voluntary [16], legal and definite. At the same time the rights rejection does not mean the absence of national courts control of the arbitration hearings where the decisions to fulfillment are taken, as well as does not mean their responsibility for such control. With it the governments are quite prudent regulating the question of causes for the arbitral decisions cancellation [17].

There is an opinion in literature considering the fair proceeding guarantees for constitutional order of European countries the last one should be in full measure used for cases settled in arbitration and according to social interests. Referring to this there are two moments. Firstly, the government regulates the arbitration and thus is responsible for protection guarantees implementation of social interests. Secondly, the *drittwirkung* conception or the horizontal effect of Court implementation should have the binding effect for private sides [18, 47]. From our point of view taking into account that volunteer arbitration is the variety of ADR, its “formalization” will result the distortion of essence and decreasing the quantitative and qualitative effectiveness. Nevertheless the Government in person of State Courts should have the possibility to control such authorities activity on one party request, though such kind of control should be measured precisely by volunteer arbitration agreement checking which can result the person rejection of his right to court access and all the basic both parties agreements observance about the dispute settlement order. Taking into account the fact that courts while hearing the cases should follow the art. 6 (1) ECHR this way are given the possibility to influence the arbitration decisions

“feasibility”, the last ones activity should be included in the civil procedure definition though their activity is not always obliged to fair trial imperative requirements.

In the context of investigated question we should mark in process of art.6 (1) ECHR implementation, the concept of the “right to court” was formed, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect. However, that right would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that art. 6 (1) ECHR should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe art. 6 (1) ECHR as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the ECHR. Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the “trial” for the purposes of art. 6 (1) [19]. To our mind, this creates all the grounds for the activities of bodies involved in the execution of judicial decisions, also referred to the civil process. It is a logical continuation of the judicial review, leads to the achievement of the purpose for which the person applied to a court or other jurisdictional body, and therefore must be carried out in an equitable manner. According to art.1 of the Law of Ukraine “On the bodies and persons who execute the enforcement of court decisions and decisions of other bodies” from 02.06.2016 № 1403-VIII compulsory enforcement of judgments and decisions of other bodies (officials) is vested in state executive bodies and private executors.

In our opinion from the institutional point of view civil procedure should involve the judicial activity of courts directly integrated into the Judicial System of Ukraine, other jurisdictional bodies as well as enforcement bodies.

Structural-functional characteristics of civil procedure from the perspective of the right to a fair trial. According to general rules in the science of civil procedural law the civil procedure equated in most cases to civil justice is differentiated to proceedings and stages. The most common is the point of view that in national legal system of Ukraine there exist three court proceedings (ordinary proceeding, writ (order) proceeding and special proceeding). As to quantity of stages the scientists’ opinions are different depending on whether all the actions that are carried out in the court of first instance are included in one stage and whether the execution of judgment is included in the civil procedure. Despite the national legislation norms, as the civil proceeding law science has different interpretation of some clauses, to our mind the structural-functional characteristics of civil procedure should be done from the perspective of the right to a fair trial.

The Court in definition whether the fair trial guarantees should be followed during this or that procedure repels on the presence or absence the dispute about right. Thus the given category should not be understood too technically, i.e. it should be understood in essence, not in formal meaning. The use of the French word

“contestation” implies the existence of disagreements between two counteracting parties [20] which can be as two private individuals, as well as one private individual and State [21]. They can not be settled in measures non-confrontational one side procedure available in case of dispute over right absence [22]. The existence of the last mentioned confirm different points of view and are presented by sides on the same question [23]. Figuring out its reality we should “look out the measures of visibility and language” that is used in norm of rights formation and to focus on the real situation depending on the concrete case circumstances [24]. Therefore, all the procedures in art.6 (1) of ECHR and Court practice are divided to disputable and undisputable. The first ones are those opened in court for the primary dispute settlement as well as those being the consequence of tryout to settle them out of court, i.e. when court is plays the “control court role” checking the legacy other juridical authorities activity, as arbitrations. Conversely undisputable ones, in general rules, are not in the sphere of art.6 (1) ECHR regulation. Though you can find cases when Court checked the following separate components of the to a fair trial as well checked in order [25] and special proceedings [26]. In contrast with disputable proceedings these guarantees following in these cases was done for the procedures after the primary question was settled that took place in measures of one side non-conflict order, i.e. disagreements between parties involved were the results of court decision or appeared after certain period of time expired, though were directly connected with it, in other words, Court recognizes the procedure conversion and variability of some range of requirements implementation art.6 (1) ECHR.

Above mentioned (disputable and undisputable) procedures, in measures of which the case proceeding is made, are defined as basic and other “preparative” procedures are opposed to them [27, 197]. The last mentioned, in general rules, are not investigated as “decisive” the civil rights and obligations disputes and consequently they are not obliged to follow the rules of art. 6 (1) ECHR [28], though this rule derogation only if these ensuring ways are considered to be effectively defining the civil right or obligation that are investigated in basic process, regardless of their duration for example the preliminary decision [29]. Therefore Court differentiate procedures according to their final direction to solve substantive or procedural questions depending on which, as it was mentioned, definition the volume of rights guarantees for fair trial proceeding that should be implemented to them.

Despite that art.6 (1) ECHR does not guarantee a right of appeal, nevertheless, the Court comes out that a Contracting State which sets up an appeal system is required to ensure that persons within its jurisdiction enjoy before appellate the fundamental guarantees in art. 6 (1). However, the manner of application of art. 6 (1) to proceedings before such courts depends on the special features of the proceedings involved; account must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein [30]. In other words, Court recognizes the necessity of following the right to a fair trial not only in first instance courts as well as in courts of appeal and cassation. However, he

allows for the establishment of restrictions both in the exercise of the right of access to the court, and in the future during the consideration of cases, i.e. gives a certain degree of restrictive interpretation of certain provisions of art. 6 (1) ECHR. The mentioned practice takes place during extraordinary appeals [31] and re-considered on the basis of newly-discovered circumstances [32].

Separately should be noticed that Court uses above mentioned norm to the procedures that take place after court judgment taking hence dividing jurisdictional activity and decisions enforcement activity. As we mentioned, the last one is considered an integrated part of “trial”. Meanwhile regardless of art.6.(1) ECHR implementation the executive document of primary review about civil rights and obligations determination should be given in dispute measures that are stated in norms of mentioned article [33].

Based on the above mentioned, to our mind, all the procedures that in this or that measures relate to civil procedure can be divided in two groups. First, we can say about so called disputable orders assigned for settlement of civil rights and obligations disputes. They should correspond fair trial right guarantees, though their essential and quantitative part can differ depending on functions made by this or that authority (essential case proceeding, court decision review, jurisdictional body decision execution). Secondly, “conditionally” disputable, i.e. those, in general rules, targeted for undisputable questions proceeding though the possibility of their transformation into disputable is presumed that can result the necessity to art.6 (1) ECHR requirements following but they can have latent nature during later phase where there appear their disputableness checking necessity or disagreements between two interested parties. Thirdly, undisputable, which are aimed to resolve precisely procedural questions order of which should not follow ECHR regulations and Court control. The last ones, in general rules, always belong to disputable or “conditionally” disputable orders, though they have autonomous character, i.e. in most of cases if parties have initiative and consider it necessary. Their integration can be different, i.e. they either precede judicial review, or occur simultaneously with it, pursuing as own goals as well as being aimed to common judicial review goals.

The above mentioned statements’ interpretation in the context of national traditions, i.e. provisions of the current procedural legislation and civil procedural law doctrine, gives the opportunity to say that the procedures differentiation by Court divides civil process to proceedings, i.e. specific constructions, morphological models of civil proceeding that reflect subject features of civil procedure from the point of view for substantive nature of proceeded cases, and special character of facts proving as juridical and factual base of cases and the cases proceeding results that take place in procedural documents and certificates [34, 83]. It should be made either by subject criteria or by functional criteria. According to the first one and depending on the activity objects, all the proceedings should be divided in disputable in measures of which the dispute of right is settled, and “conditionally” disputable. Disputable ones should be considered ordinary proceedings and proceedings of arbitral courts challenge, executive papers issuing for arbitral courts decisions enforcement, inter-

national commercial arbitration decisions challenging as well as recognition and authorization to implementation of international commercial arbitration, foreign court. Despite the last one, in general rules, is not recognized as separate proceeding on national level, though its extraction should be done considering the ECHR regulations where the “dispute of the right” exists in cases where court is the control body about arbitrations preliminary activity. “Conditionally” disputable as it is in art.19 CPL of Ukraine there exists special and writ (order) proceedings where the court activity subject is either the confirmed existence of some property right by complainant that should be renewed by debtor, or establishment of existence or absence of certain legal facts and states, undisputable rights aiming to further implementation of subjective rights by interested applicants. Thus, to our mind, undisputable orders should not be classified as proceedings as they do not reflect the substantive character of rights, that is why they can be specified as procedural actions combination aimed to solve precisely procedural questions, i.e. law-enforcement procedures. In its turn the proceedings can be divided by functional criteria to: proceedings about examination of a case on its merits, appeal proceedings, cassation proceeding, proceedings about re-considered on the basis of newly-discovered or exceptional circumstances, and enforcement proceedings.

As we mentioned above, in the science of civil procedural law the civil proceedings are divided in stages that reflect its time measures and are determined as procedural actions combination aimed to immediate goal achievement. However Court practice analysis confirms that the last one doesn't separate any peculiarities of implementation of art.6 (1) ECHR according to time of this or that procedural action review, i.e. the case proceeding is not divided in some “conditionally autonomous” stages. The following to fair trial right guarantees is checked before the whole proceeding and resolving of civil cases from the moment of action started and to its ending. At the same time, the review of the case by the appeals court or the court of cassation, the execution of court decisions, which are often characterized as stages, are considered as independent procedures, and not as proceedings in the court of first instance. Regarding this, to our mind, we could join the thought that phasing should be seen from the position of general logical characteristic of procedural actions and from the position of functional expression of the whole procedural activity. In the structure of the civil process it is advisable to see both the logical and functional stages. The stages of logical character makes the organic unity of factual circumstances setting of civil case, choice and analysis of norms of rights that can be used and making court acts about norms of procedural and substantive rights. They have place in any human rights activity regardless whether it is aimed to procedural question settlement or substantive right by essence. In its turn, the stages of functional character can be in the measures of concrete proceedings and characterize the algorithm of procedural activity not as one-act behavior of procedure subjects but as generalized combination their procedural actions in complex, aimed to make the civil case, its preparation for court proceeding, court proceeding and decision making [34, 86–87].

Besides the above mentioned, to our mind during the civil procedure structural-functional characterization we should consider that on the level of national legislature the court activity is defined as “proceeding” (part 4 art. 29 Constitution of Ukraine, part.1.art. 5. Law of Ukraine “On the Judicial System and Status of Judges” from 02.06.2016 . № 1402-VII), though this category is not applied to other subjects which can be estimated as “tribunal, established by law” according to the Court. Hence under civil procedure we should understand the system of proceedings, human rights procedures and stages of logical and functional character that in their combination provide civil rights and freedoms protection. Procedures are aimed to examination of a case on its merits and depending on the body are differentiated to court ones which are ordinary, writ (order) and special and proceedings about arbitration decisions challenging on executive papers issuing about enforced implementation of these decisions, international commercial arbitration decisions challenging, foreign court; and non-judicial where other authorities case proceeding belongs and enforcement proceedings. Wherein they occur following the stages of logical and functional orders, while law-enforcement procedures –only logically.

Substantial characteristic of the “civil rights and obligations” and civil procedure. As it is mentioned in art.6 (1) ECHR and Court practice the right to a fair trial should be provided during the disputes settlement about civil rights and obligations. Wherein their legal qualification depends not only on their categorization in the domestic legislation, but on their substantive content and consequences connected with it [14, 89]. With this, its application to private individuals that are defined in domestic legislation is undisputable for Court [35]. At the same time it covers the other cases solving the questions about rights sphere of regulation of which is public law, though consequences of which are decisive for private individuals’ rights and obligations [36].

Without going to detail analysis of cases that can or can not be regulated by art. 6 (1) ECHR, as it was repeated in literature, we should state that as in civil proceeding order of Ukraine are proceeded cases arising from civil, land, labor, family, housing and other legal relationships (part 1 art. 19 CPC) and in the economy order – disputes arising in connection with the implementation of economic activities, and other cases in cases authorized by law (art.20 EPC), which at the level of national legislation are interpreted as private law, it is indisputable that both proceedings are included in the civil procedure. At the same time we can not make such a certain conclusion about cases that are solved in the administrative procedure order. It is seen that the problem of guarantee following of the right to a fair trial can be raised during dispute hearing of person or corporate entity with subject of power authority about his decision challenge, actions or inaction, except tax ones; disputes about taking citizens to public service, its servicing itself, public service firing; person and corporate entity disputes with public information officer about his decisions challenge, actions and inactions in part of access to public information; disputes about property taking away or enforced alienation of property for social needs or by motives of social necessity; disputes of person or corporate

entity about decisions challenge, action or inaction of client in legal relations that appeared on the base of law of Ukraine “About peculiarities of purchasing of goods, works and services for providing the defense needs” (point 1, 2, 7, 8, 11, part. 1 art. 19 KAP) as the proceeding consequences can directly influence the private rights and obligations of person and corporate entity.

As a result, despite the existence of three procedural codes in Ukraine which, despite the effort of procedural regimes unification differently regulate separate aspects of cases proceeding and solving which are related to jurisdiction of general, economic and administrative courts, civil, economic and administrative proceedings should be included to a single civil procedure and, accordingly, be carried out in compliance with the right of fair trial

Fair trial basic regulations. It is well known that Court using the autonomous clarification of art.6 (1) ECHR, gradually formulated the complex of guarantees that provide the right of fair trial that can be defined as the fundamental principles of fair trial. With this despite the fact that their list is quite established their substantive content is constantly “enriched” because in the Court proceedings and hearings there appear new aspects of already formed requirements and consequently new additional requirements are formed. In this connection in measures of this work we consider it necessary to mark only in general features the basic components that should be followed by all subjects of civil procedure as without them the model characterization would not be complete [34, 107–110].

Firstly, the access to jurisdictional and enforcement bodies should not be burdened by excessive legal or economic obstacles. It is applicable in case where legal restrictions of the right of court protection (certain categories of cases excluding from judicial jurisdiction, certain circle of people restriction to appeal to court directly, etc) are made with strict following proportionality principle. The person should have not only the right to start the court proceeding and the right of taking court dispute “settlement”. The size of court costs that are paid by appealing to court should be reasonable, i.e. more or less correlating the right that is protected, or there should exist and effectively apply the procedural mechanisms of gravity of payment “relief”. Besides, the government should provide the legal aid to person, who needs it, including free aid if the representative participation in case is obligatory, or foresee the claimant the other ways of real ensuring the right of his dispute solving in court order.

Secondly, the case hearing should occur in compliance with due (fair) judicial process. It provides, first of all, that person can be properly informed about time and place of case hearing and the person can be given the opportunity to take part in court hearing. With this court can take into consideration only the evidences received legally and due to civil case hearing should take motivated court decision. The case hearing should occur with following such principles as adversarial and parties’ procedural equity. Legislator and other bodies of State power should not interfere in hearing process, even in the way of releasing one party from its obligations fulfillment or civil liability without other party agreement. Besides,

the principle of legal certainty should be followed according to which the court decisions, that gained legal strength are out of question and should be done in order stated current national legislation.

Thirdly, the hearing should be public that means the court hearings should be conducted in open regime where not only parties and their representatives but all willing are allowed. It will be the following if it occurs orally then parties change oral judgments, remarks, give oral explanations about reasons of their appealing for protection of their violated, unrecognized or disputable rights, freedoms or interests. Court decision should always be pronounced publicly. With it the same validity has the variant of whole written court decision handing to court registry where everybody can review it or its placement in Internet.

Fourthly, there should be reasonable time of trial that starts from the moment of appealing to court though as it was mentioned it can be counted earlier and ends with court judgment enforcement. Such term evaluation is made considering: complexity of the matter, complainant behavior, government authorities behavior, complainant importance of question that is in court proceeding and special state of person.

Fifthly, the jurisdictional body should be independent, unbiased and established by law. The last one demands to be consolidated within the national legislation the basis for such subject existence which can not go out of his competence measures during the case hearing and decision taking, i.e. should act in measures of subject-matter, subjective, instance and territorial jurisdiction. Besides, this body membership should be assigned in accordance to the established order.

Sixthly, enforcement of decisions of jurisdictional bodies should be carried out without undue delays.

Conclusions. Civil procedure is considered to be the order for resolving civil cases according to the fundamental principles of fair trial, which is taken by courts in civil, economic and in certain occasions, administrative proceedings as well as, jurisdictional bodies and execution of court decisions by bailiffs and other authorities which make an execution of court judgments and decision of other authorities. This order is internally structured and cover both disputable and “conditionally” disputable proceedings, law-enforcement procedures, as well as stages of logical and functional character.

Список літератури:

1. Комаров В. В. Цивільне процесуальне право: проблеми методології науки, диференціації та уніфікації судових процедур. *Право України*. 2012. № 1–2. С. 154–173.
2. Jolowicz J.A. Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge. 2003. Vol. 52. P. 281–296.
3. Луспенник Д. Роль суду в цивільному змагальному процесі. *Юридичний журнал*. 2004. № 5. С. 116–120.
4. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Харків : Право, 2010. 256 с.
5. Зедер Н. Б. Предмет и система советского гражданского процессуального права. *Правоведение*. 1962. № 3. С. 69–82.

6. Штефан М. Й. Цивільний процес : підручник. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. 696 с.
7. Комаров В. В. Вчення про предмет цивільного процесуального права. *Право України*. 2017. № 5. С. 102–110.
8. Cappelletti M. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review*. 1993. May. P. 282–296.
9. Sander F. Varieties of Dispute Processing. *The Pound Conference: Perspectives of Justice in the Future*. Minnesota: West Publ. Co, 1979. P. 65–87.
10. Andrews N. The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England. Netherlands: Springer, 2012. 298 p.
11. Lin Andrian Court-Connected Mediation in Danish Civil Justice: A Happy Marriage of a Strained Relationship *The Future of Civil Litigation. Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries* ed. by Lauro Evro and Anna Nylund. Switzerland : Springer International Publishing. 2014. P. 157–184.
12. Цувіна Т.А. Право на суд у цивільному судочинстві : монографія. Харків : Слово. 2015. 281 с.
13. *Albert and Le Compte v. Belgium*, no. 7299/75, 7496/76. 10 February 1983. § 29. Series A no. 58.
14. *König v. Germany*, no. 6232/73, 28 June 1978, § 98, Series A no. 27.
15. *Bramelid and Malmstrom v. Sweden*, no. 8588/79, 8589/79, 12 October 1982, § 30. DR 29.
16. *Pastore v. Italy* (dec.), no. 46483/99, 25 May 1999.
17. *Osmo Suovaniemi and Others v. Finland* (dec.), no. 31737/96, 23 February 1999.
18. Мармазов В., Пушкар П. Чи існує право на справедливий арбітражний розгляд справ, гарантований Європейською конвенцією з прав людини? *Право України*. 2011. № 1. С. 37–49.
19. *Hornsby v. Greece*, no. 18357/91, 19 March 1997, § 40, ECHR 1997-II.
20. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, no. 6878/75; 7238/75, 23 June 1981, § 45, Series A no. 43.
21. *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, 16 July 1971, § 94, Series A no. 13.
22. *Alaverdyan v. Armenia* (dec.), no. 4523/04, 24 August 2010, § 35.
23. *Procola v. Luxembourg*, no. 14570/89, 28 September 1995, § 37, Series A no. 326.
24. *Van Droogenbroeck v. Belgium*, no. 7906/77, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50.
25. *Cruz de Carvalho c. Portugal*, no. 18223/04, 10 Juillet 2007, § 21–27.
26. *Nataliya Mikhaleenko v. Ukraine*, no. 49069/11, 30 May 2013, § 33-40.
27. Richard Clayton, Hugh Tomlison *Fair Trial Rights*. Oxford: University Press, 2010. 2nd ed. 320 p.
28. *Libert c. la Belgique* (dec.), no. 44734/988, Juillet 2004.
29. *Micallef v. Malta* [GB], no. 17056/06, 15 October 2009, § 83-86, ECHR 2009.
30. *Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom*, no. 18139/91, 30 July 1995, § 59, Series A. no. 316-B.
31. *Bochan v. Ukraine* (no.2), no. 22251/08, 5 February 2015, § 46, ECHR 2015.
32. *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, 18 November 2004, § 27-34.
33. *Buj v. Croatia*, no. 24661/02, 1 June 2006, § 19.
34. Цивільне судочинство України: основні засади та інститути : монографія / В. В. Комаров, К. В. Гусаров, Н. Ю. Сакара та ін.; за ред. В. В. Комарова. Харків : Право, 2016. 848 с.
35. *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, 9 October 1979, § 21, Series A no. 32.
36. *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, 16 July 1971, § 94, Series A no. 13.

References:

1. Komarov, V.V. (2012). Tsyvilne protsesualne pravo: problemy metodolohii nauky, dyferentsiatsii ta unifikatsii sudovykh protsedur. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 1–2, 154–173* [in Ukrainian].
2. Jolowicz, J.A. (2003). Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*. vol. 52, 281–296.
3. Luspennyk, D. (2004). Rol sudu v tsyvilnomu zmahalnomu protsesi. *Yurydychnyi zhurnal – Legal journal, 5, 116–120* [in Ukrainian].

4. Sakara, N.Yu. (2010). Problema dostupnosti pravosuddia u tsyvilnykh spravakh. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Zeder, N.B. (1962). Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo processual'nogo prava. *Pravovedenie – Jurisprudence*, 3, 69–82 [In Russian].
6. Shtefan, M.Y. (2001). Tsyvilnyi protses. Kyiv: Vydavnychi Dim «In Yure» [in Ukrainian].
7. Komarov, V.V. (2017). Vchennia pro predmet tsyvilnoho protsesualnoho prava. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 5, 102–110 [in Ukrainian].
8. Cappelletti, M. (1993). Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review*, May, 282–296.
9. Sander, F. (1979). Varieties of Dispute Processing. *The Pound Conference: Perspectives of Justice in the Future*. Minnesota: West Publ. Co, 65–87.
10. Andrews, N. (2012). The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England. Netherlands: Springer.
11. Lin Andrian (2014). Court-Connected Mediation in Danish Civil Justice: A Happy Marriage of a Strained Relationship *The Future of Civil Litigation. Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries* Lauro Evro and Anna Nylund (Ed.). Switzerland: Springer International Publishing, 157–184.
12. Tsvina, T.A. (2015). Pravo na sud u tsyvilnomu sudochynstvi. Kharkiv: Slovo [in Ukrainian].
13. *Albert and Le Compte v. Belgium*, no. 7299/75, 7496/76. 10 February 1983. § 29. Series A no. 58.
14. *König v. Germany*, no. 6232/73, 28 June 1978, § 98, Series A no. 27.
15. *Bramelid and Malmstrom v. Sweden*, no. 8588/79, 8589/79, 12 October 1982, § 30. DR 29.
16. *Pastore v. Italy* (dec.), no. 46483/99, 25 May 1999.
17. *Osmo Suovaniemi and Others v. Finland* (dec.), no. 31737/96, 23 February 1999.
18. Marmazov, V., Pushkar, P. (2011). Chy isnuie pravo na spravedlyvyi arbitrazhnyi rozghliad sprav, harantovanyi yevropeiskoiu konventsiiu z prav liudyny? *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 1, 37–49 [In Ukrainian].
19. *Hornsby v. Greece*, no. 18357/91, 19 March 1997, § 40, EECHR 1997-II.
20. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, no. 6878/75; 7238/75, 23 June 1981, § 45, Series A no. 43.
21. *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, 16 July 1971, § 94, Series A no. 13.
22. *Alaverdyan v. Armenia* (dec.), no. 4523/04, 24 August 2010, § 35.
23. *Procola v. Luxembourg*, no. 14570/89, 28 September 1995, § 37, Series A no. 326.
24. *Van Droogenbroeck v. Belgium*, no. 7906/77, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50.
25. *Cruz de Carvalho c. Portugal*, no. 18223/04, 10 Juillet 2007, § 21-27.
26. *Nataliya Mikhalenko v. Ukraine*, no. 49069/11, 30 May 2013, § 33-40.
27. Richard Clayton, Hugh Tomlison (2010). Fair Trial Rights. Oxford: University Press.
28. *Libert c. la Belgique* (dec.), no. 44734/988, Juillet 2004.
29. *Micallef v. Malta* [GB], no. 17056/06, 15 October 2009, § 83-86, ECHR 2009.
30. *Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom*, no. 18139/91, 30 July 1995, § 59, Series A. no. 316-B.
31. *Bochan v. Ukraine* (no. 2), no. 22251/08, 5 February 2015, § 46, ECHR 2015.
32. *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, 18 November 2004, § 27–34.
33. *Buj v. Croatia*, no. 24661/02, 1 June 2006, § 19.
34. Tsyvilne sudochynstvo Ukrainy: osnovni zasady ta instytuty. V.V. Komarov, K.V. Husarov, N.Yu. Sakara et al., V.V. Komarov (Ed.). (2016). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
35. *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, 9 October 1979, § 21, Series A no. 32.
36. *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, 16 July 1971, § 94, Series A no. 13.

Сакара Н. Ю., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail : Sakaranatasha@gmail.com ; ORCID 0000-0001-8501-3756

Право на справедливий судовий розгляд та сучасна модель цивільного процесу

Зроблено спробу відступити від усталеного підходу щодо характеристики сучасної моделі цивільного процесу суто з точки зору змагальних засад та запровадити новий, в основу якого покладені вимоги п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і рішення Європейського суду з прав людини щодо змісту та сфери поширення права на справедливий судовий розгляд. Наведене дозволило провести комплексне дослідження та проаналізувати інституційні, структурно-функціональні, предметні та процедурні особливості такої моделі.

Інституційно цивільний процес має включати як діяльність судів, безпосередньо інтегрованих у судову систему України, так і інших юрисдикційних органів, а також органів примусового виконання. Даний порядок внутрішньо структурований та охоплює як спірні, так і «умовно» спірні провадження та правозастосовні процедури, а також стадії логічного та функціонального характеру. При цьому, незважаючи на наявність в Україні трьох процесуальних кодексів, цивільне, господарське та адміністративне судочинство мають включатися до складу єдиного цивільного процесу й, відповідно, здійснюватися з дотриманням основоположних засад справедливого розгляду. Останні передбачають, по-перше, що доступ до юрисдикційних органів та органів примусового виконання не повинен обтяжуватися надмірними юридичними та економічними перешкодами. По-друге, розгляд справ має відбуватися з дотриманням належної (справедливої) судової процедури. По-третє, він повинен бути публічним. По-четверте, мають дотримуватися розумні строки розгляду та виконання. По-п'яте, юрисдикційний орган повинен бути незалежним, неупередженим і встановленим законом. По-шосте, виконання рішень юрисдикційних органів має здійснюватися без надмірних зволікань.

Як наслідок, під цивільним процесом запропоновано розуміти порядок розгляду та вирішення цивільних справ з дотриманням основоположних засад справедливого судового розгляду, що здійснюється судами в порядку цивільного, господарського та, за певними винятками, адміністративного судочинства, юрисдикційними органами, а також виконання судових рішень органами та особами, що здійснюють примусове виконання судових рішень та рішень інших органів.

Ключові слова: модель цивільного процесу; «суд» та «право на суд» в практиці ЄСПЛ; провадження цивільного процесу та правозастосовні процедури; цивільні права та обов'язки; основоположні засади справедливого судового розгляду.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Цувіна Тетяна Андріївна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного процесу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: tsuvinat@gmail.com
ORCID 0000-0002-5351-1475

doi: 10.21564/2414–990x.141.131081
УДК 347.932

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У КОНТЕКСТІ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД

Досліджено виконання судових рішень у контексті права на справедливий судовий розгляд, гарантованого п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Особлива увага приділена аналізу пілотного рішення «Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine» та рішення «Virtusch v. Ukraine», в яких ЄСПЛ визнає існування на рівні національного правопорядку системної проблеми невиконання судових рішень, боржником за якими є держава або державні підприємства. У статті обстоюється позиція, відповідно до якої національне законодавство України потребує подальших змін для забезпечення виконання своїх міжнародних зобов'язань, якими має стати введення на національному рівні комплексного ефективного засобу правового захисту права на судовий розгляд та виконання судового рішення в розумний строк відповідно до вимог ст. 13 ЄКПЛ.

Ключові слова: право на справедливий судовий розгляд; виконання судових рішень; виконавче провадження; розумні строки судового розгляду; ефективні засоби правового захисту.

Цувіна Т. А., кандидат юридических наук, асистент кафедри громадянського процесу, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail : tsuvinat@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5351-1475

Исполнение судебных решений в контексте права на справедливое судебное разбирательство

Статья посвящена исследованию исполнения судебных решений в контексте права на справедливое судебное разбирательство, гарантированное п. 1 ст. 6 ЕКПЧ. Особенное внимание уделяется анализу пилотного решения «Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine» и решения «Virtusch v. Ukraine», в которых ЕСПЧ констатирует наличие на уровне национального правопорядка системной проблемы неисполнения судебных решений, должником по которым является государство либо государственные предприятия. В статье обосновывается позиция, согласно которой национальное законодательство Украины нуждается в дальнейших изменениях для обеспечения исполнения своих международных обязательств, в частности, целесообразным является введение на национальном уровне комплексного эффективного средства правовой защиты права на справедливое судебное разбирательство и исполнения судебного решения в разумный срок согласно ст. 13 ЕКПЧ.

Ключевые слова: право на справедливое судебное разбирательство; исполнение судебных решений; исполнительное производство; разумные сроки судебного разбирательства; эффективные средства защиты.

Постановка проблеми. Конституційна реформа у сфері правосуддя в Україні мала своїм наслідком не лише зміну системи судоустрою та оновлення процесуального законодавства, однак торкнулася і такої суміжної сфери, як виконання судових рішень та рішень інших органів. Передусім звертає на себе увагу конституційне гарантування вимоги виконання судових рішень, адже відповідно до ст. 129¹ Конституції України судові рішення визнається обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку. Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд. Зазначені конституційні положення знаходять своє віддзеркалення і на рівні галузевого законодавства. Так, згідно зі ст. 18 Цивільного процесуального кодексу України судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами. Невиконання судового рішення є підставою для відповідальності, встановленої законом. Нарешті, одночасно із прийняттям змін до Конституції України було ухвалено два закони, які безпосередньо стосуються регулювання інституту примусового виконання судових рішень: «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» та «Про виконавче провадження», що відбивають нові організаційно-функціональні та процедурні засади регулювання зазначеного сегменту юридичної практики.

Безперечно, пріоритетним напрямком конституційної реформи у сфері правосуддя та реформування сфери судочинства і суміжних інститутів в Україні вважається гармонізація національного законодавства до європейських стандартів справедливого судочинства. Ключовим з цієї точки зору є п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ), відповідно до якого кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру. Вказане положення отримало назву «право на справедливий судовий розгляд» як невід'ємне право людини, що органічно пов'язане із міжнародно-правовим принципом верховенства права та є його частиною. Невід'ємною складовою права на справедливий судовий розгляд, що була виведена у практиці Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ) з питань застосування та тлумачення зазначеної статті, є вимога обов'язковості виконання судових рішень, тобто гарантія їх примусового виконання.

Здавалося б, суцільне удосконалення законодавства, спрямоване на приведення національних стандартів процесуального законодавства у відповідність

до міжнародних стандартів, мало б значно підвищити ефективність виконавчого провадження, проте статистичні дані свідчать про наявність системних проблем у цій сфері. Так, у 2016 р. Україна посіла перше місце за кількістю скарг, поданих до ЄСПЛ, що склали 22,8 % від загальної кількості скарг, поданих до ЄСПЛ, а також четверте місце (після Російської Федерації, Турції та Румунії) за кількістю ухвалених проти неї рішень (73 рішення, що становить 7,35 % від усіх ухвалених у 2016 р. рішень) [20, с. 3–4]. Станом на 31.10.2017 р. проти України було подано 6950 скарг, що становить 10,8 % від усіх поданих скарг до ЄСПЛ [17]. Загалом за весь період дії ЄКПЛ до 2017 р. проти України ЄСПЛ було розглянуто 67101 скарг [16, с. 5], принаймні 29000 з яких стосувалися саме системних недоліків у сфері виконання судових рішень [5, § 44].

Актуальність теми. Ще у 2009 р. ЄСПЛ ухвалив пілотне рішення у справі «*Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine*», де невиконання судових рішень визнавалося системною проблемою національного правопорядку та були надані рекомендації щодо запровадження ефективних засобів правового захисту права на розгляд справ та виконання судових рішень в розумний строк. Незважаючи на вказане рішення ЄСПЛ та тривалий час, що минув після його ухвалення, в Україні і досі не введено відповідних механізмів захисту зазначеного права. Таке зволікання та нескінченна кількість аналогічних скарг, поданих вже після пілотного рішення, змусили ЄСПЛ вжити кардинальних заходів, наслідком чого стало ухвалення рішення у справі «*Burmych and Others v. Ukraine*», що є унікальним, адже в ньому ЄСПЛ змінив свою практику та вперше без дослідження фактичних обставин приєднав до п'ятох скарг заявників ще 12143 скарги щодо порушення надмірної тривалості невиконання судових рішень, визнавши їх частиною попереднього пілотного рішення та передавши зазначені справи до Комітету Міністрів Ради Європи (надалі – КМРЕ) для отримання заявниками справедливої сатисфакції.

Вищезазначене свідчить про те, що фактично здійснені лише часткові кроки на шляху до гармонізації національного законодавства із міжнародними стандартами у цій сфері з метою забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд, і вітчизняне законодавство потребує подальших змін. Цими обставинами обґрунтовується актуальність дослідження реформи виконавчого провадження в Україні саме через призму права на справедливий судовий розгляд, що закріплене у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, та подальшої його інтерпретації у практиці ЄСПЛ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню дослідження виконавчого провадження як частини судового розгляду та його стандартів в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ були присвячені праці вітчизняних та зарубіжних вчених, на особливу увагу серед яких заслуговують роботи В. В. Комарова (V. V. Komarov), М. Куїджера (M. Kuijjer), Н. Ю. Сакари (N. Yu. Sakara), Л. Г. Талана (L. H. Talan), А. Узелача (A. Uzelac), С. О. Якимчук (S. O. Yakymchuk) та ін. Поряд з цим, зазначена проблематика набуває нової актуальності з огляду на останню практику ЄСПЛ щодо України з окресленого питання, що ще не була предметом наукового дослідження.

Виклад основного матеріалу. Виконання судового рішення як елемент права на справедливий судовий розгляд текстуально не передбачене у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, проте завдяки еволюційному тлумаченню зазначеної статті у практиці ЄСПЛ з часом почало визнаватися невід'ємною гарантією цього права. Вперше зазначене положення знайшло своє обґрунтування у рішенні у справі «*Hornsby v. Greece*», в якій ЄСПЛ зауважив, що відповідно до його усталеної прецедентної практики п. 1 ст. 6 ЄКПЛ гарантує кожному право на звернення до суду або арбітражу з позовом щодо його цивільних прав та обов'язків. Таким чином, зазначена стаття проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ до суду, тобто право на порушення перед судом провадження щодо цивільно-правових питань. Однак це право було б ілюзорним, якщо б правова система держави дозволяла, щоб остаточне та обов'язкове рішення суду залишалося невиконаним на шкоду одній зі сторін. Складно собі уявити, щоб ст. 6 ЄКПЛ, докладно описуючи процесуальні гарантії, які надаються сторонам у спорі, – справедливий, публічний та швидкий розгляд – водночас залишила б виконання судових рішень без захисту. Тлумачення ст. 6 ЄКПЛ як такої, що присвячена виключно праву на доступ до суду та проведенню справедливого судового розгляду, могло б призвести до наслідків, несумісних з принципом верховенства права, обов'язок дотримуватися якого Високі Договірні Сторони взяли на себе, ратифікувавши ЄКПЛ. Виконання рішень, ухвалених будь-яким судом, слід розглядати як невід'ємну частину «судового розгляду» для цілей ст. 6 ЄКПЛ [10, § 40].

Варто зазначити, що практика ЄСПЛ щодо проблематики виконання судових рішень у контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ є доволі чисельною і дозволяє простежити іманентні зв'язки між вимогою обов'язкового виконання судових рішень та іншими гарантіями права на справедливий судовий розгляд. Так, ЄСПЛ зазначає, що ефективний доступ до суду включає також право на виконання судових рішень без неналежних затримок. У справі «*Immobiliare Saffi v. Italy*» ЄСПЛ визнав невиконання протягом одинадцяти років судового рішення національного суду про розірвання договору оренди та виселення орендаря порушенням не лише вимоги розумності строків судового розгляду, а й права на доступ до суду [11, § 66].

Позаяк виконавче провадження становить собою частину судового розгляду, ЄСПЛ вважає, що право на суд захищає не лише доступ до суду першої інстанції й апеляційних судів для визначення цивільних прав та обов'язків, однак і захист права на доступ до виконавчого провадження, що є правом на ініціювання виконавчого провадження [2, § 56]. Наприклад, у своїй практиці ЄСПЛ зауважує, що надмірний розмір судових витрат може становити собою порушення права на доступ до суду. Аналогічний підхід застосовується і до виконавчого провадження. У справі «*Apostol v. Georgia*» ЄСПЛ визнав порушення права на доступ до суду через те, що на стягувача було покладено обов'язок сплатити надмірно великий розмір авансового внеску виконавчого провадження. У зазначеній справі ЄСПЛ зазначив, що переклавши на стягувача відповідаль-

ність за фінансове забезпечення організації виконавчого провадження, держава намагалася уникнути свого позитивного обов'язку щодо ефективної організації системи виконавчого провадження як з правової, так і з практичної точки зору. Вимога державних органів з виконання судових рішень до стягувача авансувати попередні витрати виконавчого провадження у поєднанні із нехтуванням його фінансовим становищем покладає на нього надмірний тягар та позбавляє його права на доступ до суду, порушуючи саму суть цього права [2, § 56–65]. Отже, відсутність у законі гнучких норм щодо ефективного механізму розстрочення, відстрочення та звільнення від сплати авансового внеску становить собою загрозу з точки зору доступу до суду в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Поряд із цим, найтісніший зв'язок у практиці ЄСПЛ простежується між необхідністю виконання судових рішень та вимогою розумності строків судового розгляду у цивільних справах. Так, у справі «*Stadnyuk v. Ukraine*» ЄСПЛ зазначив, що судовий розгляд і виконавче провадження є відповідно першою й другою стадіями одного провадження, що має здійснюватися з дотриманням розумних строків судового розгляду [18, с. 21]. Відповідно до усталеної практики ЄСПЛ закінчення перебігу розумного строку судового розгляду завжди пов'язується із ухваленням остаточного рішення у справі та його виконанням [7, § 35]. Варто зауважити, що за статистичними даними ЄСПЛ за весь період його діяльності більше 40 % констатованих ним порушень стосувалися саме п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, зокрема щодо справедливості (17,35 %) або тривалості (21,34 %) провадження [Див.: 16, с. 3–6].

У справах, що стосувалися порушення розумних строків виконання судових рішень у цивільних справах, ЄСПЛ були сформульовані основні стандарти, що мають застосовуватися у виконавчому провадженні на рівні національних законодавств держав-учасниць ЄКПЛ. Зокрема, зазначається, що виконавче провадження за своєю природою має відбуватися оперативно [6, § 23], його тривалість, як і тривалість власне судового розгляду, має бути оцінена, виходячи з обставин конкретної справи та з урахуванням таких критеріїв, як: 1) складність справи, 2) поведінка заявника, 3) поведінка уповноважених органів, 4) важливість для заявника питання, що знаходиться на розгляді у суді [15, §110]. При цьому, оцінюючи розумність строку виконавчого провадження, ЄСПЛ бере до уваги встановлений національним законодавством строк виконавчого провадження, однак його недотримання автоматично не тягне за собою порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ [4, §67], адже затримка у виконанні судових рішень у певних випадках може бути виправдана за наявності особливих обставин. Однак у будь-якому разі така затримка не може бути такою, що порушує саму сутність цього права [12, § 27].

ЄСПЛ завжди наголошує на обов'язку держави забезпечити ефективність виконавчого провадження. Так, на думку ЄСПЛ, незалежно від того, чи є боржник приватною стороною чи державною установою, на державу покладаються обов'язок вжити всіх необхідних заходів для виконання судового рішення, як і забезпечити при цьому ефективну участь усього свого апарату [14, § 37], адже

система виконання судових рішень національного суду має бути ефективною як з правової, так і з практичної точки зору [8, §84]. Своє ж завдання при розгляді заяв ЄСПЛ вбачає у з'ясуванні того, чи були заходи, вжиті національними органами, адекватними та достатніми, оскільки, коли компетентні органи зобов'язані вживати заходів для виконання судового рішення і не виконують цього, або виконують їх неналежним чином, – їх інертність зобов'язує держави взяти відповідальність на себе за п. 1 ст. 6 ЄКПЛ [9, § 44].

Проте все ж таки існує певна відмінність між випадками, коли боржником у виконавчому провадженні є приватна фізична чи юридична особа, а також ситуаціями, де боржником виступає держава.

У першому випадку якщо судові рішення, що підлягає примусовому виконанню, ухвалені проти приватної сторони, держава, за загальним правилом, не повинна відповідати за борги приватних осіб, а її зобов'язання за п. 1 ст. 6 та ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ є обмеженими й полягають у наданні необхідної допомоги кредиторі при виконанні судових рішень на його користь, зокрема у виконавчому провадженні та процедурі банкрутства. Проте у певних випадках бездіяльність органів виконавчої служби може бути підставою для відповідальності держави. У такому разі завданням ЄСПЛ є з'ясування того, чи були вжиті державними органами заходи адекватними та достатніми та чи діяли вони старанно, щоб допомогти кредиторі у виконанні судового рішення [14, § 38].

Інший підхід має застосовуватися у справах, де особа отримує остаточне судове рішення проти держави. На думку ЄСПЛ, така особа не повинна розпочинати виконавче провадження за окремою процедурою, натомість сама держава має бути вчасно проінформованою про таке рішення і повинна мати можливість для вжиття всіх заходів на його виконання чи передачі його до іншого компетентного державного органу, відповідального за виконання. Зазначене має особливе значення у разі, коли з огляду на складність та можливе накладення процедур виконання і примусового виконання, заявник може мати обґрунтовані сумніви щодо того, який орган є відповідальним за виконання чи примусове виконання судового рішення. Втім, від позивача, позов якого було задоволено, можна вимагати вжиття певних процесуальних заходів задля отримання боргу за рішенням суду під час добровільного виконання рішення державою або під час застосування примусових заходів. Наприклад, органи влади можуть вимагати від заявника додаткових документів, зокрема інформацію про банківський рахунок для виконання чи пришвидшення виконання судового рішення. Проте вимога додаткових зусиль від стягувача не повинна виходити за межі того, що є винятково необхідним, та в жодному випадку не звільняє державні органи від їх обов'язку відповідно до ЄКПЛ вчасно вжити заходів за власною ініціативою на основі доступної їм інформації для виконання рішення проти держави [1, §§ 21–22]. Виходячи із зазначеного, ЄСПЛ вважає, що тягар забезпечення виконання судових рішень проти держави покладається передусім на державні органи і починається з дати, коли рішення стає обов'язковим та підлягає вико-

нанню. При цьому складність національної процедури виконання чи бюджетної системи держави не може звільнити від обов'язку згідно з ЄКПЛ гарантувати кожному право отримати виконання обов'язкового і такого, що підлягає примусовому виконанню, рішення суду протягом розумного строку. Також держава не може посилатися на відсутність коштів чи інших ресурсів як підставу для невиконання боргу, встановленого рішенням суду [4, § 70]. Аналогічний підхід має застосовуватися і для випадків, коли йдеться про виконання остаточних судових рішень, ухвалених проти організацій, що не користуються «достатньою інституціональною та операційною незалежністю від держави» [14, § 39].

Важливим для розуміння природи вимоги неухильного виконання судових рішень, що набули статусу остаточних, є розгляд ЄСПЛ зазначеної проблематики в контексті інших конвенційних прав. Так, відповідно до ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. У рішенні у справі «*Burdov v. Russia*» зазначається, що «вимога» може розумітися як «майно» у сенсі ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ у випадку, якщо достатньою мірою встановлено, що вона може бути юридично реалізована. У цій справі ЄСПЛ визнав, що рішення судів забезпечує заявника вимогами, які можуть бути юридично реалізовані, а не загальним правом на отримання допомоги з боку держави. Відповідно, неможливість заявника домогтися виконання вказаних судових рішень є порушенням його права на повагу власності, як воно викладене в першому реченні першого абзацу ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ [3, § 40].

Крім того, невиконання судового рішення може розглядатися і як порушення ст. 13 ЄКПЛ, що закріплює право на ефективні засоби правового захисту. Так, у справі «*Kudla v. Poland*» ЄСПЛ зазначив, що настав час для перегляду позиції, відповідно до якої порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ виключає можливість окремого дослідження питання стосовно порушення ст. 13 ЄКПЛ, адже виникає велика небезпека для верховенства права в національних правопорядках, якщо існують надмірні затримки у відправленні правосуддя, а сторона не має ефективних засобів правового захисту проти них [13, § 148]. Наразі ЄСПЛ констатує одночасне порушення п. 1 ст. 6 та ст. 13 ЄКПЛ, якщо було порушено право заявника на виконання судового рішення в розумний строк і водночас на національному рівні були відсутні ефективні засоби захисту цього права.

Невиконання судових рішень за окремими категоріями справ, наприклад, у справах про відібрання дитини, також може розглядатися як порушення ст. 8 ЄКПЛ, що передбачає право особи на повагу до приватного та сімейного життя. У таких випадках ЄСПЛ інколи не вдається до оцінки порушень з точки зору ст. 6 ЄКПЛ, надаючи переважаче значення ст. 8 ЄКПЛ. Так, у справі «*Sylvester v. Austria*» ЄСПЛ зауважив, що ст. 6 ЄКПЛ надає процесуальні гарантії права на справедливий судовий розгляд, а мета ст. 8 ЄКПЛ є ширшою – забезпечити повагу, *inter alia*, до приватного життя. Різниця між гарантіями, які надаються цими статтями, може, з огляду на конкретні обставини справи, виправдати дослідження у контексті обох статей. Проте у цій справі ЄСПЛ встановив від-

сутність поваги до сімейного життя через невиконання остаточного судового рішення про повернення дитини, що було покладено в основу скарги заявника. Зважаючи на дослідження обставин невиконання судового рішення в контексті ст. 8 ЄКПЛ, ЄСПЛ вважав непотрібним дослідження і порушення ст. 6 ЄКПЛ [19, § 76–77].

Як зазначалося вище, проблема невиконання судових рішень в Україні була визнана ЄСПЛ системною у пілотному рішенні «*Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine*», де ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 6, ст. 13 ЄКПЛ та ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ. У зазначеній справі заявник був звільнений із лав Збройних Сил України та мав право на одержання вихідної допомоги при виході на пенсію та грошову компенсацію за неотримане речове майно, але ці суми не були виплачені йому при звільненні, що змусило його звернутися до суду з позовом щодо виплати відповідної заборгованості. Позов був задоволений в повному обсязі, проте рішення суду залишалося частково невиконаним: спочатку через відсутність коштів на банківських рахунках боржника, в подальшому – через відсутність коштів в державному бюджеті на здійснення таких виплат та законодавчу заборону примусового продажу майна, що належить військовим частинам.

Зазначена справа фактично стосувалася двох повторюваних проблем на рівні національного правопорядку України: по-перше, тривалого невиконання остаточних національних рішень, боржником за якими є держава або державне підприємство; по-друге, відсутності ефективного національного засобу правового захисту права на розгляд справи та виконання судового рішення в розумний строк. ЄСПЛ погодився з тим, що причина затримок у виконанні остаточних рішень національних судів зумовлена існуванням низки різних дисфункцій у правовій системі України, зокрема браком бюджетних коштів, бездіяльністю з боку державних виконавців, недоліками національного законодавства, невжиттям органами влади певних бюджетних заходів або запровадженням заборони на арешт і продаж майна, що належить підприємствам, які перебувають у державній власності або контролюються державою. Разом з цим, ЄСПЛ зауважив, що всі зазначені вище фактори перебувають у межах контролю держави, яка досі не спромоглася вжити заходів для покращення ситуації, незважаючи на значну й послідовну практику ЄСПЛ з вирішення таких справ. З огляду на це, ЄСПЛ зазначив, що ситуацію у цій справі слід кваліфікувати як таку, що є результатом практики, несумісної з положеннями ЄКПЛ. Структурні проблеми, на існування яких ЄСПЛ вказує в цій справі, мають широкомасштабний і комплексний характер та вимагають здійснення всебічних і комплексних заходів, можливо, законодавчого й адміністративного характеру, із залученням різних національних органів. Цим рішенням Україні був наданий один рік для запровадження ефективного засобу правового захисту або комплексу таких засобів, спроможних забезпечити адекватне й достатнє відшкодування за невиконання або затримки у виконанні рішень національних судів відповідно до принципів, встановлених практикою ЄСПЛ [Див.: 21, §§ 84–88, 94].

Як реакція держави на пілотне рішення ЄСПЛ було прийнято Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» від 5 червня 2012 р., який передбачив окремі державні гарантії у цій сфері, а саме компенсацію за несвоєчасне виконання рішення суду у вигляді стягнення коштів та зобов'язання вчинити певні дії щодо майна, боржником за якими є: державний орган; держане підприємство, установа, організація; юридична особа, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства. Відповідно до цього Закону у разі якщо центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, протягом трьох місяців не перерахував кошти за рішенням суду про стягнення коштів, стягувачу виплачується компенсація в розмірі трьох відсотків річних від несплаченої суми за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду. Державна казначейська служба України має виконувати рішення, винесені національними судами проти державних органів та компаній, протягом трьох місяців з дня подання заявником всіх необхідних документів. Якщо ж рішення залишаються невиконаними більше трьох місяців, держава зобов'язана відшкодувати особі 3 % річних від непогашеної заборгованості за рік. Проте зазначені гарантії обмежуються коштами, передбаченими законом про бюджет на кожен рік.

Очевидно, що цей Закон не здатний вирішити проблему, оскільки держава взяла на себе відповідальність за забезпечення виконання лише обмеженого кола судових рішень, причому зазначений засіб правового захисту не є судовим та не дозволяє враховувати конкретні обставини справи при визначенні розміру компенсації. Окремо слід звернути увагу також на розмір компенсації. У своїй прецедентній практиці ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що розмір відшкодування на національному рівні не повинен бути нерозумним порівняно з розміром відшкодувань, призначених ЄСПЛ в аналогічних справах [4, § 99], і це є одним з критеріїв, за яким ЄСПЛ перевіряє ефективність компенсаторного засобу захисту щодо надмірно тривалих проваджень. Однак Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» передбачає фіксований розмір компенсації, що порівняно з компенсацією, яка присуджується ЄСПЛ, є необґрунтованим і непропорційним. З огляду на вищезазначене, запропонований механізм компенсації не може вважатися ефективним засобом правового захисту права особи на судовий розгляд та виконання судового рішення у розумний строк у контексті п. 1 ст. 6 та ст. 13 ЄКПЛ та прецедентної практики ЄСПЛ.

Варто зазначити, що держава виявилася неспроможною виконувати свої зобов'язання навіть за зазначеним Законом, що призвело до утворення значного боргу. Так, відповідно до ст. 19 Закону України «Про Державний бюджет на 2018 р.» Кабінету Міністрів України у встановленому ним порядку надається право реструктуризувати фактичну заборгованість обсягом до 7.544.562.370 гривень за рішеннями судів, виконання яких гарантовано державою, а також за рішеннями ЄСПЛ, прийнятими за наслідками розгляду справ проти України,

шляхом видачі фінансових казначейських векселів строком обігу до семи років, з відстроченням платежів за цією заборгованістю на один рік та відсотковою ставкою 9,3% річних. Зазначений захід був запропонований як альтернативний засіб правового захисту права на виконання судових рішень у розумний строк. Проте, за інформацією самого Уряду, жодних заяв щодо застосування зазначеного засобу правового захисту з боку зацікавлених осіб не надходило [5, § 126].

Запропоновані заходи правового захисту неодноразово ставали предметом обговорення КМРЕ, наслідком чого стало вироблення останнім заходів, що мала вжити Україна для подолання кризової ситуації у сфері, що розглядається. Зокрема, була запропонована триступенева стратегія, яка включала: 1) розрахунок суми боргу, що виникає внаслідок невиконання рішень; 2) запровадження системи виплат за певних умов або альтернативне рішення для забезпечення виконання рішень, які ще не були виконані; 3) запровадження необхідних коригувань у державному бюджеті з тим, щоб забезпечити достатні кошти для ефективного функціонування вищезгаданої платіжної схеми, а також необхідних процедур для забезпечення належного врахування бюджетних обмежень при прийнятті законодавства для запобігання ситуаціям невиконання рішень національних судів проти держави або державних підприємств [5, § 128]. Проте зазначена стратегія, як свідчить подальша практика ЄСПЛ проти України, так і не була реалізована, і останній відновив розгляд скарг у подібних справах через незабезпечення ефективних засобів національного захисту. За підрахунками, зробленими самим ЄСПЛ, після подання першої заяви у 1999 р. до ЄСПЛ було подано близько 29000 «заяв типу Іванова». З початку 2016 р. ЄСПЛ продовжував отримувати велику кількість таких заяв – понад 200 на місяць [5, § 44].

Доленосним у цьому відношенні, як для України, так і для самого ЄСПЛ, стало рішення у справі *«Burmych and Others v. Ukraine»* від 12 жовтня 2017 р., де ЄСПЛ по-новому поглянув на проблему невиконання пілотних рішень державами, проти яких вони були ухвалені, переглянувши свою роль у тих випадках, коли держава-відповідач не вживає рекомендованих ЄСПЛ заходів щодо усунення системної проблеми. У цій справі ЄСПЛ до п'яти скарг заявників приєднав ще 12143 «справи типу Іванова», в яких заявники скаржилися на порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ щодо несвоєчасного виконання судових рішень, за якими боржником виступає держава, об'єднавши їх в одне провадження. У цьому рішенні ЄСПЛ висловив побоювання щодо того, що він ризикує стати частиною української системи виконання судових рішень та підмінити собою українські органи влади, зазначивши, що таке завдання несумісне з допоміжною роллю, яку ЄСПЛ має відігравати щодо Високих Договірних Сторін відповідно до статей 1 та 19 ЄКПЛ, а також прямо суперечить логіці процедури пілотних рішень, виробленої ЄСПЛ [5, § 155]. Наголосивши на розподілі завдань між ЄСПЛ та КМРЕ, ЄСПЛ зауважив, що ЄСПЛ може допомогти державі-відповідачу у виконанні своїх зобов'язань за ст. 46, намагаючись вказати тип заходів, які можуть бути прийняті державою для того, щоб покласти край системній

проблемі, виявленій ЄСПЛ. Однак КМРЄ повинен контролювати виконання рішення і забезпечити виконання свого юридичного зобов'язання за ст. 46 державою, включаючи прийняття таких загальних заходів у виправленні ситуації, які можуть вимагатись пілотним рішенням щодо надання захисту всім іншим потерпілим, існуючим або потенційним, виявленого системного дефекту [5, § 194]. Відповідно до цього ЄСПЛ зазначив, що юридичні питання, що стосуються ЄКПЛ у частині тривалого невиконання національних рішень в Україні, вже були вирішені у пілотному рішенні у справі Іванова. Отже, ЄСПЛ виконав свою функцію відповідно до ст. 19 ЄКПЛ [...]. Відповідно до принципу субсидіарності, який лежить в основі всієї ЄКПЛ, а не лише процедури пілотного рішення, питання, про яке йдеться у пілотному рішенні у справі Іванова, у тому числі забезпечення відшкодування потерпілим від системного порушення ЄКПЛ, виявленого у справі Іванова, є питанням виконання рішення згідно зі ст. 46 ЄКПЛ [5, § 197]. На основі зазначеного, ЄСПЛ постановив, що всі вищезазначені заяви мають розглядатися відповідно до зобов'язань, які випливають із пілотного рішення. Як наслідок, зазначені справи були вилучені з реєстру справ ЄСПЛ та передані КМРЄ з тим, щоб вони могли розглядатися в рамках загальних заходів щодо виконання пілотного рішення у справі Іванова. Крім того, ЄСПЛ виходить із того, що будь-які «справи типу Іванова», що можуть бути подані після винесення цього рішення, окрім заяв, що будуть визнані неприйнятними відповідно до ст. 35 ЄКПЛ, ЄСПЛ також може вилучити з реєстру справ і передати безпосередньо до КМРЄ.

Варто зазначити, що у рішенні «*Burmych and Others v. Ukraine*» ЄСПЛ вперше вдався до таких кардинальних заходів, що спричинило певну критику з боку самих суддів ЄСПЛ. Так, в спільній окремій думці суддів Юдківської, Шайо, Б'янку, Каракаша, Де Гаetano, Лафранка та Мотока зазначається, що дане рішення не має нічого спільного з юридичним тлумаченням прав людини. Це стосується лише політики ЄСПЛ як такої, що повністю змінює усталену парадигму роботи ЄКПЛ [...]. ЄСПЛ не може, через велике навантаження, просто припинити виконання своїх судових функцій, залишивши заявників у непередбачуваній ситуації та передати відповідальність, покладену на ЄСПЛ, політичному органу, який, на жаль, поки що мало допоміг уряду-відповідачу належним чином виконати пілотне рішення і вжити загальних заходів [Див.: 5]. Серед інших аргументів проти такого підходу зазначаються наступні. По-перше, судді наголошують на тому, що обставини приєднаних 12134 скарг не досліджувалися судом, а тому не можна стверджувати про їх подібність. По-друге, зазначене рішення фактично позбавляє майбутніх заявників права на доступ до ЄСПЛ та виправдовує самоусунення ЄСПЛ від розгляду, посилаючись на його попередню позицію стосовно функцій процедури пілотного рішення. У такому контексті ЄСПЛ стає по суті фільтруючим органом для КМРЄ щодо майбутніх «скарг типу Іванова», які можуть бути вилучені з реєстру та передані до КМРЄ, що означатиме фактично передачу прийняття остаточного рішення у справах з прав людини від судової влади, як того вимагає механізм ЄКПЛ, до політичного

органу, хоча і колективного. Однак така передача справ фактично суперечить Протоколу № 11, прийнятому у 1998 р., яким зазначений орган було усунуто від вирішення питань про те, чи мало місце порушення ЄКПЛ, натомість за ним було залишено лише функцію контролю за виконанням рішень ЄСПЛ. По-третє, зазначене рішення викликане бюрократичними причинами «полегшення тягаря ЄСПЛ» і ставить заявників за зазначеними справами у стан правової невизначеності, адже замість отримання рішення ЄСПЛ у їх справі вони фактично будуть змушені чекати без визначення кінцевої дати на завершення механізму політичного моніторингу внутрішніх реформ [Див.: 5].

На нашу думку, можна знайти аргументи як за, так і проти такого рішення ЄСПЛ і воно не може бути оцінене однозначно, проте очевидним у даному контексті є те, що Україна має дотримуватися своїх зобов'язань та врешті-решт виконати вимоги ЄСПЛ за пілотним рішенням щодо введення ефективних засобів правового захисту права на розгляд справи та виконання судових рішень у розумний строк, а також усунути недоліки, що існують у національній системі, з метою забезпечення гарантій права на справедливий судовий розгляд, адже для України існує ризик нескінченних виплат справедливої сатисфакції у нескінченній кількості скарг.

Висновки. Таким чином, проблематика виконання судових рішень у світлих практиках ЄСПЛ дає можливість зробити висновок, що ЄСПЛ тлумачить вимогу виконання остаточних судових рішень принаймні в контексті декількох конвенційних прав, зокрема права на справедливий судовий розгляд (п. 1 ст. 6 ЄКПЛ), права на мирне володіння майном (ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ), права на ефективний засіб правового захисту (ст. 13 ЄКПЛ) та права на повагу до приватного та сімейного життя, до свого житла та кореспонденції (ст. 8 ЄКПЛ). Поряд з цим, провідною у цьому контексті слід визнати п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, що закріплює право на справедливий судовий розгляд у цивільних справах, і саме тлумачення зазначеного права ЄСПЛ дозволило сформулювати основні стандарти у сфері виконавчого провадження, що впливають із його практики. Варто зазначити, що певні позитивні зрушення щодо підвищення ефективності виконавчого провадження вже було зроблено під час ухвалення нових законодавчих положень, що регулюють процедуру примусового виконання судових рішень та рішень інших органів у контексті конституційної реформи сфери правосуддя та суміжних інститутів, зокрема, йдеться про перехід до змішаної моделі виконавчого провадження, її децентралізацію; електронізація виконавчого провадження за рахунок введення автоматизованої системи виконавчого провадження, єдиного реєстру боржників та системи електронних торгів; введення обов'язкового авансування судових витрат стягувачем тощо. Водночас національне законодавство України потребує подальших змін для забезпечення виконання своїх міжнародних зобов'язань, якими має стати введення на національному рівні комплексного ефективного засобу правового захисту права на судовий розгляд та виконання судового рішення в розумний строк відповідно до вимог ст. 13 ЄКПЛ.

References:

1. «*Akashev v. Russia*», no. 30616/05, 12 June 2008, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86953>.
2. «*Apostol v. Georgia*», no. 40765/02, 28 November 2006, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78157>.
3. «*Burdov v. Russia*», no. 59498/00, 7 May 2002, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60449>.
4. «*Burdov v. Russia*» (no. 2), no. 33509/04, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90671>.
5. «*Burmych v. Ukraine*» [GC], no. 46852/13 and others, 12 October 2017, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082>.
6. «*Comingersoll S.A. v. Portugal*» [GC], no. 35382/97, 6 July 2000, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58562>.
7. «*Estima Jorge v. Portugal*», no. 24550/94, 21 April 1998, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58155>.
8. «*Fuklev v. Ukraine*», no. 71186/01, 7 June 2005, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69261>.
9. «*Garcia Mateos v. Spain*», no. 38285/09, 19 February 2013, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116985>.
10. «*Hornsby v. Greece*», no. 18357/91, 25 February 1997, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5798>.
11. «*Immobiliare Saffi v. Italy*», no. 22774/93, 28 July 1999, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292>.
12. «*Jasiuniene v. Lithuania*», no. 41510/98, 06 March 2003, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60975>.
13. «*Kudla v. Poland*», no. 30210/96, 26 October 2000, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58920>.
14. «*Marinković v. Serbia*», no. 5353/11, 22 October 2013, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127124>.
15. «*Nuutinen v. Finland*», no. 32842/96, 27 June 2000, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58736>.
16. Overview 1959-2016 ECHR (Council of Europe, 2017), *Cite of European Court of Human Rights*. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592016_ENG.pdf.
17. Pending applications allocated to a judicial formation, 30 November 2017, *Cite of European Court of Human Rights*, URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2017_BIL.pdf.
18. «*Stadnyuk v. Ukraine*», no. 30922/05, 12 November 2008, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89881>.
19. «*Sylvester v. Austria*», no. 36812/97, 40104/98, 24 April 2003, *HUDOC*, URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61054>.
20. The ECHR in Facts and Figures 2016 (Council of Europe, 2017), *Cite of European Court of Human Rights*. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_ENG.pdf.
21. «*Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine*», no. 40450/04, 15 October 2009, *HUDOC*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95032>.

Tsuvinia T. A., PhD in Law, Assistant of Civil Procedure Department of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : tsuvinat@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5351-1475

Execution of court decisions in terms of the right to a fair trial

The article addresses the Ukrainian model of executive proceedings (which was recently updated as a result of constitutional reform in the justice sector) through the prism of the right to a fair trial,

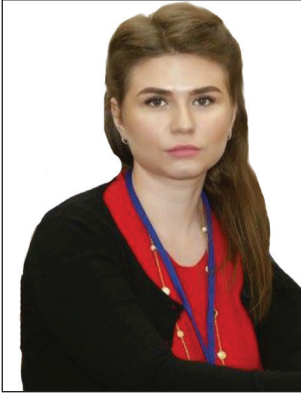
guaranteed by paragraph 1 of Art. 6 ECHR. Particular attention is paid to the analysis of the evaluative interpretation of this guarantee in case-law of the ECtHR, according to which an execution of court decisions is considered also as an element of other conventional rights, namely: a right to an effective remedy (Art. 13), a right to respect for private and family life (art. 8) and a right to peaceful enjoyment of his possessions (Art. 1 of 1st Additional Protocol to the ECHR).

The author analyzes the pilot judgement of ECtHR «Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine» and the judgement «Burmych v. Ukraine», in which the ECtHR diagnosed a systemic problem of non-enforcement of court decisions where the debtor is the State or state-owned enterprises. This problem at national level is caused by a variety of dysfunctions in the Ukrainian legal system, in particular, the lack of budgetary allocations, the bailiffs' omissions and the shortcomings in the national legislation, authorities' failure to take specific budgetary measures, the introduction of bans on the attachment and sale of property belonging to State-owned or controlled companies

The article advocates a position according to which the national legislation of Ukraine needs further changes to ensure fulfillment of its international obligations. In particular, it is necessary to provide at national level an effective remedy of the right to a fair trial and execution of court decisions within a reasonable time in accordance with the requirements of Art. 13 ECHR.

Keywords: right to a fair trial, execution of court decisions, enforcement proceedings, reasonable time of a trial, effective remedies.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Ткачук Анжеліка Олегівна,
*аспірант Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
Україна, м. Київ
e-mail: angeliktk@gmail.com
ORCID 0000-0002-3380-2427*

doi: 10.21564/2414–990x.141.132779
УДК 347.921

ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЗАБОРОНА ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИВІЛЬНИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ

Досліджено питання статусу добросовісності учасників цивільного судочинства як самостійного процесуального принципу з огляду на ступінь його правової регламентації та наявності законодавчої заборони зловживання цивільними процесуальними правами. Окреслено стан розробленості проблеми у сучасній науковій літературі, законодавча регламентація у процесуальному законодавстві визначено структурно-функціональний зміст принципу добросовісності учасників цивільного судочинства.

Ключові слова: принцип добросовісності; загальні принципи права; зловживання процесуальними правами: реалізація процесуальних прав.

Ткачук А. О., аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченко, Україна, г. Київ.
e-mail : angeliktk@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3380-2427

Принцип добросовестности участников гражданского судопроизводства и запрет злоупотребления гражданскими процессуальными правами

Исследуются вопросы статуса добросовестности участников гражданского судопроизводства как самостоятельного принципа, учитывая степень его правовой регламентации и существования законодательного запрета злоупотреблять гражданскими процессуальными правами. Раскрывается состояние разработанности проблемы в научной литературе, законодательная регламентация в процессуальном законодательстве и определяется структурно-функциональное содержание принципа добросовестности участников гражданского судопроизводства.

Ключевые слова: принцип добросовестности; общие принципы права; злоупотребление процессуальными правами: реализация процессуальных прав.

Постановка проблеми. Модернізація цивільного процесуального законодавства певним чином вплинула на модифікацію змагальної моделі цивільного судочинства, виходячи з його завдань – справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Це не могло не торкнутися проблеми переосмислення принципів цивільного судочинства як наріжних засад правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин з огляду на те, що у змагальній моделі цивільного судочинства ключове значення має реалізація учасниками цивільного судочинства своїх процесуальних прав і процесуальних обов'язків за наявності припису, що міститься у ч. 1 ст. 44 ЦПК України, який передбачає, що учасники судового процесу та їх представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами, а зловживання процесуальними правами не допускається. Виходячи із цього, вкрай актуальним є дослідження добросовісності учасників цивільного судочинства як самостійного принципу при здійсненні правосуддя у цивільних справах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У публікаціях останнього часу проблема принципу добросовісності учасників цивільного судочинства не досліджувалась, монографічних робіт теж немає. Більш того, в науці цивільного процесуального права, як правило, заперечується наявність такого принципу, виходячи із того, що у цивільному процесуальному законодавстві передбачена лише заборона зловживання процесуальними правами.

Мета статті – обґрунтування наявності гносеологічних підстав для виокремлення принципу добросовісності учасників цивільного судочинства та його морфологічної структури.

Виклад основного матеріалу. У теорії процесуального права принцип добросовісності, як правило, не номінувався як принцип цивільного судочинства. Разом з тим окремі автори обґрунтовували наявність принципу правдивості та добросовісності поведінки учасників справи в процесі [14, с. 99–100], принципу добросовісного користування процесуальними правами та добросовісного виконання процесуальних обов'язків [10, с. 135–136], або інтерпретували його через обов'язок учасників цивільних процесуальних правовідносин діяти добросовісно при реалізації та захисті цивільних прав та при виконанні цивільних процесуальних обов'язків [16, с. 141] тощо. Натомість А. В. Юдін вважає принцип добросовісності одним із принципів (меж) реалізації цивільних процесуальних прав, зауважуючи, що він також має бути виокремлений серед інших вихідних засад цивільного судочинства [19, с. 34]. Деякі автори вдавались до аналізу недобросовісної поведінки учасників цивільного судочинства виключно у зв'язку з питанням зловживання процесуальними правами [8, с. 85; 7, с. 255–259].

Більш сталим для науки цивільного процесуального права є розуміння добросовісності не як принципу цивільного судочинства, а як загального

обов'язку суб'єктів цивільного процесуального права добросовісно здійснювати свої процесуальні права та виконувати процесуальні обов'язки [7, с. 255–259], що безпосередньо пов'язано з традицією законодавчого закріплення такого обов'язку у різних формах практично у всіх кодифікаціях цивільного процесуального законодавства (ст. 6 ЦПК УРСР 1924 р.; ст. 8 ЦПК УРСР 1929 р.; ст. 99 ЦПК УРСР 1964 р.; ст. 27 ЦПК України 2004 р.). Сприйнятним у цьому відношенні стало положення про те, що обов'язок діяти добросовісно є юридичним обов'язком універсального характеру, який розповсюджується практично на всі суб'єктивні права учасників цивільного судочинства і є всеохоплюючим [19, с. 41]. При цьому дослідники наголошують на тому, що слід виокремлювати позитивний та негативний аспекти процесуального обов'язку бути добросовісним. Зокрема, у позитивному розумінні цивільна процесуальна добросовісність має означати сукупність критеріїв, яким має відповідати поведінка учасників цивільного процесу, а в негативному – заборону процесуальної недобросовісності у формі зловживання суб'єктивними цивільними процесуальними правами [7, с. 256].

У окремих публікаціях добросовісність розглядається також і як презумпція цивільного процесуального права, відповідно до якої кожний учасник цивільного процесу вважається таким, що діє в цивільному процесі добросовісно, поки не доведено протилежне [18, с. 174–178]. Така конструкція презумпції функціонально звільнює особу від доказування своєї процесуальної добросовісності, а у більш широкому сенсі гарантує захист осіб, які беруть участь у справі, від необґрунтованого їх притягнення до процесуальної відповідальності. Д. В. Черемнов серед ознак презумпції добросовісності зазначає наступні: 1) вона стосується лише осіб, які беруть участь у справі, та її не можна застосовувати до інших учасників процесу; 2) вона поширюється не лише на здійснення процесуальних прав, але і на виконання процесуальних обов'язків; 3) застосовується лише у тих випадках, коли законом передбачені правові наслідки недобросовісної поведінки, в інших – правового значення вона не має; 4) межею добросовісної поведінки учасників цивільного процесу є зловживання процесуальними правами; 5) вона може бути спростована, у зв'язку із чим судом застосовуються встановлені законом негативні наслідки для особи, яка діє в цивільному процесі недобросовісно [18, с. 177].

Запропоновані підходи до дослідження природи добросовісності у цивільному судочинстві, безперечно, заслуговують на увагу, проте акцент має бути зроблений саме на розумінні добросовісності як загального принципу права, що має свої особливості у цивільному судочинстві. У цьому плані цікава загальнотеоретична інтерпретація добросовісності С. П. Погребняка, який виходить з того, що зазначений принцип містить вимоги, які допомагають зняти або пом'якшити недоліки абстрактної та формальної природи права, наблизити його до ідеалів справедливості, рівності, свободи і гуманізму, тобто висуває вимоги діяти не лише згідно з буквою права, але й відповідно до його духу. Він виокремлює добросовісність у суб'єктивному значенні, як усвідомлення

суб'єктом власної сумлінності і чесності при здійсненні ним прав і виконанні обов'язків, та добросовісність в об'єктивному значенні, як загальноправовий принцип, що передбачає необхідність сумлінної і чесної поведінки суб'єктів при виконанні своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав. У структурі принципу добросовісності, на думку вченого, можна виділити два аспекти: 1) добросовісність при реалізації прав і повноважень (а) неприпустимість зловживання правом; б) заборона обходу закону; с) добросовісна помилка) і 2) добросовісність при виконанні юридичних обов'язків [12, с. 207–211].

Що стосується процесуального законодавства, то варто звернути увагу, що у Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес констатувалось, що добросовісність є однією із загальноправових засад. ЦПК України 2004 р. у попередній редакції у ч. 3 ст. 27 закріплював обов'язок осіб, які беруть участь у справі, добросовісно здійснювати свої права та виконувати процесуальні обов'язки. Натомість ЦПК України у редакції 2017 р. інакше підходить до зазначеного питання. Відповідно до ч. 1 ст. 44 ЦПК України учасники судового процесу та їхні представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами; зловживання процесуальними правами не допускається. Як видно, чинна законодавча регламентація орієнтує на звужене розуміння добросовісності у цивільному судочинстві, що передусім пов'язуються саме зі зловживаннями процесуальними правами, а прямого закріплення обов'язку добросовісного виконання процесуальних обов'язків не містить. Разом з тим, відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПК України заходами процесуального примусу є процесуальні дії, що вчиняються судом у визначених цим Кодексом випадках з метою спонукання відповідних осіб до виконання встановлених у суді правил, *добросовісного виконання процесуальних обов'язків*, припинення зловживання правами та запобігання створенню протиправних перешкод у здійсненні судочинства.

Очевидно, що вказані законодавчі положення у сукупності дозволяють зробити висновок, що складовою принципу добросовісності є вимога не лише добросовісного здійснення процесуальних прав, але й вимога добросовісного виконання процесуальних обов'язків. На користь цього можна навести і той аргумент, що законодавство фактично передбачає однакові заходи примусу як для випадків зловживання правом, так і для випадків невиконання процесуальних обов'язків.

Тому слід говорити про два аспекти розуміння принципу добросовісності у цивільному судочинстві: вузький та широкий. Відповідно до першого принципу добросовісності у цивільному судочинстві фактично зводиться до заборони зловживання у процесі. Зазначений підхід прямо впливає із буквального тлумачення ч. 1 ст. 44 ЦПК України і знайшов підтримку у літературі [8, с. 85–87]. Щодо другого, то мова має йти не лише про заборону зловживання процесуальними правами, а й про більш широку сферу реалізації процесуальної правосуб'єктності.

Показовим тут може бути німецька правова доктрина, яка традиційно виокремлює такі види процесуальної недобросовісності, як: 1) недобросовісне створення вигідного процесуального становища (*rechtsmissbräuchliche Schaffen prozessualen Rechtslage*) – дії позивача, який, бажаючи, щоб справа розглядалася у більш вигідному для нього суді, здійснює штучний поділ своєї позовної вимоги або вчиняє інші маніпуляції для створення вигідної для нього підсудності; 2) зловживання процесуальною правомочністю (*Missbrauch prozessualer Befugnisse*) – недобросовісне здійснення сторонами процесуальних прав, зокрема прав заявляти клопотання або надавати пояснення у справі, коли вони використовуються всупереч із визначеною для них метою; 3) суперечлива поведінка (*widersprüchliche Verhalten*) – раптова зміна стороною раніше зроблених тверджень та заяв або зміна свідком показань, що були надані ним раніше; 4) використання втраченої процесуальної правомочності (*Verwirkung prozessuale Befugnisse*) – недобросовісне здійснення процесуального права після спливу законодавчо встановленого строку, наприклад, оскарження судових актів після спливу строку, передбаченого для їх оскарження та пропущеного особою без поважних причин, пред'явлення додаткових доказів у суді вищестоящих інстанцій [1, с. 76–77].

Такі доктринальні положення заслуговують на увагу, але не є беззаперечними. По-перше, принцип добросовісності у цивільному судочинстві охоплює не лише випадки добросовісної реалізації процесуальних прав, але й випадки добросовісного виконання процесуальних обов'язків. По-друге, недоцільно виокремлювати випадки недобросовісного створення вигідного процесуального становища, оскільки по суті йдеться про випадки маніпуляцій із підсудністю, що загалом має всі ознаки зловживання процесуальними правами чи правомочностями.

Досліджуючи проблему принципу добросовісності, цікаво звернути увагу на її важливість і з огляду на те, що вона актуалізується в часи кодифікацій процесуального законодавства. Підкреслимо, що як така ця проблема вже була означена при кодифікації процесуального законодавства нового часу. Після прийняття Статуту цивільного судочинства в 1864 р. центральне місце у тогочасній дискусії щодо недобросовісності відводилося так званому «праву сторін на кривду» [6, с. 736], тобто йшлося про проблему допустимості повідомлення суду неправди сторонами або неповідомлення ними відомих їм відомостей під час відправлення правосуддя у цивільних справах. У той час одні вчені виправдовували можливість кривди у цивільному процесі з боку сторін, визнаючи її «необхідним злом», «невід'ємним супутником цивільного судочинства» та пояснюючи її вимогами принципу змагальності та права на вільний вибір способів захисту своїх прав [3, с. 742]. Натомість інші вважали і кривду, і замовчування шкідливими для правосуддя, зауважуючи на хибності абсолютизації принципу змагальності та необхідності його врівноваження за допомогою судового керівництва процесом [13, с. 2897].

Так, А. Н. Гедда під недобросовісністю сторін у цивільному судочинстві розумів будь-які дії сторони, що полягають в тому, щоб шляхом використання

встановлених у законі можливостей або зовсім перешкодити відшукавню правди та відновленню права, або віддалити їх на час, якомога довший, якщо це здійснюється свідомо [6, с. 7–8]. Автор вдається до дихотомії «кривда/ правда» зазначаючи, що цивільний процес покликаний встановлювати істину, тобто правду, а тому не можна виправдати допустимість кривди у цивільному судочинстві жодними аргументами, та жодного «права на кривду» сторони не мають і не можуть мати, адже це суперечитиме меті та завданням цивільного судочинства. Така недобросовісність, на думку вченого, може проявлятися в різних формах. Якщо обидві сторони або одна з них висловлюють положення завідомо для них неправдиві, захищають та підтримують те, чого насправді не було, і чинять зазначене з метою досягти вигоди, то ми маємо справу із кривдою у цивільному суді у чистому її вигляді [6, с. 2]. Поряд з цим, існують і інші види процесуальної недобросовісності сторін, як-от: 1) умисне приховування стороною будь-якої обставини або примушення супротивника надавати докази на підтвердження того, що йому добре відомо; 2) дії сторін, спрямовані лише на затягування розгляду справи з метою змусити свого супротивника йти на поступки, погодитися закінчити справу на умовах, вигідних для сторони, що вживає подібних заходів [6, с. 4–5]. Як видно, автор фактично зводить інші випадки недобросовісної поведінки до випадків зловживання процесуальними правами, підкреслюючи використання прав, передбачених законодавством, всупереч їх меті, хоча і не називає прямо зазначені дії зловживаннями.

До аналогічних висновків прийшов і А. Бугаєвський, визнаючи формами недобросовісності в суді не лише власне кривду, але й дозвіл сторонам користуватися їх процесуальними правами – вимагати додаткових відомостей, наполягати на дотриманні строків тощо, якщо таке використання явно слугує цілям затягування процесу та недобросовісного задоволення власних інтересів за чужий рахунок. Автор розрізняє випадки процесуальної кривди, шикани та простої недобросовісності сторін у цивільному судочинстві [3, с. 733–742]. Зауважимо, що і у даний час у чинному ЦПК України також міститься вказівка на недопустимість кривди у цивільному судочинстві. Так, відповідно до ч. 4 ст. 43 ЦПК України за введення суду в оману щодо фактичних обставин справи винні особи несуть відповідальність, встановлену законом.

Важливим також видається ще один аспект досліджуваної проблеми – питання процесуальної недобросовісності також ставилося безпосередньо у взаємозв'язку із феноменом зловживання процесуальними правами. Так, Є. В. Васьковський зазначав, що недобросовісні особи можуть пред'являти завідомо безпідставні позови, якщо знають, що у відповідача немає доказів, що здатні спростувати їх вимоги; оскаржувати рішення суду, розуміючи їх правильність та порушувати безцільні клопотання лише для затягування процесу; заявляти завідомо неправильні відводи; повідомляти суду різні фактичні відомості та пред'являти фальшиві докази; викривляти обставини справи; збивати суд юридичними та логічними софізмами тощо [4, с. 670]. Як бачимо, автор під недобросовісністю сторін передусім розуміє різні види зловживань процесуаль-

ними правами, а також прояви кривди в цивільному процесі, проте не надає чіткого розмежування понять процесуальної недобросовісності, процесуальної кривди та зловживання процесуальними правами.

Варто зазначити, що у сучасній зарубіжній літературі з питань цивільного процесуального права питання процесуальної добросовісності, окрім проблематики зловживання процесуальними правами, згадується також у контексті так званого «процесуального естопелю» [15, с. 231–237], під яким розуміють неможливість суперечливої поведінки сторін у цивільному судочинстві. В англійському праві естопель означає заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано. У міжнародному праві згідно з правилом естопеля суб'єкт не може вчиняти дії, несумісні з його позицією, що впливає з попередньої поведінки чи відповідних заяв [11, с. 20]. При здійсненні цивільного судочинства така ситуація виникає у разі, коли сторона дотримується позиції, яка є протилежною до її попередньої позиції, орієнтуючись на яку діяла інша сторона [20, с. 175]. Фрагментарне відтворення зазначене правило знайшло і в чинному ЦПК України, наприклад, у закріпленні в законі виключних обставин, за яких можлива відмова від визнання обставин (ч. 2 ст. 82 ЦПК України); визнанні преюдиційності судових актів з точки зору звільнення від доказування обставин, що ними встановлені (ч.ч. 4-6 ст. 82 ЦПК України); неможливість скасування судового рішення апеляційним судом у разі порушення правил підсудності, якщо особа без поважних причин не заявляла про невідповідність справи у суді першої інстанції (ч. 2 ст. 378 ЦПК України), тощо.

Таким чином, аналіз процесуального законодавства та наукової літератури з окресленої проблематики дає підстави стверджувати, що складовими принципу добросовісності у цивільному судочинстві є: 1) заборона зловживання процесуальними правами; 2) вимога добросовісного виконання процесуальних обов'язків; 3) заборона суперечливої поведінки сторін, або правило процесуального естопелю; 4) заборона чинити інші протиправні перешкоди у здійсненні правосуддя (наприклад, заборона введення суду в оману; заборона використання втрачених процесуальних правомочностей тощо).

У контексті проблематики, що розглядається, також виникає питання про співвідношення принципу добросовісності із принципом неприпустимості зловживання процесуальними правами, який закріплено у п. 11 ч. 3 ст. 2 ЦПК України. У науковій літературі інколи виділяється принцип неприпустимості зловживання правом як загальноправовий принцип реалізації права, конституційний принцип, загальний принцип права тощо [2, с. 281; 17, с. 149]. Так, Г. А. Гаджиев, розглядаючи конституційні принципи добросовісності та неприпустимості зловживання суб'єктивними правами, пов'язує перший з них передусім із наявністю презумпції добросовісності учасників тих чи інших матеріально-правових відносин (податкових, цивільних тощо), що визначається конституційною нормою, відповідно до якої людина, її права і свободи є найвищою цінністю. Принцип добросовісності, на думку цього автора, виступає тим

інструментом, який дозволяє судді забезпечити баланс приватних та суспільних інтересів і є більш загальним принципом, щодо якого принцип недопустимості здійснення прав на зло іншим виступає як окремий [5, с. 61]. Але А. А. Малиновський вважає неприпустимість зловживання правом окремих загальноправовим принципом, гарантією реалізації якого виступає добросовісність [9, с. 301].

Висновки. Принцип добросовісності є загальним принципом права, що поширюється на всю сферу правового регулювання, в тому числі і на сферу цивільного судочинства. Натомість принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами є галузевим принципом цивільного судочинства, що прямо впливає із зазначеного загальноправового принципу та є його складовою, однак не охоплює весь спектр проявів принципу добросовісності в цивільному судочинстві. Виходячи із сказаного, вважаємо, що у цивільному процесуальному законодавстві слід закріпити саме принцип добросовісності учасників цивільного судочинства, а заборона зловживання процесуальними правами має розглядатися як одна з його гарантій.

Список літератури:

1. Аболонин В. О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва : Волтерс Клувер, 2009. 193 с.
2. Бервено С. М. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2006. № 32. С. 276–287.
3. Бугаевский А. Ложь в гражданском суде. *Право : еженедельная юридическая газета*. Санкт-Петербург. 1909. №12. С. 733–742.
4. Васильковский Е. В. Курс гражданского процесса. Москва, 1913. 634 с.
5. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами. *Государство и право*. 2002. № 7. С. 54–62.
6. Гедда А. Н. Недобросовестность сторон в гражданском процессе. *Журнал Министерства юстиции*. 1910. № 1. С. 1–28.
7. Кузів Г. Обов'язок добросовісного здійснення прав у цивільному процесі. *Вісник Львівського університету. Серія Юридична*. 2012. Вип. 56. С. 255–259.
8. Лічман Н. Г. Процесуальне забезпечення добросовісної реалізації суб'єктивних процесуальних прав у цивільному процесі: постановка проблеми. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2009. № 1. С. 85–87.
9. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва : Юрлитинформ, 2007. 352 с.
10. Музюкин В. Я. Принцип добросовестного пользования процессуальными правами и добросовестного исполнения процессуальных обязанностей. *Актуальные проблемы государства и права на современном этапе*. Томск, 1985. С. 135–136.
11. Погребняк С. П. Втілення принципу добросовісності в праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2(49). С. 13–24.
12. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). Харків : Право, 2008. 240 с.
13. Розин Н. Ложь в процессе. *Право: еженедельная юридическая газета*. 1910. № 48. С. 1–3.
14. Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. Москва, 1982. 152 с.
15. Табак И. А., Седых И. В. «Ситуация эстоппель» при ненадлежащей реализации процессуальных прав субъектами цивилистического процесса. *Экономическая безопасность России: вызовы XXI века : материалы международной научно-практической конференции* (г. Саратов,

15 марта 2016 г.). Саратов : Саратовский социально-экономический институт (филиал) РЭУ им Г. В. Плеханова, 2016. С. 231-237.

16. Федина А. С. Внедрение принципа добросовестности в законодательство о гражданском судопроизводстве. *Вестник ТвГУ. Серия «Право»*. 2017. № 3. С. 133–144.

17. Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2003. Вип. 24. С. 144–150.

18. Черемнов Д. В. Презумпція добросовісності учасників цивільного процесу. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. Вип. 4. Том 1. С. 174–178.

19. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Санкт-Петербург : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. 340 с.

20. Taniguchi Y. Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. 2000. Vol. 8. P. 164–182.

References:

1. Abolonin, V.O. (2009). Zloupotreblenie pravom na isk v grazhdanskom processe Germanii. Moscow: Volters Kluver [in Russian].

2. Berveno, S.M. (2006). Pryntsyp neprypustymosti zlovzhyvannia pravom u dohovirnykh zobov'iazanniakh. *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav*, 32, 276–287 [in Ukrainian].

3. Bugaevskij, A. (1909). Lozh' v grazhdanskom sude. *Pravo: ezhenedel'naja juridicheskaja gazeta*, 12, 733–742 [in Russian].

4. Vas'kovskij, E.V. (1913). Kurs grazhdanskogo processa. Moscow [in Russian].

5. Gadzhiev, G.A. (2002) Konstitucionnye principy dobrosovestnosti i nedopustymosti zloupotrebleniya sub'ektivnymi pravami. *Gosudarstvo i pravo*, 7, 54–62 [in Russian].

6. Gedda, A.N. (1910). Nedobrosovestnost' storon v grazhdanskom processe. *Zhurnal Ministerstva justicii*, 1, 1–28 [in Russian].

7. Kuziv, H. (2012). Obov'iazok dobrosovisnogo zdiisnennia prav u tsyvilnomu protsesi. *Visnyk Lvivskoho universytetu. Seriya Yurydychna*, 56, 255–259 [in Ukrainian].

8. Lichman, N.H. (2009). Protsesualne zabezpechennia dobrosovisnoi realizatsii sub'iektyvnykh procsesualnykh prav u tsyvilnomu protsesi: postanovka problemy. *Pivdenoukrajnskyi pravnychyi chasopys*, 1, 85–87 [in Ukrainian].

9. Malinovskij, A.A. (2007). Zloupotreblenie sub'ektivnym pravom (teoretiko-pravovoe issledovanie). Moscow: Jurlitinform, 2007 [in Russian].

10. Muzjukin, V.Ja. (1985). Princip dobrosovestnogo pol'zovaniya processual'nymi pravami i dobrosovestnogo ispolneniia processual'nyh objazannostej. *Aktual'nye problemy gosudarstva i prava na sovremennom jetape*. Tomsk, 135–136 [in Russian].

11. Pogrebniak, S.P. (2007). Vtillenija principu dobrosovisnosti v pravi. *Visnik Akademii pravovih nauk Ukraini*, 2(49), 13–24 [in Ukrainian].

12. Pohrebniak, S.P. (2008). Osnovopolozhni pryntsypy prava (zmistovna kharakterystyka). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

13. Rozin, N. (1910). Lozh' v processe. *Pravo: ezhenedel'naja juridicheskaja gazeta*, 48, 1–3 [in Russian].

14. Semenov, V.M. (1982). Konstitucionnye principy grazhdanskogo sudoproizvodstva. Moscow [in Russian].

15. Tabak, I.A., Sedyh, I.V. (2016). «Situacija jestoppel'» pri nenadlezhashhej realizacii processual'nykh prav sub'ektami civilisticheskogo processa. *Jekonomicheskaja bezopasnost' Rossii: vyzovy XXI veka: materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii* (g. Saratov, 15 marta 2016 g.). Saratov: Saratovskij social'no-jekonomicheskij institut (filial) RJeU im G.V. Plehanova [in Russian].

16. Fedina, A.S. (2017). Vnedrenie principa dobrosovestnosti v zakonodatel'stvo o grazhdanskom

sudoproizvodstve. *Vestnik TzGU. Serija «Pravo»*, 3, 133-144 [in Russian].

17. Khmil, M.M. (2003). Pryntsyp neprypustymosti zlovzhvannia pravom. *Visnyk Natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav*, 24, 144–150 [in Ukrainian].

18. Cheremnov, D.V. (2014). Prezumptsiia dobrosovisnosti uchasnykiv tsyvilnoho protsesu. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu*, (Vols. 1–4, Vol. 1), 174–178 [in Ukrainian].

19. Judin, A.V. (2005). Zloupotreblenie processual'nymi pravami v grazhdanskom sudoproizvodstve. St. Petersburg: Izdatel'skij Dom S.-Peterb. gos. un-ta [in Russian].

20. Taniguchi, Y. (2000). Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, (Vols. 1–8, Vol. 8), 164–182 [in English].

Tkachuk A.O., Postgraduate Student of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.

e-mail : angelikt@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3380-2427

Principle of good faith of participants in civil proceedings and prohibition of abuse of civil procedural rights

The issues of the status of good faith of participants in civil proceedings as an independent principle are investigated, taking into account the degree of its legal regulation and the existence of a legislative prohibition to abuse civil procedural rights. An outline is given of the state of development of the problem in the scientific literature, as well as legislative regulation in procedural legislation.

It has been argued that the modernization of civil procedural law in some way influenced the modification of a competitive model of civil justice, based on its tasks - fair, impartial and timely consideration and resolution of civil cases with the aim of effective protection of violated, unrecognized or challenged rights, freedoms or interests of individuals, rights and the interests of legal entities, the interests of the state. This factor has led to a rethinking of the principles of civil justice as a cornerstone of the legal regulation of civil procedural legal relations, Considering that in the competitive model of civil justice, the implementation of the procedural rights and procedural obligations by participants in civil proceedings is essential in the presence of the provision contained in part 1 article 44 of the Civil Procedure Code of Ukraine, which provides that participants in the trial and their representatives should use procedural rights in good faith and abuse of procedural rights is prohibited.

The author proves that the analysis of procedural legislation and scientific literature on the outlined problem gives grounds to assert that in the system of principles of civil justice the principle of good faith of participants in civil justice has independent status, structural content and defines: 1) the prohibition of abuse of procedural rights; 2) the requirement of honest performance of procedural duties; 3) the prohibition of contradictory behavior of the parties, or the rule of procedural estoppel; 4) the prohibition of other illegal impediments to the administration of justice (for example, the prohibition of misleading the court, the prohibition of the use of lost procedural powers, etc.).

Keywords: principle of good faith; general principles of law; abuse of procedural rights; implementation of procedural rights.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Ваштарева Євгенія Анатоліївна,
здобувач кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: vashtareva.ea@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.141.128690
УДК 347.551

ПОНЯТТЯ ЗБАГАЧЕННЯ В КОНТЕКСТІ КОНДИКЦІЙНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Стаття присвячена дослідженню поняття збагачення в контексті проблематики зобов'язань із набуття або збереження майна без достатньої правової підстави (які називають іще кондикційними зобов'язаннями). Критично аналізуючи наявні в науці теорії «фактичного» і «юридичного» збагачення, авторка доходить висновку, що збагачення може полягати як у набутті титулу на річ, так і в безтитульному володінні та користуванні нею. У зв'язку з цим обґрунтовується позиція, згідно з якою предметом безпідставного збагачення можуть бути як речі, визначені родовими ознаками, так і індивідуально визначені речі. Критично оцінюється положення українського законодавства щодо того, що предметом збагачення може бути тільки майно, адже на практиці економічну цінність мають чимало інших благ, які не охоплюються законодавчою дефініцією майна, але охоплюються більш широким поняттям об'єктів цивільних прав.

Ключові слова: безпідставне збагачення; кондикція; кондикційний позов; недоговірні зобов'язання.

Ваштарева Е. А., соискатель кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : vashtareva.ea@gmail.com

Понятие обогащения в контексте кондикционного обязательства

Статья посвящена исследованию понятия обогащения в контексте проблематики обязательств из неосновательного приобретения или сбережения имущества (которые также называют кондикционными обязательствами). Критически анализируя существующие в науке теории «фактического» и «юридического» обогащения, автор делает вывод, что обогащение может состоять как в приобретении титула на вещь, так и в безтитульном владении и пользовании вещью. В этой связи обосновывается позиция о том, что предметом неосновательного обогащения могут быть как вещи, определенные родовыми признаками, так и индивидуально определенные вещи. Автор критически оценивает положение украинского законодательства касательно того, что предметом обогащения может быть исключительно имущество, поскольку на практике экономическую ценность имеют немало других благ, которые не охватываются законодательной

дефініцією *имущества*, но при этом охватываются более широким понятием объектов гражданских прав.

Ключевые слова: неосновательное обогащение; кондикция; кондикционный иск; недоговорные обязательства.

Постановка проблеми. Для виникнення кондикційного зобов'язання мають бути наявними три умови: 1) збагачення набувача; 2) те, що це збагачення відбулося за рахунок потерпілого; та 3) відсутність правової підстави для такого збагачення [1, с. 68; 4, с. 71; 9, с. 207; 16, с. 148]. Таке ж бачення було підтримане й новосформованим Верховним Судом у постанові від 29.01.2018 р. у справі № 910/12574/17 [18]. Відтак, вирішуючи справу за кондикційним позовом, суду найперше належить установити, чи мало місце збагачення відповідача. З огляду на це питання про поняття збагачення набуває істотного прикладного значення.

Аналіз останніх досліджень. У сучасній українській правничій науці проблематиці кондикційних зобов'язань загалом присвячено роботи таких дослідників, як: І. Е. Берестова (I. E. Berestova) [2], І. В. Венедіктова (I. V. Venediktova) [6], І. М. Гончаров (I. M. Honcharov) [8], В. М. Ігнатенко (V. M. Ihnatenko) [10], Б. П. Карнаух (B. P. Karnaukh) [11; 12], Г. В. Пучкова (H. V. Puchkova) [24] та ін.

Відповідно до загальноприйнятої точки зору, збагачення має місце у разі а) збільшення майна особи, або б) якщо майно особи не зменшується, за обставин, у яких воно повинно було б зменшитися [26, с. 65]. У першому випадку говорять про збагачення внаслідок *набуття* майна; в другому – про збагачення, внаслідок *збереження* майна. Зазвичай вважається, що саме таке розуміння двох форм збагачення закладено і в ч. 1 ст. 1212 ЦК України, у якій йдеться про особу, яка «*набула* майно або *зберегла* його у себе за рахунок іншої особи».

Однак попри те, що на рівні загального формулювання (дефініції збагачення) науковці в цілому одностайні, подальший аналіз викриває суттєві розбіжності в їхніх поглядах. По-перше, якщо йдеться про таку форму збагачення як *набуття* майна, то чимало дискусій викликає як саме поняття майна (в означеному контексті), так і те, що слід розуміти під його «*набуттям*». У цьому ж річищі найрізноманітніші тлумачення породжує питання про те, чи будь-яке майно може бути предметом збагачення. По-друге, хоча всі згодні з тим, що збагачення може відбуватися через *набуття* або через *збереження*, немає одностайності у тому, які саме випадки слід відносити до *набуття* майна, а які – до *збереження*.

Мета статті – визначити зміст поняття «збагачення» у контексті розуміння підстави виникнення кондикційного зобов'язання.

Виклад основного матеріалу. У цивілістичному дискурсі сформувалося два поняття: «фактичне збагачення» і «юридичне збагачення». Так, одні вчені наполягають на тому, що під безпідставним збагаченням слід розуміти виключно «фактичне збагачення», тобто збагачення шляхом отримання речі у фактичне володіння та користування, без *набуття* будь-якого права на таку річ [26, с. 65]. В основі такої позиції лежить уявлення про «непогрішимість» права: якщо юридичний титул на річ перейшов до набувача, то це не могло статися інакше, аніж

за наявності належної до того підстави, якщо ж підстави не було, то й титул не переходить. Припустивши протилежне, довелося б визнати, що правопорядок може допускати похибку й формально санкціонувати перехід титулу у випадках, коли цього не повинно було б бути. В. В. Билков, зокрема, наполягає, що «безпідставність збагачення неодмінно означає відсутність підстав для переходу відповідного права, так як майнові права можуть виникати і припинятися тільки обґрунтовано» [Цит. за: 7, с. 47].

На противагу зазначеному, правозастосовна практика свідчить про те, що збагачення у контексті кондикційного зобов'язання *може* відбуватися шляхом набуття юридичного титулу (права) на річ. Серед іншого це стосується випадків, коли особа набуває (і належним чином реєструє) право власності на земельну ділянку, відведену їй на підставі рішення місцевої ради, яке в подальшому визнається незаконним.

Так, наприклад, у справі № 6-3090цс15 Бердянська міська рада передала у власність відповідачеві земельну ділянку для індивідуального дачного будівництва в межах норм безоплатної приватизації. Відповідач отримав державний акт на право власності на вказану земельну ділянку. Однак у подальшому прокурор звернувся до суду в інтересах держави із позовом, у якому просив визнати незаконним рішення Бердянської міської ради і зобов'язати відповідача повернути територіальній громаді спірну земельну ділянку як таку, що набута без достатньої правової підстави. Свої вимоги прокурор мотивував тим, що спірна земельна ділянка знаходиться в межах двох кілометрів прибережної захисної смуги уздовж Азовського моря, а тому вона не може бути передана у власність громадянам, оскільки належить до земель водного фонду. Верховний Суд України у постанові від 2 березня 2016 р. визнав задоволення позову законним і обґрунтованим, підкресливши при цьому, що «оскільки рішення міської ради про відчуження спірної земельної ділянки на користь відповідача підлягає скасуванню, то відсутні правові підстави збереження цього майна за відповідачем, а тому до спірних правовідносин... суд правильно застосував положення статті 1212 ЦК України» [17].

Загалом сама історія цивілістичного дискурсу свідчить про те, що кондикція виникла насамперед як засіб корегування «похибок правопорядку». Досить красномовно цю ідею виразив Р. Штаммлер (R. Stammeler): «у зобов'язаннях із безпідставного збагачення проявляється суперечність між технічно оформленим правом і “правильним” правом. В інтересах стабільності правопорядку технічно оформлене право визнає певний перехід майна таким, що відбувся. Але оскільки у деяких випадках такий перехід не є обґрунтованим з точки зору “правильного” права, то зобов'язання із безпідставного збагачення якраз і слугують для того, аби привести технічно оформлене право у відповідність із “правильним” правом» [Наведено за: 7, с. 84]). Подібним чином висловився й інший німецький цивіліст – Й. Колер (J. Kohler), котрий вказав, що у низці випадків право само призводить до несправедливості й потребує самовиправлення [3, с. 305]. Тому, на наш погляд, не слід відкидати можливість необґрунтованого переходу

прав, а разом з нею й можливість безпідставного збагачення шляхом набуття відповідних прав.

Як антипод до теорії «фактичного збагачення» в науковій літературі сформувався підхід, згідно з яким під безпідставним збагаченням слід розуміти виключно «юридичне збагачення», тобто набуття того або іншого суб'єктивного права на річ (насамперед – права власності) [1, с. 68; 9, с. 209; 24, с. 152]. Такий підхід очевидно виник насамперед як результат зіставлення кондикції і віндикації. Його логіка полягає в такому: якщо право власності не перейшло до набувача, це означає, що предмет збагачення залишається власністю потерпілого; а якщо так, то останній має право на віндикацію, і місця для кондикції, відповідно, немає. Звідси робиться висновок, що єдино можливим випадком застосування кондикції, є той, коли внаслідок переходу права власності до набувача потерпілий втрачає титул власності, а разом із ним – і можливість пред'явлення віндикаційного позову. Закономірним наслідком такого підходу є висновок про те, що фактичне володіння й користування річчю (без отримання права на неї) не є збагаченням¹. Утім, такий висновок вочевидь суперечить реаліям цивільного обороту, адже не потребує доведення той факт, що користування річчю має економічну цінність. Тож будучи благом, яке має економічну цінність, придатну до грошового вираження, фактичне володіння й користування річчю цілком здатне бути предметом безпідставного збагачення. Слушність такого підходу підтверджує і судова практика.

Так, у справі № 922/51/15 підприємець придбав у власність нежитлову будівлю у м. Харкові, однак право на використання земельної ділянки, на якій ця будівля була розташована, належним чином не оформив. Згідно з обставинами справи Харківська міська рада ухвалила рішення про надання зазначеної земельної ділянки підприємцеві в оренду для експлуатації та обслуговування нежитлової будівлі (кафе). При цьому тим же рішенням Харківської міської ради підприємця було зобов'язано у місячний строк а) звернутися до управління земельних ресурсів для встановлення меж земельної ділянки на місцевості, та б) звернутися до управління земельних відносин Департаменту містобудування, архітектури та земельних відносин Харківської міської ради для оформлення договору оренди землі. У рішенні також указувалося, що приступати до використання земельної ділянки до встановлення її меж у натурі (на місцевості), одержання документа, що посвідчує право на неї, та державної реєстрації забороняється.

Незважаючи на приписи, що містилися в рішенні Харківської міської ради, договір оренди землі з підприємцем так і не було укладено. Тим не менше, підприємець упродовж тривалого часу (близько трьох років) продовжував фактично користуватися ділянкою, не будучи при тому зареєстрований як

¹ Або, принаймні, не є збагаченням у формі набуття майна, а натомість має розумітися як випадок збереження майна у сенсі заощадження тих коштів, які набувач мусив би витратити, якби володіння й користування мало місце за нормальних умов ринкового обігу, тобто – на оплатній основі. Про цю імплікацію зазначеного підходу буде йтися нижче в контексті обговорення проблеми поділу збагачення на дві форми – набуття і збереження майна.

платник податку на землю з фізичних осіб. Зрештою Харківська міська рада звернулася до суду з вимогою про стягнення з фізичної особи-підприємця грошових коштів у розмірі, що дорівнював розміру орендної плати за землю, яка мала б справлятися з цієї особи в разі укладення з нею договору оренди. Справа розглядалася неодноразово. В остаточному підсумку Вищий господарський суд України в постанові від 12 січня 2017 р. дійшов висновку, що вимоги позивача підлягають задоволенню на підставі положень глави 83 ЦК України. Колегія суддів, зокрема зазначила таке: «Відповідач (набувач), не сплачуючи орендну плату за користування земельною ділянкою за відсутності укладеного договору, збільшує вартість власного майна, а позивач (потерпілий) втрачає належне йому майно (кошти від орендної плати), тобто відбувається факт безпідставного збереження саме орендної плати відповідачем за рахунок позивача. [...] відтак ФОП зобов'язана сплатити Харківській міській раді грошові кошти, безпідставно збережені внаслідок безоплатного користування спірною земельною ділянкою без належного оформлення» [22].

Зважаючи на вищезазначене, маємо, отже, дійти висновку, що безпідставне збагачення може полягати як у «фактичному» збагаченні (коли набувач, не отримуючи права на річ, фактично володіє і користується нею), так і в «юридичному збагаченні» (коли набувач набуває суб'єктивне право на предмет збагачення).

З полемікою довкола «фактичного» і «юридичного» збагачення тісно пов'язана дискусія з приводу того, чи можуть бути предметом збагачення тільки родові чи тільки індивідуально визначені речі. Перша точка зору корелюється із теорією «юридичного» збагачення. Дослідники, які її обстоюють, виходять із того, що змішування однорідних речей є підставою набуття права власності. Згідно з такою позицією родові речі, потрапляючи до майнової сфери набувача, змішуються із майном останнього, внаслідок чого у потерпілого право власності на такі речі припиняється, а в набувача – виникає. Оскільки виникнення в набувача права власності в рамках теорії «юридичного» збагачення визнається необхідною умовою кондикції, звідси робиться висновок, що тільки родові речі можуть бути предметом безпідставного збагачення, позаяк тільки такі речі здатні до змішування, натомість індивідуально визначені речі, не будучи здатними до змішування, залишаються власністю потерпілого, що (відповідно до теорії «юридичного» збагачення) унеможливорює кондикцію [1, с. 68; 2, с. 54; 6, с. 131].

Цікаво, що поєднання теорії «фактичного збагачення» із тим же засновком про змішування як підставу набуття права власності дає у підсумковій протилежний висновок, згідно з яким предметом безпідставного збагачення можуть бути тільки індивідуально визначені речі (оскільки тільки такі речі набувач отримує у фактичне володіння й користування без виникнення права на них). Однак у цьому разі додаткового обґрунтування потребує проблема розмежування кондикції та віндикації. Як один із аргументів на користь цього підходу подеколи наводяться положення законодавства стосовно погіршення предмета збагачення

та витрат на його утримання (ч. 1 ст. 1214 ЦК України). Як стверджується, зазначені положення застосовні виключно до індивідуально визначених речей.

Разом з тим слід зауважити, що засновок, на якому базуються обидва підходи (а саме – твердження про те, що змішування є підставою набуття (і припинення) права власності), є далеко не безспірним [Див.: 8, с. 53–55]. На підтвердження такої думки зазвичай наводиться теоретичний принцип специфікації (*principle of specificity*), згідно з яким право власності може існувати тільки щодо конкретної речі і не може існувати щодо абстрактної (не виокремленої в натурі) кількості речей [5, с. 322, 324; 28, с. 314; 29, с. 269]. Стосовно родових речей це означає, що вони можуть бути предметом права власності тільки за умови, що вони спеціально виокремлені з-поміж маси інших однорідних речей. Іншими словами, не може існувати право власності на абстрактний центнер зерна, який зберігається на елеваторі насипом разом з тоннами іншого такого ж зерна; однак право власності може існувати щодо десяти промаркованих мішків зерна. На цій підставі робиться висновок про те, що змішуючись з іншими речами набувача, майно потерпілого знеособлюється і через те перестає існувати як окремий об'єкт права власності.

З іншого боку, дослідники, які заперечують проти того, щоб визнавати змішування підставою набуття права власності, звертають увагу на те, що перелік підстав припинення права власності, передбачений у цивільному законодавстві, є вичерпним (*numerus clausus*) [8, с. 54].

Вважаємо, що змішування однорідних речей мало б призводити до виникнення права спільної часткової власності. У такому разі особа, чії речі потрапили до майнової сфери іншої особи, мала б змогу вимагати виділення своєї частки в натурі. Однак для цього необхідно внесення відповідних змін до ЦК України.

Наразі ж видається, що питання про те, чи є змішування родових речей підставою набуття права власності, не має вирішального значення, адже незалежно від його вирішення особа, яка втратила родові речі, не має змоги захищатися за допомогою віндикації; тому не залишається іншого ефективного шляху відновлення її становища, окрім як наділення такої особи правом на пред'явлення кондикції.

З огляду на зазначене, слід погодитися із позицією тих авторів, які вважають, що предметом безпідставного збагачення можуть бути як індивідуально визначені, так і родові речі [15, с. 134; 25, с. 22; 26, с. 40; 27, с. 298]. Зокрема, як зауважують Я. М. Романюк та Л. О. Майстренко, особливістю матеріального об'єкта кондикційного зобов'язання є його універсальність – таким об'єктом може бути будь-яке майно: як індивідуально визначене, так і визначене родовими ознаками, у тому числі й грошові кошти [25, с. 22].

Із положень гл. 83 ЦК України загалом і ст. 1212 зокрема слідує, що предметом безпідставного збагачення є майно. Так, у назві цієї глави і в ст. 1212 йдеться про безпідставне «набуття, збереження *майна*». Однак звернення до законодавчого визначення майна свідчить, що воно охоплює далеко не всі блага,

які мають грошову цінність і через те можуть слугувати предметом збагачення. Відповідно до ст. 190 ЦК України «майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки». У той же час наукові дослідження і правозастосовна практика переконливо доводять, що існує чимало інших різноманітних благ, набуття яких слід розцінювати як збагачення, і які при тому не є ані речами, ані майновими правами.

Зокрема, доволі поширеними у вітчизняній судовій практиці є справи, пов'язані із так званим безобліковим споживанням електричної енергії, коли відповідачі за відсутності договору про постачання електричної енергії самовільно підключають належні їм електроустановки до мереж електропостачання. У таких випадках енергетичні компанії звертаються до суду із позовом про стягнення вартості спожитої електроенергії, обґрунтовуючи свої вимоги положеннями гл. 83 ЦК України [19; 20; 21; 23]. У зв'язку з цим Вищий господарський суд України у постанові від 30 січня 2014 р. у справі № 23/5014/2330/2012 дійшов висновку, що «споживання електричної енергії без укладення договору на енергопостачання є безпідставно набутим майном у розумінні ст. 1212 Цивільного кодексу України» [20]. Таким чином, суду довелося поширювально витлумачити поняття майна, оскільки електроенергія при буквальному тлумаченні статей 190 і 179 ЦК України не охоплюється зазначеним поняттям.

У зарубіжній науковій літературі досить жваво обговорюється можливість збагачення шляхом отримання інформації [7, с. 137, 167; 28, с. 298]. Цікавий приклад такого збагачення наводять К. Цвайгерт і Х. Кьотц: особа дізнається від спеціаліста по генеалогії про наявність у неї родинних зв'язків із померлим спадкодавцем, внаслідок чого така особа дістає змогу реалізувати своє право на спадщину. Як зауважують дослідники, в цьому разі вартість такої інформації може бути стягнута шляхом вчинення кондикційного позову [28, с. 298]. Слушним нам також видається твердження В. С. Гербутова про те, що предметом збагачення може бути також ділова репутація і клієнтела [7, с. 167].

У доктрині цивілістики майже одноставно підтримується точка зору, згідно з якою збагачення може відбуватися також шляхом прийняття послуг або результатів робіт. Неважко уявити собі ситуацію, коли фермер, помилившись щодо точних меж своєї ділянки, провів іригаційні роботи та удобрення ґрунту не лише на своїх угіддях, але й на частині сусідніх угідь.

Подібним чином збагачення може також виражатися в поліпшенні індивідуально визначеного майна. У цьому контексті заслуговує на увагу приклад, наведений В. М. Ігнатенко. Після укладення договору міни, за яким сторони обміняли одна на одну дві квартири, одна зі сторін здійснила капітальний ремонт у придбаному приміщенні. Однак у подальшому договір міни було визнано недійсним [10, с. 93]. Повернення квартир у такому разі провадиться на підставі правил про реституцію, тоді як відшкодування вартості поліпшення – на підставі положень про кондикційні зобов'язання.

Зважаючи на те, що предметом збагачення можуть бути найрізноманітніші блага, серед цивілістів часто висловлюється пропозиція розуміти поняття

«збагачення» якомога більш широко. Так, В. С. Гербутов вказує, що «в поняття збагачення... слід включати отримання максимально широкого кола цінностей і благ» [7, с. 167]. Таке трактування значною мірою нагадує підхід Європейського суду з прав людини, у прецедентній практиці якого юридична категорія «майно» послідовно тяжіє до того, аби змістово дорівнятися поняттю економічного добробуту (*economic welfare*) [13, с. 212].

Слід зауважити що в рамках національного правопорядку більш ємною (порівняно із поняттям майна) є категорія «об'єкти цивільних прав», адже відповідно до ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Таким чином, категорія об'єктів цивільних прав охоплює майже усі предмети збагачення, які (відповідно до буквального тлумачення ст. 190 ЦК України) не можуть бути визнані майном, за винятком, напевне, лише поліпшення індивідуально визначеної речі, яке будучи невіддільним від самої речі, не може бути кваліфіковане як окремий об'єкт цивільного права.

Як уже зазначалося вище, в доктрині прийнято розподіляти збагачення на дві форми: набуття і збереження. Під набуттям зазвичай розуміють отримання особою різноманітних майнових прав; натомість до випадків збереження відносять безпідставне отримання послуг або результатів робіт, користування чужим майном і звільнення від зобов'язання внаслідок його помилкового виконання іншою особою (потерпілим). При цьому пояснюється, що отримуючи неналежні їй послуги або результати робіт, особа таким чином зберігає власні кошти, які вона повинна була б витратити для придбання таких послуг чи робіт за умов нормального обігу [9, с. 209–210]. Однак до цієї тези можна висловити два застереження. По-перше, у такому міркуванні вислів «повинна була б витратити» не тотожний юридичній модальності «зобов'язана була витратити» – йдеться натомість лише про гіпотетичне припущення. Юридичний же обов'язок платити виникає із самого кондикційного зобов'язання. Ситуація принципово інша, однак тоді коли потерпіла особа помилково сплачує чужий борг, який виник із чинного договору. У такому разі набувач уникає необхідності витрачати кошти, які він у суворо юридичному сенсі «зобов'язаний» був витратити. По-друге, у ст. 177 ЦК України послуги і результати робіт поряд із речами і майновими правами названі об'єктами цивільних прав. У зв'язку з цим виникає питання: чому отримання одних об'єктів (таких як майнові права) кваліфікується як набуття, у той час як отримання інших (результати робіт, послуги) – як збереження. З таким же успіхом можна було б говорити про те, що безпідставно набувши право власності на річ, особа збагатилася шляхом збереження коштів, які вона повинна була б витратити на придбання такої речі. Таким чином, нам видається, що із теоретичної точки зору послідовним буде визнавати збагаченням у формі «набуття» усі випадки отримання різноманітних об'єктів цивільних прав, що мають майнову цінність.

Натомість під «збереженням» слід розуміти випадки звільнення набувача від покладених на нього обов'язків.

На перший погляд може здатися, що випадок звільнення особи від зобов'язання схожий зі звільненням належного особи майна від наявних обтяжень. Проте насправді звільнення майна від обтяжень більш подібне до поліпшення, оскільки, так само як і при поліпшенні, при звільненні майна від обтяжень цінність цього майна зростає.

Висновки. Спираючись на наведені вище аргументи, можна зробити висновок, що поняття збагачення в контексті кондикційного зобов'язання має визначитися як збільшення активів або зменшення пасивів майнової сфери особи. При цьому під збільшенням активів слід розуміти: а) набуття будь-яких об'єктів цивільних прав, що мають майнову цінність (в тому отримання послуг, робіт, інформації тощо) та б) збільшення цінності наявних речей внаслідок їхнього поліпшення або звільнення їх від обтяжень. Зменшенням пасивів слід визнавати зменшення обсягу наявних в особи обов'язків.

Список літератури:

1. Беляневич О. А. Деякі питання застосування статті 1212 Цивільного кодексу України. *Вісник господарського судочинства*. 2014. № 4. С. 63–73.
2. Берестова І. Е. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2004. 202 с.
3. Бернгефт Ф., Колер И. Гражданское право Германии / под ред. В. М. Нечаева; пер. с нем. Б. М. Брамсона, С. О. Добрина, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева. Санкт-Петербург : Сенат. тип., 1910. XVI; 407 с.
4. Бринцев О. Застосування кондикції в земельних правовідносинах. *Право України*. 2009. № 9. С. 68–73.
5. Буднева Г. Н., Васильев Е. А., Грибанов А. В. и др. Гражданское и торговое право зарубежных государств. Москва : Междунар. отношения, 2005. Т. 1. 579 с.
6. Венедиктова І. В. Охоронюваний законом інтерес в кондикційних зобов'язаннях. *Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна*. Харків : ХНУ, 2012. № 1028. Серія «Право». С. 129–132.
7. Гербутов В. С. Понятие и формы обогащения в кондикционных обязательствах : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2014. 184 с.
8. Гончаров І. В. Цивільно-правові зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення (порівняльно-правове дослідження за законодавством України та країн Європейського Союзу) : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. 212 с.
9. Єфименко І. В. Види кондикційних зобов'язань. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 113. С. 205–212.
10. Игнатенко В. Н. Реализация обязательства из неосновательного обогащения. *Известия Высших учебных заведений. Правоведение*. 2001. № 2. С. 90–97.
11. Карнаух Б. Безпідставне збагачення у праві Давнього Риму. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 138. С. 17–28. DOI: <http://dx.doi.org/10.21564/2414-990x.138.108137>.
12. Карнаух Б. Безпідставне збагачення у праві Давнього Риму: загальна характеристика. *Проблеми цивільного права та процесу : тези доп. учасників наук.-практ. конф. присв. пам'яті О. А. Пушкіна (Харків, 19–20 травня 2017 р.)*. Харків : ХНУВС, 2017. С. 254–256.
13. Карнаух Б. П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 132. С. 205–214. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.132.59090>.

14. Кархалев Д. Н. Кондикционные охранительные правоотношения. *Российский судья*. 2009. № 12. С. 21–24.
15. Назимов И. А. Соотношение виндикации и требований из неосновательного обогащения. *Российский юридический журнал*. 2013. № 1. С. 131–137.
16. Подцерковний О. П., Олюха В. Г. Про застосування інституту безпідставного збагачення при розрахунках у підрядних відносинах. *Вісник господарського судочинства*. 2013. № 3. С. 147–153.
17. Постанова Верховного Суду від 02.03.2016 р. у справі № 6-3090цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404> (дата звернення: 26.03.2018).
18. Постанова Верховного суду від 29.01.2018 р. у справі № 910/12574/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71860584> (дата звернення: 26.03.2018).
19. Постанова Вищого господарського суду України від 1 березня 2012 р. у справі № 5002-29/3157-2011. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21677519> (дата звернення: 26.03.2018).
20. Постанова Вищого господарського суду України від 10 червня 2013 р. у справі № 23/5014/2330/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31893404> (дата звернення: 26.03.2018).
21. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 грудня 2014 р. у справі № 6-30166св14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41993312> (дата звернення: 26.03.2018).
22. Постанова Вищого господарського суду України від 12 січня 2017 р. у справі № 922/51/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64098867> (дата звернення: 26.03.2018).
23. Постанова Вищого господарського суду України від 22 вересня 2011 р. у справі № 5002-25/125-2011. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18383147> (дата звернення: 26.03.2018).
24. Пучкова Г. В. Зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення, за римським приватним правом та їх реценсія у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2007. 198 с.
25. Романюк Я. М. Реституція, виндикація, кондикція, відшкодування шкоди: окремі аспекти співвідношення та розмежування. *Вісник Верховного Суду України*. 2014. № 10. С. 22–31.
26. Соломина Н. Г. Универсальность кондикционного обязательства в российском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. 339 с.
27. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : монографія / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2014. 672 с.
28. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение : в 2 т. Москва : Междунар. отношения, 1998. Т. 2. 512 с.
29. Fiorentini F., Antonioli L. A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference. 2011. Munich : Sellier European Law Publishers. 476 pp.

References:

1. Belianevych, O.A. (2014). Deiaki pytannia zastosuvannia statti 1212 Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy. *Visnyk hospodarskoho sudochynstva*, 4, 63–73 [in Ukrainian].
2. Berestova, I.E. (2004). Zoboviazannia z nabuttia, zberezhennia maina bez dostatnoi pravovoi pidstavy. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
3. Berngeft, F., Kohler, J. (1910). *Grazhdanskoe pravo Germanii*. V. M. Nechaev (Ed.). St. Petersburg: Senatskaya Tipografiya [in Russian].
4. Bryntsev, O. (2009). Zastosuvannia kondyktysii v zemelnykh pravovidnosynakh. *Pravo Ukrainy*, 9, 68–73 [in Ukrainian].
5. Budneva, G.N., Vasilev, E.A., Gribanov, A. V. et al. (2005). *Grazhdanskoe i torgovoe pravo zarubezhnykh gosudarstv*. Moscow: *Mezhdunarodnyie otnosheniya*. Vol. 1 [in Russian].
6. Venediktova, I.V. (2012) Okhoroniuvanyi zakonom interes v kondyktysiiynykh zoboviazanniakh. *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu imeni V. N. Karazina. Seriiia «Pravo», Issue 1028*, 129–132.

7. Gerbutov, V.S. (2014). Ponyatie i formy obogascheniya v kondiktsionnykh obyazatelstvakh. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
8. Honcharov, I.V. (2016). Tsyvilno-pravovi zoboviazannia, shcho vynykaiut vnaslidok bezpidstavnoho zbahachennia (porivnialno-pravove doslidzhennia za zakonodavstvom Ukrainy ta krain Yevropeiskoho Soiuzu). *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
9. Iefymenko, I.V. (2011). Vydy kondyktiinykh zoboviazan. *Problemy zakonnosti, Issue 113*, 205–212 [in Ukrainian].
10. Ignatenko, V.N. (2001). Realizatsiya obyazatelstva iz neosnovatel'nogo obogascheniya. *Izvestiya Vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, 2, 90–97 [in Russian].
11. Karnaukh, B. (2017). Bezpidstavne zbahachennia u pravi Davnoho Rymu. *Problemy zakonnosti, Issue 138*, 17–28. DOI: <http://dx.doi.org/10.21564/2414-990x.138.108137> [in Ukrainian].
12. Karnaukh, B. (2017). Bezpidstavne zbahachennia u pravi Davnoho Rymu: zahalna kharakterystyka. *Problemy tsyvilnoho prava ta protsesu: proceedings of the Scientific and Practical Conference*. Kharkiv: KhNUVS, 254–256 [in Ukrainian].
13. Karnaukh, B.P. (2016). Poniattia maina v konteksti statti 1 Protokolu № 1 do Yevropeiskoi konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod. *Problemy zakonnosti, Issue 132*, 205–214. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.132.59090> [in Ukrainian].
14. Karhalev, D.N. (2009). Kondiktsionnyie ohranitelnyie pravootnosheniya. *Rossiyskiy sudya*, 12, 21–24 [in Russian].
15. Nazimov, I.A. (2013). Sootnoshenie vindikatsii i trebovaniy iz neosnovatel'nogo obogascheniya. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, 1, 131–137 [in Russian].
16. Podtserkovnyi, O.P., Oliukha, V.H. (2013). Pro zastosuvannia instytutu bezpidstavnoho zbahachennia pry rozrakhunkakh u pidriadnykh vidnosynakh. *Visnyk hospodarskoho sudochynstva*, 3, 147–153 [in Ukrainian].
17. Decision of Supreme Court, 2 March 2016, case No. 6-3090цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404>.
18. Decision of Supreme Court, 29 January 2018, case No. 910/12574/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71860584>.
19. Decision of Supreme economic court of Ukraine, 01 March 2012, case No. 5002-29/3157-2011. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21677519>.
20. Decision of Supreme economic court of Ukraine, 10 June 2013, case No. 23/5014/2330/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31893404>.
21. Decision of Supreme economic court of Ukraine, 10 December 2014, case No. 6-30166св14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41993312>.
22. Decision of Supreme economic court of Ukraine, 12 January 2017, case No. 922/51/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64098867>.
23. Decision of Supreme economic court of Ukraine, 22 September 2011, case No. 5002-25/125-2011. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18383147>.
24. Puchkova, H.V. (2007). Zoboviazannia, shcho vynykaiut vnaslidok bezpidstavnoho zbahachennia, za rymskym pryvatnym pravom ta yikh retsepsiia u tsyvilnomu pravi Ukrainy. *Candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
25. Romaniuk, Ya.M. (2014). Restytutsiia, vindykatsiia, kondyktiia, vidshkoduvannia shkody: okremi aspekty spivvidnoshennia ta rozmezhuvannia. *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy*, 10, 22–31 [in Ukrainian].
26. Solomina, N.G. (2009). Universalnost kondiktsionnogo obyazatelstva v rossiyskom grazhdanskom prave. *Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].
27. Spasibo-Fateeva, I.V. (Ed.). (2014). Harkovskaya tsivilisticheskaya shkola: zaschita sub'ektivnykh grazhdanskih prav i interesov. Kharkov: Pravo [in Russian].
28. Zweigert, K., Kotz, H. (1998). Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie. (Vols. 1–2; Vol. 2). Moscow: Mezhdunarodnyie otnosheniya [in Russian].
29. Fiorentini, F., Antonioli, L. (2011). A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference. Munich: Sellier European Law Publishers.

Vashtareva Ye. A., External PhD student at the Department of Civil Law No. 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : vashtareva.ea@gmail.com

The concept of enrichment within the context of condictio obligation

The article addresses the concept of enrichment within the context of obligations arising out of the unjustified acquisition or retention of assets (also known as condictio obligations). Having analyzed critically two current theories (namely the “factual” enrichment theory and “juridical” enrichment theory) the author concludes that enrichment can consist both in the acquisition of jus in rem and in title-less possession and use of the property. Within this framework it is also argued that both specified and generic things can constitute the object of enrichment. The author critically assesses the provision of Ukrainian legislation under which only the property can be the object of enrichment, since there are a lot of other assets that have economic value though they are not encompassed in legislative definition of property. However, those assets are covered by a broader concept, viz the concept of “objects of civil rights”.

Keywords: unjustified enrichment; condictio; condictio action; non-contractual obligation.

Надійшла до редколегії 16.04.2018 р.



Довгуша Микола Петрович,
здобувач кафедри цивільного права,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ
e-mail: dovgushamikola@ukr.net
ORCID 0000-0001-9994-7357

doi: 10.21564/2414–990x.141.132777
УДК 347.763

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

Досліджено загальну характеристику договору транспортного експедирування. Незважаючи на його законодавче визнання, а також на існування численних наукових праць, присвячених аналізу цього зобов'язання, проблеми з застосуванням, реалізацією та регулюванням цієї юридичної конструкції все ж таки існують. Зроблено висновок про те, що особливістю договору транспортного експедирування є можливість експедитора надавати послуги як фактичного (технічного), так і юридичного характеру.

Ключові слова: договір транспортного експедирування; транспортно-експедиторська діяльність; договір про надання послуг; предмет договору; транспорт; логістика.

Довгуша Н. П., соискатель кафедры гражданского права, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Украина, г. Киев.
e-mail : dovgushamikola@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9994-7357

Общая характеристика договора транспортного экспедирования

Исследуется общая характеристика договора транспортного экспедирования. Несмотря на его законодательное признание, а также существование многочисленных научных трудов, посвященных исследованию этого обязательства, проблемы с применением, реализацией и регулированием этой юридической конструкции все же существуют. Сделан вывод о том, что особенностью договора транспортного экспедирования является возможность экспедитора предоставлять услуги как фактического (технического), так и юридического характера.

Ключевые слова: договор транспортного экспедирования; транспортно-экспедиторская деятельность; договор об оказании услуг; предмет договора; транспорт; логистика.

Постановка проблеми. У сучасних умовах проблема правового регулювання договору транспортного експедирування не втрачає актуальності. Адже існування такого зобов'язання, як договір транспортного експедирування,

звільняє суб'єктів господарювання та суб'єкти цивільно-правових відносин від зайвих проблем, пов'язаних із перевезенням вантажу.

Договір транспортного експедирування є найбільш вдалою юридичною конструкцією, яка уможливорює найбільш ефективне перевезення вантажу не тільки з точки зору клієнта – суб'єкта господарювання або учасника цивільно-правових відносин, але й з точки зору виконавця – експедитора. Адже цей правочин дозволяє оптимізувати їхні затрати, як фінансові, так і трудові.

Але тривалий час досліджуваний договір не знаходив свого законодавчого закріплення, що пояснюється його складною природою. Лише з 2004 р., з часу прийняття Цивільного кодексу України, відбулось офіційне законодавче «визнання» існування договору транспортного експедирування. Так, глава 65 Цивільного кодексу України містить сім статей, присвячених регулюванню означеного договору. Ними встановлено поняття договору транспортного експедирування, а також вимоги до його форми та укладення. Господарський кодекс України, що регулює відносини між суб'єктами господарювання, містить лише одну статтю – 316, присвячену регулюванню договору транспортного експедирування.

1 липня 2004 р. набув чинності спеціальний нормативно-правовий акт, що регулює діяльність у сфері транспортного експедирування – Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність». Ним встановлено порядок здійснення транспортно-експедиторської діяльності. Частина 1 ст. 8 та п. 2 ст. 16 Закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» ввели у систему правовідносин експедитора та вантажовласника поняття «правила транспортно-експедиторської діяльності». Однак ці правила мають бути затверджені урядом України, чого досі не сталося.

Незважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених договорам про надання послуг взагалі та договору транспортного експедирування зокрема, науковці не одноставні у визначенні правової природи договору транспортного експедирування.

Правове становище транспортної експедиції закріплено у главі 65 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), Законі України «Про транспортно-експедиторську діяльність», що свідчить про самостійність цього договору [9, с. 43; 15, с. 28; 2, с. 237–243]. Але в Господарському кодексі України (далі – ГК України) договору транспортного експедирування присвячено лише одну ст. 316 гл. 32 «Правове регулювання перевезень вантажів», з огляду на що можна говорити лише про допоміжну роль договору транспортного експедирування у договорах перевезення. Як допоміжний договір, транспортну експедицію розглядали В. В. Луць [35, с. 276; 34, с. 221–224] та Ю. В. Романець [28, с. 438–439].

На нашу думку, аналіз правової природи договору транспортної експедиції та договору перевезення вантажів дозволить уникнути проблем при захисті порушених, оспорюваних, невизнаних прав або охоронюваних законом інтересів у суді.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблема договору транспортного експедирування присвячені роботи І. А. Діковської [7], Н. С. Золотникової [9], В. В. Луця [34; 35], О. С. Кужко [15] та ін. Але і досі залишається невирішеною низка питань щодо співвідношення договору транспортного експедирування, його сутності і місця в системі договірних зобов'язань, співвідношення з іншими договорами про надання послуг та співвідношення з договором перевезення вантажу.

Мета публікації – дати загальну характеристику договору транспортного експедирування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 929 ЦК України за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плату і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу. Таке саме визначення договору транспортного експедирування закріплено у ст. 316 ГК України.

Досліджуваний договір за своєю юридичною природою належить до договорів про надання послуг. Отже, об'єктом цивільних правовідносин, що виникають при укладанні договору транспортної експедиції, є такі блага, як послуги.

Послуга розглядається як у економічному, так і в юридичному аспектах, адже при створенні економічних моделей, що мають працювати на сучасному не тільки національному, але й світовому ринках (а договір транспортного експедирування досить часто укладається за участі іноземного суб'єкта господарювання), виникає необхідність правильного їх закріплення на законодавчому рівні.

Сьогодні в економіці склалось декілька підходів до трактування категорії «послуги». Прихильники процесуального підходу розглядають її як діяльність: а) що націлена на річ і/або на людину [17, с. 34]; б) що націлена на задоволення потреби шляхом надання (виробництва) відповідних цій потребі благ матеріального і нематеріального характеру [10, с. 4]; в) яку можна запропонувати клієнту для безпосереднього споживання [6, с. 163]; г) яку одна сторона може запропонувати іншій [21, с. 748]; д) для досягнення певної мети [33, с. 25]; є) що приносить благо (користь, допомогу) іншому [20, с. 826]; ж) форму якої набуває благо [31, с. 34]. Представники змістового підходу відстоюють точку зору, відповідно до якої послугою є власне результат діяльності, наприклад: результат одноразової діяльності, що здійснюється виробниками на замовлення споживачів і яка зазвичай приводить до зміни стану одиниць, що споживають ці послуги [16, с. 655]; результати економічної діяльності, які не набувають матеріально-речової форми і задовольняють певні потреби – особисті, колективні, суспільні [11, с. 24].

На нашу думку, обидва ці підходи не можуть бути застосованими до досліджуваного нами договору та тих послуг, що відповідно до нього надаються. Адже якщо розглядати транспортно-експедиційні послуги лише з позиції діяльнісного підходу, то тоді експедитор не зможе надавати клієнтові послуги

юридичного характеру, наприклад, послуги з оформлення митних документів на вантаж. Якщо розглядати транспортно-експедиційні послуги з точки зору змістового підходу, то у такому разі результат цієї діяльності не повинен мати матеріального результату, тобто за цим договором буде неможливим переміщення вантажу з пункту А в пункт Б.

Л. В. Саннікова та О. М. Щуковська визначають послугу як вид блага, що служить засобом задоволення потреб за рахунок здійснення діяльності (шляхом вчинення дій) одним суб'єктом, в корисних якостях якої і міститься суб'єктивний інтерес іншого суб'єкта і на яку у останнього виникає право вимоги [29; 37, с. 22]. Ю. Коваленко, підсумовуючи розгляд послуги через призму економіки, приходить до висновку, що як економічна категорія послуга – це економічне благо, під яким можна розуміти саму діяльність, націлену на задоволення індивідуальної потреби, або результат, що задовольняє індивідуальну потребу або діалектичну єдність діяльності й результату, який досягається у ході цієї діяльності. У сучасному ринковому обміні все частіше йдеться про купівлю-продаж не окремого блага, а комплексу благ. Споживачу пропонуються сукупності споживчих благ, що пов'язані між собою функціонально та символічно, у результаті чого відбувається інтеграція системи потреб у систему послуг [14, с. 40].

Законодавець України також розглядає послуги як благо. Відповідно до ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. С. О. Сліпченко в своєму монографічному дослідженні особистих немайнових правовідносин щодо оборотоздатних об'єктів розглянув зазначену норму у наступному вигляді: «Об'єктами цивільних прав є такі матеріальні та нематеріальні блага, як речі, у тому числі ... результати робіт, послуги...» [30, с. 72]. І він обґрунтував висновок, що категорія «матеріальні та нематеріальні блага» є узагальнюючою стосовно речей, грошей, робіт, послуг та інших об'єктів [30, с. 72].

Отже, під послугою розуміють певне благо, що досягається в результаті здійснення дії (діяльності) і має властивості товару. Це благо, яке має отримати кредитор у результаті вчинення боржником передбачених договором дій, є метою вступу у правовідношення його суб'єктів. За своєю юридичною природою послуги задовольняють потреби суб'єкта правовідношення опосередковано, через поведінку учасників. Випадок отримання як результату зобов'язання уречевленого, матеріального результату зближає послугу з підрядом. Але послуга і підряд – це два різні об'єкти цивільного правовідношення. Уречевлений результат може виражатися в створенні нової речі, а також у здійсненні яких-небудь операцій з існуючими речами. Коли матеріальний результат виражається у створенні нової речі, об'єктом правового відношення виступає саме дана річ. Поняття результату конкретизується настільки, що об'єкт економічних відносин – послуга – у правовідносинах трансформується в об'єкт-річ, і саме річ як кінцевий результат задовольняє інтерес споживача [1, с. 23]. Матеріальні

послуги характеризуються тим, що їхній результат завжди може бути гарантований особою – виконавцем послуги [5, с. 542]. Але з правової точки зору результат послуги не є об'єктом цивільних прав, а в економічному сенсі він є невіддільним від самої послуги і окремо від неї не існує, тому термін «послуга» вживається для позначення як процесу створення продукту, так і самого продукту, який бере участь в обороті. Послуга, як якесь благо, товар, який бере участь в обміні, охоплює і сам процес створення продукту, і його результат [12, с. 9].

Якщо юридичне значення послуги полягає саме у вчиненні дії або провадженні діяльності, то у роботі, крім здійснення цілеспрямованої діяльності, обов'язково має бути певний результат, який і підлягає передачі контрагенту, – так вважає А. А. Телестакова [32, с. 72]. Але О. В. Голіна приходить до висновку, що з погляду права немає підстав для отождолення послуг і робіт. Відносини підрядного типу, тобто ті, які пов'язані з виконанням робіт, завжди спрямовані на створення економічного результату, відокремленого від процесу роботи та вираженого у матеріальній формі. Згідно з ч. 2 ст. 837 ЦК України договір підряду може укладатися на виготовлення, оброблення, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. У договорі про надання послуг (ч. 1 ст. 901 ЦК України) посилення на результат відсутнє, його предметом вважається саме діяльність, благо, яке не має матеріального змісту, але має економічну цінність і корисний ефект для замовника та є невіддільним від діяльності. На відміну від результатів робіт, послуга є неподільним об'єктом, що свідчить про неможливість виконання договору про її надання частинами. Крім того, на відміну від процесу надання послуги, процес виконання підрядних робіт, як правило, триває під поточним контролем замовника, що зумовлює ступінь «самостійності» зобов'язаної за договором сторони та впливає на порядок завершення процесів з надання послуг, виконання робіт. Під час надання послуг замовник у разі потреби може наводити виконавцеві рекомендації для забезпечення належного надання послуги. Проте обов'язок їх урахування виконавцем послуг є другорядним залежно від сутності й виду послуг [3, с. 87]. О. В. Кім називає ще одну відмінність послуги від роботи – оскільки результат послуги, навіть будучи матеріальним, залишається начебто складовою послуги як результат праці і як вартість, окремого акта здачі-прийняття не вимагається [13, с. 42].

Дійсно, ЦК України, а саме глава 63, яка присвячена договорам про надання послуг, не вимагає обов'язкового оформлення акта на підтвердження надання послуг. Хоча на практиці досить часто виникає потреба у складенні відповідного акта про надання послуг (особливо це стосується досліджуваного нами договору), який підтверджує факт надання послуги та прийняття її замовником.

Загалом це можна назвати однією з істотних умов договору, яка хоча й не визначена законом як істотна – істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї

зі сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦКУ). На практиці сторони домовляються, що такий акт складається у двох примірниках і підписується обома сторонами (виконавцем та замовником).

Затвердженої форми акта наданих послуг немає, як немає й порядку його оформлення. Водночас, згідно з Класифікатором видів економічної діяльності транспортно-експедиційні послуги (код 52.29) розглядаються як допоміжна діяльність у галузі транспорту. Економічні та правові основи діяльності у сфері зовнішньоекономічної діяльності, у тому числі й транспортно-експедиційної, регламентовані Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність». У п. 39 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону встановлюється, що транзит товарів – це переміщення товарів, вироблених за межами України, через територію України без будь-якого використання цих товарів на зазначеній території. У п. 3 ч. 1 ст. 4 встановлено, що до видів зовнішньоекономічної діяльності, яку здійснюють в Україні суб'єкти цієї діяльності, належить у тому числі й надання транспортно-експедиційних послуг.

Як зазначає О. Малишкін, для надання актові сили первинного документа його зміст має відповідати вимогам, наведеним у ст. 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» та п. 2.2 Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку. Податкові органи в актах перевірок часто звертають увагу на зміст акта наданих послуг, який має містити інформацію щодо змісту та обсягу господарської операції (деталізація отриманих послуг, загальна вартість), одиницю виміру господарської операції (гривня тощо). Такі документи, як правило, не викликають претензій з боку перевіряльників [18].

Крім цього, у 1998 р. Міжнародна федерація експедиторських асоціацій (ФІАТА) – International Federation of Freight Forwarders Associations (FIATA) надіслала до національних асоціацій експедиторів макет проекту закону «Modelle FIATA» (Типові правила транспортно-експедиторської діяльності). Цими правилами регулюється порядок транспортно-експедиторської діяльності, основні моменти укладення транспортно-експедиторського договору, права та обов'язки сторін, відповідальність, вони містять перелік та опис експедиторських документів міжнародного примірника. Такими документами, зокрема, є мультимодальний коносамент, доручення експедитору, експедиторська розписка та складська розписка.

Основні функції документів ФІАТА полягають у тому, що вони: є гарантією надійності експедиторської фірми і високої якості наданих нею послуг; більш чітко регулюють процес транспортування вантажів на всіх його етапах і в цілому, тобто певною мірою доповнюють договір транспортно експедирування; є умовою здійснення прискорених фінансових розрахунків між покупцем і продавцем, у тому числі шляхом використання документарного акредитива [8].

Мультимодальний коносамент ФІАТА FBL – це оборотний документ експедитора, що приймає на себе обов'язки і відповідальність перевізника. FBL є одним з найбільш часто використовуваних комбінованих транспортних доку-

ментів у світі, який експедитор видає як перевізник і при цьому бере на себе відповідальність за всю транспортну операцію від місця отримання вантажу до місця призначення.

Видача FBL означає: 1. Експедитор бере на себе відповідальність за товари і отримує ексклюзивне право розпоряджатися ними. 2. Товари зовні видаються в хорошому стані. 3. Деталі документів відповідають отриманим інструкціям. 4. Транспортна страховка обговорена з вантажовідправником. 5. Чітко обумовлена кількість виданих оригіналів.

Як транспортний документ, FBL констатує, що товари передані перевізнику, і свідчить, що договір перевезення між перевізником і вантажовідправником укладено і що товари будуть передані вантажоодержувачу або власнику FBL проти уявлення цього документа. FBL обов'язково повинен мати логотип FIATA [24; 19, с. 324; 15, с. 24].

Доручення експедитору ФІАТА (FIATA Forwarding Instructions, FFI) – форма інструкцій з експедирування, що служить для полегшення складання та видачі вантажовласником експедитору повного та чіткого замовлення на транспортно-експедиторські послуги. У FFI вказується інформація, що використовується експедитором при оформленні будь-яких транспортно-експедиторських операцій. Наприклад, умови купівлі-продажу, виплати, страхування, документарного акредитиву, характеристики вантажу, країна походження, інструкція поводження з вантажем (у випадку перевезення небезпечних, негабаритних вантажів). Якщо експедитор не використовує FFI, він повинен збирати цю інформацію з інших документів. FFI заповнюється та засвідчується клієнтом експедитора, передається експедитору разом з іншими документами, такими як митна декларація, сертифікат про походження вантажу, комерційні рахунки-фактури, транспортні документи тощо. Вона може бути підставою для оформлення договору транспортного експедирування. Типова форма FFI становить собою важливий документ, що дозволяє підняти рівень професійних стандартів в експедиторській галузі. Крім цього, вона сприяє спрощенню та уніфікації торговельно-комерційних документів, що передбачені рекомендаціями UNTAD (Конференцією з торгівлі та розвитку ООН) [24; 22, с. 24–25; 15, с. 24–25].

Експедиторська розписка (FIATA Forwarders Certificate of Receipt, FIATA FCR) – документ експедитора, що виступає як агент. Це розписка експедитора про приймання вантажу. Експедитор, що видає FCR, засвідчує, що він прийняв товар і право розпорядження товару надалі належить виключно йому. Продавець отримує FCR як підтвердження того, що він виконав свої обов'язки щодо продажу. З моменту видачі FCR продавець втрачає право розпорядження вантажем, про що свідчить відповідний пункт FCR, згідно з яким інструкція з експедирування може бути змінена чи скасована тільки за умови повернення експедитору оригінала FCR. Приймаючи від експедитора FCR, продавець підтверджує це.

Для сплати вантажу покупець має бути впевненим, що вантаж перебуває поза контролем продавця. Гарантією такої впевненості є FCR, який підтвер-

джує, що з цього моменту експедитор бере відповідальність за вантаж та має ексклюзивне право розпоряджатися вантажем. Крім цього, при видачі FCR експедитор гарантує, що вантаж буде збережено у належному стані (тобто його стан не погіршиться до моменту отримання), усі деталі документа повністю відповідають отриманим інструкціям, та товаросупровідні документи, що видав перевізник, відповідають FCR та зобов'язанням, прийнятим експедитором відповідно до FCR.

Головне правило видачі FCR: цей документ видається тільки за умови безвідкличності інструкцій вантажовідправника, після його видачі вантажовідправник втрачає всі права на розпорядження вантажем, а експедитор не може одержувати від нього будь-яких додаткових вказівок, розпоряджень чи будь-яким іншим чином залежати від вантажовідправника [24; 15, с. 25–26].

Складська розписка (FIATA Warehouse Receipt, FWR) включає інформацію не тільки про товар (вантаж) і його власника (depositor), але й про фактичного постачальника товару (supplier), держателя складу (warehouse keeper), найменування складу, а також відомості про транспортний засіб, на якому товар було доставлено на склад, про страхування товару [24; 15, с. 26].

Висновок. Договір транспортного експедирування законодавцем віднесений до договорів з надання послуг і відповідає майже всім його ознакам. Але він завжди матиме й елементи підрядного договору. Тож залежно від виду укладеного договору він буде поєднувати в собі комбінації умов юридичного та фактичного характеру, що можуть надаватися клієнтові експедитором. Адже особливістю досліджуваного договору є можливість експедитора здійснювати дії як фактичного (технічного) характеру, так і юридичного, що будуть підтверджуватися відповідними документами.

Список літератури:

1. Баринов Н. А. Права граждан по договору бытового заказа и их защита. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1973. 162 с.
2. Вишняков О. В. Співвідношення Господарського кодексу з новим Цивільним кодексом. *Україна – проблема ідентичності: людина, економіка, суспільство* : матеріали конф. укр. випускників програм наукового стажування у США (Львів, 18–21 вересня 2003 р.). Київ : Стило. 2003. С. 237–243.
3. Голіна О. В. Господарсько-правова інституціоналізація договорів про надання послуг : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. 209 с.
4. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.
5. Кротов М. В. Гражданское право : учебник. В 2 ч. / отв. ред.: Сергеев А. П., Толстой Ю. К. Москва : Проспект, 1998. Ч. 2. С. 337–647.
6. Грищенко І. Формування конкурентного середовища на ринку послуг України. *Вісник Київського національного торговельно-економічного університету*. 2007. № 5. С. 163–166.
7. Діковська І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 203 с.
8. Документы ФИАТА. Теория и практика применения. URL: <http://www.cardel.ru/mezhdunar/fiata/> (дата звернення 16.03.2018).
9. Золотнікова Н. С. Місце договору транспортного експедирування серед інших договорів про надання послуг. *Митна справа*. 2004. № 3. С. 42–47.

10. Иванов Н. Н. Сфера услуг как объект исследования и управления. Санкт-Петербург : Изд-во СПбГУЭФ, 2000. 21 с.
11. Калачова І. В. Статистика послуг: концептуальні основи реформування. *Статистика України*. 2001. № 4. С. 24–28.
12. Ким Е. В. Вопросы общего учения об обязательствах по оказанию услуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2007. 26 с.
13. Ким Е. В. Услуга как объект обязательства. *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2005. № 3 (260). С. 38–45.
14. Коваленко Ю. Теоретичні аспекти сутності послуги та її види. *Вісник Київського національного торговельно-економічного університету*. 2012. № 2. С. 38–46.
15. Кужко О. С. Договір транспортного експедирування : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2008. 208 с.
16. Курс социально-экономической статистики : учебник для вузов / ред. проф. М. Г. Назарова. Москва : Финстатинформ, ЮНИТИ-ДАНА, 2000. 771 с.
17. Лавлок К. Маркетинг услуг: персонал, технология, стратегия. Москва : Вильямс, 2005. 1008 с.
18. Малишкін О. Транспортно-експедиційні послуги в обліку-1. Дебет-кредит. 2011. № 45. URL: <https://online.dtki.ua/Book/«ДК»%20№45.epub/navPoint-10> (дата звернення 17.03.2018).
19. Милославская С. В., Плужников К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. Москва : РосКонсульт, 2001. 368 с.
20. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Российская Академия Наук; Российский фонд культуры, 1994. 928 с.
21. Котлер Ф. Основы маркетинга. 2-е изд. Санкт-Петербург : Вильямс, 1999. 1152 с.
22. Позолотин Л. А., Торский В. Г. Международные конвенции, кодексы, рекомендации ИМО и МОТ : учеб. пособие. Одесса : Астрапринт, 1998. 108 с.
23. Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку : наказ Міністерства фінансів України від 08.11.2010 р. № 1327. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95> (дата звернення: 17.01.2018).
24. Правила і рекомендації по користуванню документами і формами FIATA від 08.10.2009 р. Асоціація міжнародних експедиторів, 2009. № 2. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/vWWWGroupParam1/new_law?OpenDocument&ExpandView&Seq=5&RestrictToCategory=2012.12.24 (дата звернення: 10.01.2018).
25. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні : Закон України від 16.07.1999 р. № 996-XIV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1999. № 40. Ст. 365.
26. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. 1991. № 29. Ст. 377.
27. Про транспортно-експедиторську діяльність : Закон України від 01.07.2004 р. № 1955-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 52. Ст. 2056.
28. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. Москва : Юристъ, 2001. 496 с.
29. Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве. Москва : Волтерс Клувер, 2006. 160 с.
30. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотозданих об'єктів : монографія. Харків : Діса плюс, 2013. 552 с.
31. Современный экономический словарь / ред. Б. А. Райзберг. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : ИНФРА-М, 2007. 495 с.
32. Телестакова А. А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 204 с.
33. Хаксевер К., Рендер Б., Рассел Р., Мердик Р. Управление и организация. 2-е изд. Санкт-Петербург : Питер, 2002. 350 с.

34. Підпригора О. А. Цивільне право : навч. посіб. для студентів юридичних вузів та факультетів. Київ : Вентури, 1996. 480 с.
35. Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / ред. О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Кн. 2. 640 с.
36. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. С. 461.
37. Щуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг : дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2001. 213 с.

References:

1. Barinov, N.A. (1973). Prava grazhdan po dogovoru bytovogo zakaza i ih zashhita. Saratov: Izd-vo Saratov. un-ta [in Russian].
2. Vishnjakov, O.V. (2003). Spivvidnoshennja Gospodars'kogo kodeksu z novim Civil'nim kodeksom. *Ukraina – problema identichnosti: ljudina, ekonomika, suspil'stvo*: proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kyiv: Stilos [in Ukrainian].
3. Golina, O.V. (2016). Gospodars'ko-pravova institucionalizacija dogovoriv pro nadannja poslug. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
4. Hospodarskyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukraini vid 16.01.2003 r. № 436-IV. (2003). *Ofitsiynij visnyk Ukrainy*, № 11, art. 462.
5. Krotov, M.V. (1998). Grazhdanskoe pravo. (Part 1–2; part 2). Ownership Sergeev A. P., Tolstoj Ju. K. (Eds.). Moscow: Prospekt [in Russian].
6. Grishhenko, I. (2007). Formuvannja konkurentnogo seredovishha na rinku poslug Ukraini. *Visnik Kiïvs'kogo nacional'nogo torgovel'no-ekonomichnogo universitetu – Bulletin of the Kiev National Trade and Economic University*, 5, 163–166 [in Ukrainian].
7. Dikovs'ka, I.A. (2002). Dogovir povitranogo charteru u mizhnarodnomu privatnomu pravi. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
8. Dokumenty FIATA. Teorija i praktika primenenija. URL: <http://www.cardel.ru/mezhdunar/fiata/> [in Russian].
9. Zolotnikova, N.S. (2004). Mistse dohovoru transportnoho ekspedyruvannia sered inshykh dohovoriv pro nadannia poslug. *Mytna sprava – Customs business*, 3, 42–47 [in Ukrainian].
10. Ivanov, N.N. (2000). Sfera uslug kak ob'ekt issledovanija i upravlenija. St.Petersburg: Izd-vo SPbGUJeF [in Russian].
11. Kalachova, I.V. (2001). Statystyka poslug: kontseptualni osnovy reformuvannia. *Statystyka Ukrainy – Statistics of Ukraine*, 4, 24–28 [in Ukrainian].
12. Kim, E.V. (2007). Voprosy obshhego uchenija ob objazatel'stvah po okazaniju uslug. *Extended abstract of candidate's thesis*. St.Petersburg [in Russian].
13. Kim, E.V. (2005). Usluga kak ob'ekt objazatel'stva. *Izvestija vysshih uchebnyh zavedenij. Pravovedenie – News of higher educational institutions. Jurisprudence*, 3 (260), 38–45 [in Russian].
14. Kovalenko, Yu. (2012). Teoretychni aspekty sutnosti posluhy ta yii vydy. *Visnyk Kyïvskoho natsionalnoho torhovel'no-ekonomichnogo universytetu. Bulletin of the Kiev National Trade and Economic University*, 2, 38–46 [in Ukrainian].
15. Kuzhko, O.S. (2008). Dohovir transportnoho ekspedyruvannia. *Candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
16. Nazarov, M.G. (Ed.). (2000). Kurs social'no-jekonomicheskoy statistiki. Moscow: Finstatinform, JuNITI-DANA [in Russian].
17. Lavlok, K. (2005). Marketing uslug: personal, tehnologija, strategija. Moscow: Vil'jams [in Russian].
18. Malishkin, O. (2011). Transportno-ekspedytsiini posluhy v obliku-1. *Debet-kredit – Debit credit*, 45. URL: <https://online.dtkr.ua/Book/«DK»%20№45.epub/navPoint-10> [in Ukrainian].
19. Miloslavskaja, S.V., Pluzhnikov, K.I. (2001). Mul'timodal'nye i intermodal'nye perevozki. Moscow: RosKonsul't [in Russian].

20. Ozhegov, S.I., Shvedova, N.Ju. (1994). *Tolkovyj slovar' russkogo jazyka: 80000 slov i frazeologicheskikh vyrazhenij*. Moscow: Rossijskaja Akademiya Nauk; Rossijskij fond kul'tury [in Russian].

21. Kotler, F. (1999). *Osnovy marketinga*. St. Petersburg: Vil'jams [in Russian].

22. Pozolotin, L.A., Torskij, V.G. (1998). *Mezhdunarodnye konvencii, kodeksy, rekomendacii IMO i MOT*. Odessa: Astraprint [in Russian].

23. Polozhennia pro dokumentalne zabezpechennia zapysiv u bukhholderskomu obliku. Nakaz Ministerstva finansiv Ukrainy vid 08.11.2010 r. № 1327. (2010). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95> [in Ukrainian].

24. Pravila i rekomendacii po koristuvannju dokumentami i formami FIATA vid 08.10.2009 r. № 2. (2009). *Asociacija mizhnarodnih ekspeditoriv*, 2. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/vWWWGroupParam1/newLaw?OpenDocument&ExpandView&Seq=5&RestrictToCategory=2012.12.24 [in Ukrainian].

25. Pro buhgalters'kij oblik ta finansovu zvitnist' v Ukraïni: Zakon Ukraïni vid vid 16.07.1999 r. № 996-XIV. (1999). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR)*, 40, art. 365.

26. Pro zovnishn'oekonomichnu dij'al'nist': Zakon Ukraïni vid 16.04.1991 r. № 959-XII. (1991). *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR (VVR)*, 29, art. 377.

27. Pro transportno-ekspeditor's'ku dij'al'nist': Zakon Ukraïni vid 01.07.2004 p. № 1955-IV. (2004). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 52, art. 2056.

28. Romanec, Ju.V. (2001). *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii*. Moscow: Jurist' [in Russian].

29. Sannikova, L.V. (2006). *Uslugi v grazhdanskom prave*. Moscow: Volters Kluver [in Russian].

30. Slipchenko, S.O. (2013). *Osobisti nemajnovi pravovidnosini shhodo oborotozdanij ob'iektiv*. Kharkiv: Disa pljus [in Ukrainian].

31. Rajzberg, B.A. (Ed.). (2007). *Sovremennyj jekonomicheskij slovar'*. Moscow: INFRA-M [in Russian].

32. Telestakova, A.A. (2008). *Sistema dogovoriv pro nadannja poslug v civil'nomu pravi Ukraïni*. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

33. Haksever, K., Render, B., Rassel, R., Merdik, R. (2002). *Upravlenie i organizacija*. St. Petersburg: Piter [in Russian].

34. Pidoprigora, O.A. (1996). *Civil'ne pravo*. Kyiv: Venturi [in Ukrainian].

35. Dzera, O.V., Kuznyetsova, N.S. (Eds.). (2004). *Tsyvilne pravo Ukrainy*. (Vols 1–2; Vol. 1). Kyiv: Jurinkom Inter [in Ukrainian].

36. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 435-IV. (2003). *Ofitsiyniy visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 11, art. 461.

37. Shhukovskaja, O.M. (2001). *Pravovoe regulirovanie dejatel'nosti po okazaniju pravovyh uslug*. *Candidate's thesis*. St. Petersburg [in Russian].

Dovgusha M. P., Applicant of the Department of Civil Law of Kyiv Taras Shevchenko National University, Ukraine, Kyiv.

e-mail : dovgushamikola@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9994-7357

General characteristic of the contract of transport forwarding

The proposed article is devoted to the study of the general characteristics of the contract of transport forwarding. Despite its legislative recognition, as well as the existence of numerous empirical papers are devoted to the study of this obligation, problems with the application, implementation and regulation of this legal design still exist. We made the conclusion that the peculiarity of the freight forwarding contract is the possibility of the freight forwarder to provide services of both actual (technical) and legal nature.

In the Ukrainian modern situation, the problem of legal regulation of the transport forwarding contract is becoming more and more relevant, despite the fact that it is sufficiently explored from the point of view of science. This situation is conditioned by several factors, one of which is the successful

geographical position of our country and its size. Due to the existence of such an obligation, as the contract of transport forwarding, enterprises or subjects of civil law relations are exempt from unnecessary problems associated with the transportation of cargo.

The contract of transport forwarding is the most successful legal construction due to which the most effective cargo transportation is carried out not only from the point of view of the client – a business entity or a participant in civil law relations, but also from the point of view of the freight forwarder. After all, this transaction allows you to optimize their costs – both financial and labor.

But for quite a long time the studied contract did not find its legislative fixation, which is explained by its complex nature. But since 2004, since the adoption of the Civil Code of Ukraine, an official legislative «recognition» of the existence of a freight forwarding agreement took place. Thus, Chapter 65 of the Civil Code of Ukraine contains seven articles on the regulation of the said treaty. They establish the concept of the contract of transport forwarding, as well as the requirements for its form. The economic code of Ukraine regulating relations between business entities contains only one article – 316, devoted to regulating the contract of transport forwarding.

July 1, 2004 came into force a special regulatory act regulating activities in the field of transport forwarding – the Law of Ukraine «On transport and forwarding activities.» It establishes the procedure for carrying out freight forwarding activities. Part 1 of Art. 8 and p. 2 of Art. 16 of the Law of Ukraine «On Freight Forwarding Activity» introduced the concept of «rules of transport and freight forwarding» into the system of legal relations of the freight forwarder and cargo owner. But these rules should have been approved by the government of Ukraine, and to date this has not happened.

Despite the legislative recognition of the contract of transport forwarding, as well as the existence of numerous scientific works devoted to the study of this obligation, but problems with the application, implementation and regulation of this legal design still exist. The proposed article is devoted to the study of the general characteristics of the contract of transport forwarding.

Keywords: transport forwarding contract; transport and forwarding activity; service agreement; subject of the contract.

Надійшла до редколегії 04.04.2018 р.

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО



Шарапова Світлана Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри земельного та аграрного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: sv.vetasharapova@gmail.com
ORCID 0000-0001-6731-7772

doi: 10.21564/2414–990x.141.129895
УДК 349.4

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РАЦІОНАЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Проаналізовано національне законодавство щодо раціонального використання земель лісогосподарського призначення. Розглянуто проблему щодо деградації земель та ґрунтів як на території України, так і в інших країнах. Вивчено наукові погляди щодо поняття раціонального використання земель. Системний аналіз законодавства в галузі раціонального використання земель лісогосподарського призначення дозволяє стверджувати, що воно перебуває на етапі становлення і потребує вдосконалення.

Ключові слова: охорона; землі; раціональне використання; деградація; ґрунти.

Шарапова С. В., кандидат юридических наук, доцент кафедри земельного и аграрного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail : sv.vetasharapova@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6731-7772

Некоторые вопросы рационального использования земель лесохозяйственного назначения

Анализируется национальное законодательство о рациональном использовании земель лесохозяйственного назначения. Рассматривается проблема деградации земель и почв как на территории Украины, так и в других странах. Исследованы научные взгляды на понятие рационального использования земель. Системный анализ законодательства в сфере рационального использования земель лесохозяйственного назначения позволяет утверждать, что оно находится на этапе становления и нуждается в усовершенствовании.

Ключевые слова: охрана; земли; рациональное использование; деградация; почвы.

Вступ. Одне з головних завдань земельної реформи – раціональне використання та охорона земель – сьогодні недостатньо реалізується. Роботи щодо раціоналізації землекористування та охорони земель проводяться досить повільно і як результат – деградація ґрунтового покриву деяких територій досягла критичного стану [1]. Продуктивність та якісний стан земель лісогосподарського призначення залежить від ефективного й раціонального використання землекористувачами даних земель. Щонайбільший негативний вплив на ґрунти виявляється в процесі їх використання. При цьому слід враховувати взаємозв'язок ґрунту з іншими природними об'єктами. З одного боку, використання земель у ряді випадків негативно впливає на стан не тільки ґрунтів, а й вод, лісів, надр, атмосферне повітря, рослинний і тваринний світ. З іншого боку, на стан ґрунтів також впливає господарська діяльність, не пов'язана з їх використанням: фізичні, хімічні, біологічні шкідливі впливи [2, с. 72]. Крім того, значної шкоди земельним угіддям в лісах завдають лісозаготівельні підприємства, якщо вони порушують вимоги щодо охорони земель.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Нераціональне використання земель лісогосподарського призначення призводить до зниження їх продуктивності, що безпосередньо відбивається на родючості ґрунтів і кінець-кінцем спричиняє деградацію земель. Вибір теми статті визначено актуальністю порушеної в ній проблеми щодо раціонального використання земель, їх деградації, яка розглядалася в роботах таких науковців, як В. Л. Мунтян (V. L. Muntian), М. В. Шульга (M. V. Shulha), П. Ф. Кулинич (P. F. Kulynych), В. В. Носік (V. V. Nosik), Т. В. Лісова (T. V. Lisova), Н. С. Гавриш (N. S. Havrysh) та ін.

Мета публікації. Головною метою публікації є дослідження актуальних питань щодо раціонального використання земель лісогосподарського призначення в умовах сучасної земельної реформи.

Виклад основного матеріалу. Деградація ґрунтів і ґрунтового покриву є там, де діяльність людини може бути визначена як нераціональна, логічно необумовлена, що не відповідає природному біосферному потенціалу конкретної території. Вивчивши стан ґрунтового покриву України, можна констатувати прогресивне деградування ґрунтів, що призведе до втрати їхньої продуктивності [3, с. 166]. Відповідно до ст. 171 Земельного кодексу України до деградованих земель належать: а) земельні ділянки, поверхня яких порушена внаслідок землетрусу, зсувів, карстоутворення, повеней, добування корисних копалин тощо; б) земельні ділянки з еродованими, перезволоженими, з підвищеною кислотністю або засоленістю, забрудненими хімічними речовинами ґрунтами та інші.

Законом України «Про охорону земель» [4] деградація земель визначається як природне або антропогенне спрощення ландшафту, погіршення стану, складу, корисних властивостей і функцій земель та інших органічно пов'язаних із землею природних компонентів. Деградація ґрунтів відповідно до ст. 1 зазначеного Закону – це погіршення корисних властивостей та родючості ґрунту внаслідок впливу природних чи антропогенних чинників.

Отож розвиток деградаційних процесів може бути зумовлений як природними, так й антропогенними чинниками. Грунтовому потенціалу України найбільшої шкоди завдають такі види деградації, як ерозія ґрунтів (водна, вітрова, механічна), дегуміфікація й ущільнення ґрунту, забруднення ґрунтів пестицидами, залишками агрохімікатів, важкими металами, радіонуклідами, кислотами та лугами й іншими техногенними викидами, засмічення ґрунтів і земельних ділянок побутовими відходами, патогенними мікроорганізмами, осолонцювання, засолення на зрошуваних землях, спрацювання торфовищ, пересушення ґрунтів тощо. Значної шкоди завдає порушення ґрунтового покриву внаслідок видобутку корисних копалин відкритим способом, відведення земельних ділянок під різні забудови, проведення шляхів сполучень і в інші категорії земель [5, с. 92].

Необхідно зазначити, що проблема деградації земель та ґрунтів постає не тільки на території України. Так, за даними Глобального фонду навколишнього природного середовища ЮНЕП, зараз у світі налічується близько 2 млрд га деградованих земель, тобто 23 % всіх придатних для використання земель охоплено процесами опустелювання і деградації. За наявними даними, 70 % території Туркменістану перетворилося на пустелю, лісистість зменшилася на 32 %. 37 % території цієї країни страждає від засолення. У Киргизькій Республіці до деградації і опустелювання близько 70,6 % території, за 70 років площа лісів тут скоротилася на 35 %. У Російській Федерації процеси деградації земель також йдуть досить інтенсивно: не засівається 33,5 млн га ріллі, не залучено в господарський оборот 2,5 млн га осушених земель, зникли знамениті російські чорноземи, з 3,34 млн га меліорованих лісів заболочується більше половини [6].

Процеси деградації земель характерні і для території Білорусі, зайнятої природною, в тому числі лісовою рослинністю. У лісовому фонді розташована значна частка еродованих та ерозійнонебезпечних земель. Їх площа помітно збільшилася в останні роки за рахунок передачі на баланс лісового господарства низькопродуктивних не покритих лісом земель, нерідко підданих руйнуванню. Активізації водної, а на піщаних ґрунтах – вітрової ерозії, сприяють суцільні рубки лісу, які залишаються домінуючими в сучасному лісокористуванні республіки. Часті випадки переосушення лісових земель під впливом прилеглих до них гідромеліоративних об'єктів, що використовуються в сільськогосподарських цілях. Велику загрозу ґрунтовому покриву республіки становлять пожежі в лісах і на торфовищах, що обумовлено як природними, так і антропогенними чинниками [7].

Ґрунти можуть підлягати деградації при неправильному використанні осушених боліт, при видобутку корисних копалин, пожежах, у зв'язку з підтопленням – всього існує 20 форм деградації: водна, вітрова, агротехнічна ерозія ґрунтів; хімічне, в тому числі радіонуклідне, забруднення земель та ґрунтів; деградація і погіршення властивостей ґрунтів, особливо торф'яних, при їх сільськогосподарському використанні; деградація земель у результаті видобутку торфу, будівельних матеріалів, проведення робіт, дорожнього та інших видів будівництва; деградація земель лісового фонду в результаті нераціонального

лісокористування і лісових пожеж; деградація земель при надмірних рекреаційних, технічних та інших антропогенних навантаженнях на землі та ґрунти [7].

Треба констатувати, що незважаючи на вжиті в країнах СНД заходи з боротьби з деградацією і опустелюванням земель, залучення лісового господарства для цих цілей все ще недостатньо у більшості пострадянських республік. У найближчі роки проблемі лісовідновлення, створення захисних насаджень в країнах СНД має бути приділено найсерйознішу увагу [6].

Наслідками деградації земель є зниження їх урожайності, міграція населення, відсутність продовольчої безпеки, порушення природних ресурсів та екосистем, а також втрата біорізноманіття, зумовленого зміною середовища існування різноманітних видів рослин та тварин, зокрема і зміни на генетичному рівні [8, с. 302]. Таким чином, прогресивний хід деградації земель, в тому числі й земель лісгосподарського призначення, призведе в першу чергу, до втрати їхньої продуктивності.

На жаль, нині використання земельних та інших природних ресурсів не відповідає вимогам раціонального природокористування. Земельні ресурси України характеризуються надзвичайно високим рівнем освоєння, також має місце недостатнє економічне та екологічне обґрунтування розподілу земель за цільовим призначенням, відсутність уваги до проблем охорони земель призвела до зменшення площ продуктивних земель, все це спричиняє виснаження земель, зниження родючості ґрунтів, їх деградацію тощо.

Забезпечення раціонального використання земель – це один із головних принципів, на яких ґрунтується земельне законодавство (ст. 5 Земельного Кодексу України). Також принцип раціонального використання земель розглядається як один із спеціальних принципів земельного права, суть якого полягає в забезпеченні результативного використання земельних ресурсів з одночасним забезпеченням їх ефективної охорони. Законодавством встановлені спеціальні вимоги з метою збереження ґрунтового шару земель, підвищення їх родючості, збереження і відтворення природних властивостей земельних ресурсів, екологічної цінності природних і придбаних якостей земельних ділянок. Наведені заходи суттєво впливають на стан забезпечення цільового і раціонального використання земельних ресурсів як одного з основних принципів земельного права [9, с. 16].

У літературі зустрічаються різні погляди щодо визначення раціонального використання земель. Так, на думку деяких учених, раціональним повинно вважатись тільки таке використання земель, при якому поряд із виробництвом економічно доцільної кількості продукції зберігається екологічна рівновага всіх природних факторів [10, с. 130]. На погляд інших авторів, раціональне землекористування означає максимальне залучення до господарського обігу всіх земель та їхнє ефективне використання за основним цільовим призначенням, створення найсприятливіших умов для високої продуктивності сільськогосподарських угідь і одержання з одиниці площі максимальної кількості продукції за найменших затрат праці та коштів [11, с. 152].

З цього приводу В. Л. Мунтян (V. L. Muntian) зауважує, що принцип раціонального й ефективного використання природних об'єктів відображає зведену в закон економічний аспект екологікористування, що виражається в намаганні з мінімальними витратами отримувати найбільший ефект від господарської експлуатації природних ресурсів, не завдаючи при цьому економічної та екологічної шкоди [12, с. 151].

Зазначимо, що в середині ХХ ст. тривалий час йшла дискусія – на предмет того, що важливіше: раціональне використання природних ресурсів або їх охорона від забруднень; ресурсоспоживання або захист природного середовища; експлуатація природи або її захист. Певною мірою спір є формальним: у ході експлуатації природних ресурсів повинна здійснюватися їх охорона; найкращим способом захисту природи є раціональність, економічність споживання природних ресурсів. Необхідність поєднання природокористування та економіки повинна передбачати ефективність ресурсоспоживання в інтересах формування та функціонування соціальної держави, що ставить своїми конституційними завданнями забезпечення гідного життя людини, сприятливі умови проживання нинішнього і майбутніх поколінь. Раціональне використання природних ресурсів передбачає врахування законів природи і потенційних можливостей навколишнього середовища, які не безмежні, володіють верхньою межею, можуть відчувати небезпечні перевантаження. Раціоналізм природокористування полягає в тому, щоб постійно підтримувати такий стан, коли можливі оптимальне споживання і відтворення природних ресурсів, коли не допускаються незворотні наслідки для навколишнього середовища [13, с. 63–64].

Більш слушне, на наш погляд, визначення поняття раціонального використання пропонує О. К. Голіченков (О. К. Golichenkov), який зазначає, що раціональне природокористування – це форма екологічної діяльності, зміст якої становить, з одного боку, збереження якості навколишнього природного середовища та природних ресурсів, а з іншого – досягнення такої моделі виробництва і споживання, при якій використання природних ресурсів забезпечує економічне зростання і сталий розвиток суспільства [14, с. 42].

Як бачимо, раціональне використання земель має прямий зв'язок з їх продуктивністю, в тому числі й з продуктивністю земель лісогосподарського призначення. Недотримання землекористувачами вимог щодо раціонального й ефективного використання земель призводить як до зменшення площ продуктивних земель лісогосподарського призначення, так і до погіршення якісного стану цих земель, а також лісових ресурсів.

Таким чином, організація раціонального використання земель лісогосподарського призначення є першочерговою задачею щодо збереження та підвищення продуктивності цих земель.

Необхідно зазначити, що погіршення якісного стану земель лісогосподарського призначення, зменшення їх продуктивності може мати місце, коли земельна ділянка не використовується. У цьому разі негативний вплив на земельні ділянки здійснюють шкідливі фізичні, хімічні та інші речовини, які

потрапляють у ґрунти з інших джерел (промислові підприємства, потрапляння шкідливих речовин з атмосфери, з підземних вод тощо).

Для оцінки стану земель, для запобігання їх забрудненню в законодавстві встановлюються нормативи гранично допустимих концентрацій шкідливих речовин. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону земель» гранично допустима концентрація забруднюючих речовин – максимально допустима кількість забруднюючих речовин у ґрунтах, яка не зумовлює негативних екологічних наслідків для їх родючості, загального стану довкілля, якості сільськогосподарської продукції та здоров'я людини.

Відповідно до ч. 1 ст. 167 Земельного кодексу України господарська та інша діяльність, яка зумовлює забруднення земель і ґрунтів понад встановлені гранично допустимі концентрації небезпечних речовин, забороняється. Заборона здійснення такої діяльності також передбачена і іншими нормами чинного законодавства. Зокрема, з метою встановлення обов'язкових норм, правил, вимог щодо охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки законодавством проводиться екологічне нормування. Відповідно до ст. 33 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [15] екологічні нормативи встановлюють гранично допустимі викиди та скиди у навколишнє природне середовище забруднюючих хімічних речовин, рівні допустимого шкідливого впливу на нього фізичних та біологічних факторів.

Забруднені небезпечними речовинами земельні ділянки використовуються з дотриманням установлених обмежень, вимог щодо запобігання їх небезпечному впливу на здоров'я людини та довкілля. Рівень забруднення ґрунтів ураховується при наданні земельних ділянок у користування, вилученні з господарського обігу та зміні характеру і режиму використання.

Так, згідно зі ст. 40 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» використання природних ресурсів громадянами, підприємствами, установами та організаціями здійснюється з дотриманням обов'язкових екологічних вимог: а) раціонального і економного використання природних ресурсів на основі широкого застосування новітніх технологій; б) здійснення заходів щодо запобігання псуванню, забрудненню, виснаженню природних ресурсів, негативному впливу на стан навколишнього природного середовища; в) здійснення заходів щодо відтворення відновлюваних природних ресурсів; г) застосування біологічних, хімічних та інших методів поліпшення якості природних ресурсів, які забезпечують охорону навколишнього природного середовища і безпеку здоров'я населення; д) збереження територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також інших територій, що підлягають особливій охороні; е) здійснення господарської та іншої діяльності без порушення екологічних прав інших осіб; є) здійснення заходів щодо збереження і невиснажливого використання біологічного різноманіття під час провадження діяльності, пов'язаної з поводженням з генетично модифікованими організмами.

Таким чином, законодавство про охорону навколишнього природного середовища та про охорону земель встановлює одне з головних завдань – запобігання потраплянню шкідливих речовин в ґрунти, з метою як охорони земель, так і охорони природних об'єктів і населення країни.

Отже, раціональне використання земель лісогосподарського призначення необхідно розглядати як забезпечення землекористувачами у процесі господарської та іншої діяльності максимального ефекту в здійсненні цілей землекористування, з обов'язковим урахуванням вимог щодо охорони земель, комплексного використання, екологічної безпеки; крім цього, таке використання земель повинно включати до себе необхідність постійного відновлення споживаних природних ресурсів.

Висновки. У процесі використання земель лісогосподарського призначення землекористувачі повинні запобігати виникненню негативних наслідків, які шкідливо впливають на якість ґрунтів, і забезпечити раціональне використання земель з дотриманням правил та вимог, закріплених чинним законодавством.

Заходи з раціонального використання земель лісогосподарського призначення мають забезпечувати їх збереження, підвищення продуктивності і родючості, а також запобігати їх деградації, забрудненню та інших негативних процесів.

Список літератури:

1. Про Рекомендації парламентських слухань «Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні»: Постанова Верховної Ради України від 22.09.2005 р. № 2897-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 4. Ст. 494.
2. Мельник Л. А. Правовая охрана почв : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 198 с.
3. Гавриш Н. С. Методологічні основи правового регулювання використання, відтворення та охорони ґрунтів. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 1. С. 160–168.
4. Про охорону земель : Закон України від 19.06. 2003 р. № 962-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 29. Ст. 1431.
5. Раціональне використання ґрунтових ресурсів і відтворення родючості ґрунтів: організаційно-економічні, екологічні й нормативно-правові аспекти : колективна монографія / за ред. акад. НААН С. А. Балюка, чл.-кор. АЕНУ А. В. Кучера. Харків : Смугаста типографія, 2015. 432 с.
6. Опустынивание и деградация земель в странах СНГ. *Лесное и охотничье хозяйство*. 2010. № 2. С. 17–22. (По информации директора Института леса НАН Беларуси Александра Ковалевича). URL: http://www.cawater-info.net/bk/water_land_resources_use/russian_ver/pdf/3.pdf
7. Зялены Партал Таварыства «Зяленая Сетка». URL: <http://greenbelarus.info/articles/16-06-2017/degradaciya-zemel-esli-gosudarstvo-ne-spravitsya-budem-est-sverchkov>.
8. Кахнич М. Проблеми утворення, використання та охорони деградованих земель у сучасних умовах. *Сучасні досягнення геодезичної науки та виробництва*. 2012. Вип. 1(23). С. 298–302.
9. Земельне право: підручник / М. В. Шульга, Н. О. Барай, В. І. Гордєєв та ін.; за ред. М. В. Шульги. Харків : Право, 2013. 520 с.
10. Бриндзя Г. З. Формування сталого еколого-ландшафтного середовища як основи раціонального землекористування. *Наука й економіка*. 2009. № 3 (15). Т. 2. С. 129–133.
11. Бочко О. І. Питання раціонального використання земельних ресурсів в сучасних умовах. *Економіка АПК*. 2010. № 17 (1). С. 151–155.

12. Мунтян В. Л. Правові проблеми раціонального природокористування : монографія. Київ : Вид-во Київ. ун-ту, 1973. 184 с.
13. Боголюбов С. А. Правовые основы природопользования и охраны окружающей среды : учебник для академического бакалавриата. Москва : Юрайт, 2015. 395 с.
14. Голиченков А. К. Охрана окружающей природной среды, обеспечение экологической безопасности, обеспечение рационального использования природных ресурсов: термины, содержание, соотношение. *Экологическое право России. Сборник материалов научно-практических конференций 1995-1998 гг.* Москва : Зерцало, 1999.
15. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

References:

1. Pro Rekomendatsii parlamentskykh slukhan «Suchasnyi stan ta perspektyvy rozvytku zemelnykh vidnosyn v Ukraini»: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 22.09.2005 r. № 2897-IV. (2005). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, art. 494.
2. Melnyk, L.A. (2005). Pravovaia okhrana pochv. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
3. Havrysh, N.S. (2013). Metodolohichni osnovy pravovoho rehulivannia vykorystannia, vidtvorennia ta okhorony gruntiv. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav. Seriya yurydychna*, issue 1, 160–168 [in Ukrainian].
4. Pro okhoronu zemel: Zakon Ukrainy vid 19.06. 2003 r. № 962-IV. (2003). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 29, art. 1431.
5. Baliuk, S.A., Kucher, A.V. (Eds.). (2015). Ratsionalne vykorystannia gruntovykh resursiv i vidtvorennia rodiuchosti gruntiv: orhanizatsiino-ekonomichni, ekolohichni y normatyvno-pravovi aspekty. Kharkiv: Smuhasta typohrafiia [in Ukrainian].
6. Opustynivanie i degradacija zemel' v stranah SNG. (2010). *Lesnoe i ohotnich'e hozjajstvo*. (Po ynformatsy dyrektora Ynstytuta lesa NAN Belarusy Aleksandra Kovalevycha). issue 2, 17–22. URL: http://www.cawater-info.net/bk/water_land_resources_use/russian_ver/pdf/3.pdf [in Belarus].
7. Zjaleny Partal Tavarystva «Zjalenaja Setka». URL: <http://greenbelarus.info/articles/16-06-2017/degradaciya-zemel-esli-gosudarstvo-ne-spravitsya-budem-est-sverchkov> [in Belarus]
8. Kakhnych, M. (2012). Problemy utvorennia, vykorystannia ta okhorony dehradovanykh zemel u suchasnykh umovakh. *Suchasni dosiahnennia heodezychnoi nauky ta vyrobnytstva*, issue 1(23), 298–302 [in Ukrainian].
9. Shulha, M.V., Bahai, N.O., Hordieiev, V.I. et al. (2013). Zemelne pravo. V. Shulhy (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. Bryndzia, H.Z. (2009). Formuvannia staloho ekoloho-landshaftnogo seredovyscha yak osnovy ratsionalnogo zemlekorystuvannia. *Nauka y ekonomika*, 3(15), Vol. 2, 129-133 [in Ukrainian].
11. Bochko, O.I. (2010). Pytannia ratsionalnogo vykorystannia zemelnykh resursiv v suchasnykh umovakh. *Ekonomika APK*, 17(1), 151–155 [in Ukrainian].
12. Muntian, V.L. (1973). Pravovi problemy ratsionalnogo pryrodokorystuvannia. Kyiv: Vyd-vo Kyiv. un-tu [in Ukrainian].
13. Boholiubov, S.A. (2015). Pravovye osnovy prirodopol'zovaniya i ohrany okruzhajushhej sredy. Moscow: Yurait [in Russian]
14. Holychenkov, A.K. (1999). Ohrana okruzhajushhej prirodnoj sredy, obespechenie jekologicheskoy bezopasnosti, obespechenie racional'nogo ispol'zovaniya prirodnyh resursov: terminy, sodержание, sootnoshenie. *Jekolohycheskoe pravo Rossyy. Sbornyk materiyalov nauchno-praktycheskykh konferentsyi 1995–1998 rr.* Moscow: Zertsalo [in Russian]
15. Pro okhoronu navkolyshnogo pryrodnogo seredovyscha: Zakon Ukrainy vid 25.06.1991 r. № 1264-XII. (1991). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 41, art. 546.

Sharapova S. V., PhD in Law, Docent, associate professor of the Department of Land and Agrarian Law Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : sv.vetasharapova@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6731-7772

Some issues of rational use of land for forestry purposes

Productivity and qualitative state of the lands of forestry depend on efficient and rational use by land users of these lands. The greatest negative impact on soils is detected in the process of their use. Inappropriate use of forest lands leads to a decrease in their productivity, which directly affects the soil fertility and ultimately leads to land degradation. The choice of the topic of the article is determined by the relevance of the problems raised in it concerning the rational use of land, their degradation.

A progressive course of land degradation, including forestry, leads in the first place to the loss of their productivity. Unfortunately, nowadays the use of land and other natural resources does not meet the requirements of rational nature management. Land resources of Ukraine are characterized by an extremely high level of development, there is also insufficient economic and ecological substantiation of the distribution of land by purpose, lack of attention to land protection problems has led to a decrease in the area of productive lands, all this leads to land depletion, soil fertility decline, degradation, etc.

Failure by land users to meet the requirements for rational and efficient use of land leads to a decrease in the area of productive lands of forest management, and to deterioration of the quality state of these lands, as well as forest resources. Thus, the organization of rational use of forest lands is a priority task in preserving and improving the productivity of these lands.

Keywords: protection; land; rational use; degradation; soils.

Надійшла до редколегії 01.05.2018 р.



Юрченко Еліна Станіславівна,
аспірант кафедри земельного та аграрного права
юридичного факультету,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ
e-mail: ellina_yurchenko@ukr.net

doi: 10.21564/2414–990x.141.129193
УДК 349.414

НАБУТТЯ ПРАВА СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ ПРИ УКЛАДАННІ УГОД ЗІ ЗЛИТТЯ ТА ПОГЛИНАННЯ В АГРОБІЗНЕСІ

Розглянуто сучасний стан ринку права сільськогосподарського землекористування в Україні, визначено основні фактори, що впливають на сповільнення розвитку ринку землі. Наведено правові моделі придбання права сільськогосподарського землекористування при злитті та поглинанні в агробізнесі. Обґрунтовано необхідність законодавчого врегулювання можливості продажу права сільськогосподарського землекористування.

Ключові слова: право сільськогосподарського землекористування; купівля-продаж права сільськогосподарського землекористування; злиття та поглинання в агробізнесі.

Юрченко Э. С., аспірант кафедри земельного и аграрного права юридического факультета, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Украина, г. Киев.
e-mail : ellina_yurchenko@ukr.net

Приобретение права сельскохозяйственного землепользования при заключении сделок по слиянию и поглощению в агробизнесе

Рассматривается современное состояние рынка права сельскохозяйственного землепользования в Украине, определяются основные факторы, которые влияют на замедление развития рынка земли. Приведены модели приобретения права сельскохозяйственного землепользования при слиянии и поглощении в агробизнесе. Обосновывается необходимость законодательного урегулирования возможности продажи права сельскохозяйственного землепользования.

Ключевые слова: право сельскохозяйственного землепользования; купля-продажа права сельскохозяйственного землепользования; слияния и поглощения в агробизнесе.

Вступ. На сучасному етапі в Україні активно розвивається сільське господарство, особливо галузь рослинництва. Станом на 2016 р. зареєстровано більше 46,5 тисяч сільськогосподарських підприємств, у володінні та користуванні яких знаходиться майже 36,5 млн га сільськогосподарських угідь,

з яких 27 млн га використовувались для вирощування сільськогосподарських культур [1].

Суб'єкти аграрного господарювання зацікавлені у консолідації сільськогосподарських земель та збільшенні обсягів оброблюваних масивів. З метою консолідації земель підприємства здійснюють обмін правами користування земельними ділянками у межах одного земельного масиву чи таких, що знаходяться поруч. З метою збільшення обсягів оброблюваних масивів підприємства вступають у земельні правовідносини щодо набуття права сільськогосподарського землекористування шляхом укладання договорів оренди землі, суборенди землі, емфітевзису. Але часто середні та великі сільськогосподарські підприємства, наприклад, агрохолдинги, зацікавлені у значному збільшенні обсягів оброблювальних сільськогосподарських угідь, тому вони укладають угоди зі злиття та поглинання (Mergers & Acquisitions), набуваючи права на інші сільськогосподарські підприємства, а також їх нерухоме майно, засоби виробництва, а головне – сільськогосподарські землі та права на них.

Угоди зі злиття та поглинання в агробізнесі мають свої особливості та значно відрізняються від укладання подібних угод в інших сферах господарювання. Як правило, злиття та поглинання в агробізнесі відбуваються шляхом укладання договорів купівлі-продажу «земельного банку», корпоративних прав або єдиного майнового комплексу. Також специфіка таких угод пов'язана з тим, що покупець не може набути у власність деякі види земель сільськогосподарського призначення, що пов'язано із дією мораторію (п. 15 Розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р.). На такі земельні ділянки особа може набути лише права користування. З цих причин переважна більшість сільськогосподарських земель належать підприємствам на праві користування, а відповідно до чинного в Україні законодавства особи не можуть продавати свої права землекористування, а тільки передавати земельні ділянки у вторинне землекористування, наприклад, суборенду. Щодо передачі у вторинне користування права емфітевзису та права постійного користування сільськогосподарськими землями, то в законодавстві чітко не визначено можливості укладання таких угод.

Ринок землі складається з двох самостійних елементів: ринку земельних ділянок (набуття їх у власність) та ринку оренди земель (набуття на них права тимчасового користування) [2, с. 150]. Таким чином, у сучасних умовах обмеженого ринку права власності на землю сільськогосподарського призначення фактично існує ринок права сільськогосподарського землекористування, який, як і ринок права власності на сільськогосподарські землі, розвивається в обмеженому правовому полі та переважно є «сірим». Суб'єкти аграрного підприємництва можуть набувати лише первинне право сільськогосподарського землекористування, деякі права можуть набуватись у вторинне користування, а відчужувати право власності на право сільськогосподарського землекористування зазначені суб'єкти зовсім не можуть. Хоча в ч. 5 ст. 93, ч. 1, 4 ст. 124 Земельного кодексу України є згадки про договір купівлі-продажу права

оренди земельної ділянки та відчуження права оренди землі, на думку А. М. Мірошніченка (А. М. Miroshnychenko) та Р. І. Марусенка (R. I. Marusenko), вони некоректні, бо виникли у результаті невдалих редакцій статей [3]. Тобто права сільськогосподарського землекористування не можуть бути предметом купівлі-продажу та банківської застави, внаслідок чого сільськогосподарські підприємства позбавлені можливості отримувати банківські кредити і залучати додаткові інвестиції.

Існування в Україні «сірого» ринку права сільськогосподарського землекористування призводить до того, що власники земельних ділянок можуть не знати, хто є фактичним користувачем їх ділянок. Інформація Державного реєстру речових прав на нерухоме майно не відповідає фактичним даним про вторинне користування сільськогосподарськими землями, адже всі права, що виникають на підставі «сірих» договорів, не реєструються в Державному реєстрі.

Незважаючи на таку правову прогалину в регулюванні набуття та реалізації прав сільськогосподарського землекористування, аграрні підприємства намагаються діяти в рамках правового поля й укласти угоди зі злиття та поглинання, не порушуючи норми матеріального права.

Аналіз літературних даних. Різні аспекти набуття та реалізації права сільськогосподарського землекористування були предметом дослідження представників земельно-правової доктрини, зокрема Г. М. Беженар (H. M. Bezhenar), О. В. Глової (O. V. Hlotova), К. О. Дремлюги (K. O. Dremliuha), Н. В. Ільків (N. V. Ilkiv), І. І. Каракаша (I. I. Karakash), Т. О. Коваленко (T. O. Kovalenko), П. Ф. Кулинич (P. F. Kulynych), А. М. Мірошніченка (A. M. Miroshnychenko), В. В. Носіка (V. V. Nosik), Т. Є. Харитонові (T. Ye. Kharytonova) та представників цивільно-правової доктрини – О. В. Дзери (O. V. Dzera), О. І. Сліпченко (O. I. Slipchenko) та інших учених.

Мета публікації – встановити й проаналізувати сучасні правові способи набуття прав сільськогосподарського землекористування при укладанні угод із злиття та поглинання, визначити можливі моделі правового регулювання обігу права сільськогосподарського землекористування та запобігання формуванню «сірого» ринку земель сільськогосподарського призначення.

Вклад основного матеріалу. У 2017 р. угоди зі злиття і поглинання в сільському господарстві склали 11 % від загальної кількості таких угод в усіх галузях господарства і посіли друге місце серед усіх галузей [4], що свідчить про стрімкий процес укрупнення аграрних підприємств. Угоди зі злиття та поглинання в агробізнесі насамперед укладаються з метою збільшення площі сільськогосподарських земель, які придатні для обробітки, а також з метою набуття речових прав на нерухоме майно, сільськогосподарську техніку, засоби виробництва та інше майно, а також права, які можуть належати юридичній особі, яка приєднується чи поглинається покупцем.

Існує декілька юридично можливих способів набуття права сільськогосподарського призначення при укладанні угод зі злиття та поглинання в агробізнесі.

Перший спосіб полягає в укладанні договорів оренди землі та емфітевзису, предметом яких є право користування земельними ділянками, які належать орендодавцеві на праві власності. Щодо земельних ділянок, які належать на праві оренди, укладаються договори суборенди землі, проте це можливо за умови, якщо в договорі оренди землі закріплено право орендаря на передачу земельних ділянок в суборенду (ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р.). У разі, якщо умовами договору оренди землі не передбачено таке право орендаря, потрібно отримати письмову згоду власника земельної ділянки на передачу земельної ділянки в суборенду. Це призводить до додаткових ризиків «втрати» площі земель, які передаються у суборенду, адже власники земельних ділянок з насторогою ставляться до зміни користувача земельної ділянки, тим більше на тих самих умовах, що й за чинним договором оренди землі (ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оренду землі»). У суборенду не можна передати права емфітевзису та права постійного користування землею, тому до набувача не перейдуть всі землі, які належать на правах користування первинному землекористувачу.

Другий спосіб набуття прав сільськогосподарського землекористування безпосередньо пов'язаний з укладанням договору купівлі-продажу корпоративних прав юридичної особи, тобто з угодами злиття і поглинання. За передавальним актом до нової юридичної особи будуть переходити все майно і права, що належать юридичній особі, яка поглинається, у тому числі й права сільськогосподарського землекористування, проте тільки на ті землі, права на які належать юридичній особі (ч. 2 ст. 107 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.). На решту земель, права на які належать засновникам та/або учасникам (членам) юридичної особи, права будуть набуватися за окремими договорами, від яких буде залежати від виду права на землю.

В агробізнесі існують певні особливості при відчуженні корпоративних прав фермерського господарства, що пов'язано із особливостями його організаційно-правової форми. Так, відповідно до ч. 2 ст. 1, ст. 3 Закону України «Про фермерські господарства» від 19 червня 2003 р. засновниками та членами фермерських господарств можуть бути тільки родичі та члени сім'ї. Тому для того, щоб відчужити корпоративні права фермерського господарства, третій стороні, яка не є членом сім'ї, потрібно перетворити його у господарське товариство. У разі перетворення до нової юридичної особи переходить усе майно, а також усі права та обов'язки попередньої юридичної особи (ч. 2 ст. 108 ЦК України). Зміна найменування сторін договору оренди землі, зокрема внаслідок реорганізації юридичної особи, не є підставою для внесення змін до договору оренди землі та/або його переоформлення (ч. 4 ст. 16 Закону України «Про оренду землі»). Тому сторони не повинні переоформляти договори оренди землі та нести додаткові витрати при перетворенні фермерського господарства і в подальшому при відчуженні корпоративних прав господарського товариства.

Третім способом збільшення площі оброблюваних сільськогосподарських земель є укладання угоди купівлі-продажу прав користування сільськогоспо-

дарськими землями. Законодавством прямо не передбачена така можливість, проте, не зважаючи на законодавчу прогалину в регулюванні відчуження права сільськогосподарського землекористування, на практиці укладання угод купівлі-продажу прав користування сільськогосподарськими землями є одним з основних видів угод щодо набуття прав користування великими масивами сільськогосподарських земель. Порядок укладання таких угод є тривалим та складним і включає декілька етапів.

На першому етапі сторони укладають меморандум або угоду про наміри купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування. У такому меморандумі або угоді про наміри зазначаються істотні умови майбутньої угоди з купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування (основного договору), а саме:

- а) площа земельних масивів, права користування якими будуть відчужуватись, місце розташування земель та кадастрові номери земельних ділянок;
- б) строк, на який набувається право землекористування (наприклад, не може перевищувати строк, який встановлений договорами оренди землі та емфітевзису);
- в) ціна набуття права землекористування.

Також зазначаються інші умови, які стосуються процедурних питань: строки та етапи проведення юридичного, фінансового та бухгалтерського аудитів; момент укладання основного договору; права на незібраний врожай на земельних ділянках, права користування якими передаються; етапи проведення необхідних дій перед укладанням основного договору та інші.

Основний договір укладається в момент укладання орендарем (землекористувачем) додаткових угод про припинення договорів оренди землі (емфітевзису) і укладанням договорів оренди землі (емфітевзису) з набувачем, та проведенням державної реєстрації припинення та реєстрацією виникнення прав користування землею. Укладання угод щодо користування сільськогосподарськими землями із власниками земельних ділянок має свої практичні ризики, адже додаткові юридичні дії із правами на земельні ділянки, зміна суб'єкта користування викликають занепокоєння та недовіру у власників земельних ділянок, які переважно є жителями сільської місцевості. А це може призвести до подальшої втрати орендарями прав на землю та ставить під загрозу виконання угоди про наміри щодо площі земельного масиву, права користування яким переходять.

Якщо власник земельної ділянки відмовляється укласти договір оренди землі чи емфітевзису з новим землекористувачем, то сторони угоди про наміри можуть укласти щодо таких земель договір інвестування, договір про спільну діяльність або договір про обробіток землі. Проте зазначені угоди є поза правовим полем і вважаються «сірими» угодами, адже формують «сірий» ринок земель. Адже права сільськогосподарського землекористування, які повинні виникнути за такими договорами, не можуть бути зареєстровані в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, тому юридично у набувача не виникає

прав на землю (ч. 2 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р.).

З вищевикладеного вбачається, що в даний час на практиці використовується громіздка юридична конструкція купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування, у результаті чого угоди мають ускладнений порядок укладання та реалізації. Фактично існують цивільні відносини з обігу права сільськогосподарського землекористування, але такі правовідносини не врегульовані законодавством, що, на нашу думку, гальмує розвиток ринку права сільськогосподарського землекористування та заважає ефективному розподілу сільськогосподарських земель. Зазначене обумовлює необхідність в усуненні прогалини у законодавстві щодо можливості купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування. З цією метою варто передбачити право землекористувача відчужувати права користування земельними ділянками шляхом укладання договору купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування, відповідно до якого буде здійснюватися реєстрація переходу речових прав на землю до нової особи. Укладання таких угод можливе лише за наявності згоди власників земельних ділянок, що захищає їх суб'єктивні права на земельні ділянки. При цьому з власниками земельних ділянок не потрібно буде укладати додаткові угоди про припинення договорів оренди землі (емфітевзису) та підписання договорів оренди землі (емфітевзису) з новими користувачами.

Може здатися, що практичної необхідності в укладанні договорів купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування немає і сторони можуть використовувати договори суборенди землі. Щоб з'ясувати це питання, розглянемо відмінні ознаки цих двох видів угод, а саме:

1) об'єктом договору купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування можуть бути всі види права сільськогосподарського землекористування, а об'єктом договору суборенди лише право оренди землі;

2) за договором купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування покупець набуває первинне право сільськогосподарського землекористування, а за договором суборенди землі суборендар набуває вторинне право землекористування, похідне від права оренди;

3) за договором купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування сплачується ціна набуття права користування землею, а за договором суборенди землі – суборендна плата.

Беручи до уваги ці відмінні ознаки, можна дійти висновку, що вищевказані угоди мають різну юридичну природу і за ними виникають різні права сільськогосподарського землекористування.

Четвертим способом придбання прав на користування землями сільськогосподарського призначення є купівля-продаж сільськогосподарського підприємства як єдиного майнового комплексу. Складовою єдиного майнового комплексу є земельні ділянки та права, в тому числі права сільськогосподарського землекористування (ч. 2 ст. 191 ЦК України). Так, у складі сільськогоспо-

дарського підприємства можуть перебувати несільськогосподарські угіддя під господарськими будівлями, спорудами, дворами тощо, а також сільськогосподарські угіддя, які необхідні для провадження господарської діяльності. Тому під час придбання єдиного майнового комплексу до набувача переходять земельні ділянки сільськогосподарського призначення, які належать підприємству на праві власності, оренди чи постійного користування. Право слідування земельної ділянки, яке перебуває на праві користування, під час придбання майна, яке на ній розміщене, передбачене ч. 2 ст. 120 ЗК України, ст. 377 ЦК України та ч. 3 ст. 7 Закону України «Про оренду землі».

Висновки. Землі сільськогосподарського призначення є основним засобом виробництва у сільському господарстві України. Основною метою укладання угод зі злиття та поглинання в агросфері нині є збільшення площ оброблювальних сільськогосподарських земель шляхом набуття права сільськогосподарського землекористування. Сучасний український ринок права сільськогосподарського землекористування перебуває в обмеженому правовому полі, адже законодавством не врегульовано питання купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування, що в свою чергу надало б можливості фермерам та іншим суб'єктам агробізнесу консолідувати землі, заставляти права на землю і залучати додаткові інвестиції в сільськогосподарське виробництво. З метою створення умов для розвитку ринку земель в Україні необхідно законодавчо закріпити право всіх зацікавлених осіб на відчуження та придбання права користування землею шляхом укладання договору купівлі-продажу права сільськогосподарського землекористування. На підставі такого договору буде проводитись державна реєстрація переходу речових прав на землю до іншої особи. З метою захисту прав власників земельних ділянок, укладання договорів купівлі-продажу права користування землею буде можливим лише за наявності їх згоди. На нашу думку, існування різних правових моделей набуття права сільськогосподарського землекористування забезпечить можливість фермерам і іншим суб'єктам агробізнесу обирати найбільш прийнятний варіант консолідації земель та збільшення «земельного банку» законним шляхом, а також сприятиме «виходу з тіні» відносин у сфері сільськогосподарського землекористування.

Список літератури:

1. Сільське господарство України 2016 : статистичний збірник. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/> (дата звернення: 27.03.2018).
2. Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні / ред. В. І. Семчик. Київ : Юридична думка, 2006. 264 с.
3. Мірошніченко А. М., Марусенко Р. І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. Київ : Алерта; Центр учбової літератури, 2011. 520 с.
4. ТОП-5 знакових М&А угод у 2017 році в Україні. URL: <http://www.ey.com/ua/uk/newsroom/pr-activities/articles/ey-article-yaroslav-balaba-10-january-2018> (дата звернення: 29.03.2018).

References:

1. Silske gospodarstvo Ukrainy 2016: statystychnyi zbirnyk. URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/> [in Ukrainian].
2. Semchyk, V.I. et al. (2006). Orhanizatsiino-pravovi zasady rozvytku ahrarnoho i zemelnoho rynkiv v Ukraini. In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy. Kyiv: Yurydychna dumka [in Ukrainian].
3. Miroshnychenko, A.M., Marusenko, R.I. (2011). Naukovo-praktychnyi komentar Zemelnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: Alerta; Tsentri uchbovoi literatury [in Ukrainian].
4. TOP-5 znakovykh M&A uhod u 2017 rotsi v Ukraini. URL: <http://www.ey.com/ua/uk/newsroom/pr-activities/articles/ey-article-yaroslav-balaba-10-january-2018>.

Yurchenko E., Post-graduate Student of the Department of Land and Agricultural Law Faculty of Law Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.
e-mail : ellina_yurchenko@ukr.net

The Purchasing the Right of the Agricultural Land Use at Mergers and Acquisitions in Agribusiness

In the article, the author considers the current state of the market of agricultural land use rights in Ukraine and defines the main factors that influence the slowdown of land market development. Today in fact there is a market of agricultural land use rights, which is developing a limited legal framework, is "gray". This leads to the fact that owners of land may not know who are the actual users of their land. Nevertheless land users trying to act within the legal framework so without violating the law.

In the article, the author leads the main ways of acquiring the right of agricultural land use at mergers and acquisitions in agribusiness. Agreement of mergers and acquisitions in agribusiness have their own characteristics and significantly different from concluding similar agreements in other areas of business. Often, agricultural enterprises, such as agroholdings, are interested in increasing the amount of cultivated agricultural land, so they conclude mergers and acquisitions agreements, acquiring rights to other agricultural enterprises, as well as their real estate, production facilities, agricultural land and rights to it. Mergers and acquisitions in agribusiness is through contracts of sale of land bank or corporate rights or single property complex.

In order to create the conditions for the development of the land market in Ukraine, the author substantiates the necessity of legislative regulation of the possibility of selling the right of agricultural land use. According to the author, the pluralism of the ways of acquiring the right of agricultural land use will enable land users to choose the most appropriate option for consolidation of land and increase the "land bank" by law, also facilitate "out of the shadows" of relations in agricultural land use.

Keywords: the right of agricultural land use, the purchase of the right of agricultural land use, mergers and acquisitions in agribusiness.

Надійшла до редакції 23.04.2018 р.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО



Балакаре́ва Ірина Миколаївна,
*кандидат юридичних наук,
завідувач наукового сектору
Науково-дослідного інституту державного
будівництва та місцевого самоврядування,
Національна академія правових наук України,
Україна, м. Харків
e-mail: sorokunirina@gmail.com
ORCID 0000-0001-8312-0216*



Жук Аліна Вадимівна,
*студентка 2-го курсу 14 групи
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: alina1409@ukr.net*

doi: 10.21564/2414–990x.141.131936
УДК 342.95

ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ІНФОРМАЦІЙНИМИ РЕСУРСАМИ: ОРГАНІЗАЦІЙНО–ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Досліджено організаційно-правові аспекти державного управління інформаційними ресурсами. Вивчено напрямки інформаційної політики на сучасному етапі. Проведено аналіз законодавства щодо регулювання діяльності у сфері інформації.

Ключові слова: інформація; інформаційне суспільство; державна інформаційна політика; інформаційні ресурси; класифікація інформаційних ресурсів.

Балакарева И. Н., кандидат юридических наук, заведующая научным сектором Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления, Национальная академия правовых наук Украины, Украина, г. Харьков.
e-mail : sorokunirina@gmail.com ; ORCID 0000-0001-8312-0216

Жук А. В., студентка 2-го курса 14 группы Института прокуратуры и уголовной юстиции Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : alina1409@ukr.net

Государственное управление информационными ресурсами: организационно-правовой аспект

Исследуются организационно-правовые аспекты государственного управления информационными ресурсами. Изучаются направления информационной политики на современном этапе. Проведен анализ законодательства по регулированию деятельности в сфере информации.

Ключевые слова: информация; информационное общество; государственная информационная политика; информационные ресурсы; классификация информационных ресурсов.

Вступ. Перехід до постіндустріального суспільства передбачає трансформацію політичних інститутів та державного управління з урахуванням вимог інформаційної епохи. Процеси і зміни, пов'язані із формуванням інформаційного суспільства, підвищують суспільне значення і роль інформаційних відносин та інформаційної діяльності, що в свою чергу зумовлює істотне збільшення обсягів правового регулювання в цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням державної інформаційної політики в Україні присвячено праці таких українських дослідників, як: І. Арістова (I. Aristova), Г. Атаманчук (H. Atamanchuk), Н. Грицяк (N. Hrytsiak), Л. Губерський (L. Huberskyi), В. Дзюндзюк (V. Dziundziuk), Б. Кормич (B. Kormych), О. Кравцов (O. Kravtsov), О. Крюков (O. Kriukov), Б. Курашвілі (B. Kurashvili), Ю. Машкаров (Yu. Mashkarov), Д. Мельник (D. Melnyk), О. Мостковенко (O. Mostkovenko), В. Негодченко (V. Nehodchenko), Ю. Нестеряк (Yu. Nesteriak), О. Орлов (O. Orlov), В. Пашкова (V. Pashkova), О. Соснін (O. Sosnin), В. Стеклов (V. Stieklov), О. Червякова (O. Cherviakova), С. Чукут (S. Chukut), О. Шевчук (O. Shevchuk), О. Яременко (O. Yaremenko) та ін.

Актуальність обраної теми зумовлена стрімким розвитком інформаційного суспільства, сучасних інформаційних технологій, які мають величезний вплив на економічну, соціальну, політичну, культурну та інші сфери суспільного життя та розвитку держави в цілому. Новий етап суспільства характеризується, перш за все, розвитком комп'ютерних і телекомунікаційних технологій, тому основою сучасного суспільства стає інформація. Отже, постає питання щодо проведення державної політики у сфері управління інформаційними ресурсами, оскільки вони формуються в процесі діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб та громадських організацій. І саме держава повинна сприяти створенню єдиного інформаційного простору.

Актуальність теми також спричинена недосконалістю правового регулювання інформаційним сектором держави, а також дещо повільним розвитком державного управління інформаційними ресурсами.

Метою статті є визначення основних напрямів державної інформаційної політики в Україні шляхом аналізу функцій органів державної влади, що здійснюють управління в інформаційній сфері та реалізують державну інформаційну політику.

Виклад основного матеріалу. У науковій літературі спостерігається кілька підходів до визначення державної інформаційної політики. Так, В. С. Пашкова розглядає інформаційну політику як сукупність законів і положень, присвячених створенню, виробництву, збиранню, зберіганню та організації розповсюдження інформації і доступу до неї. Дослідниця вважає, що основне значення інформаційної політики полягає в тому, що вона «впливає на шляхи, якими окрема особа і суспільство в цілому робить політичний, економічний та соціальний вибір» [1, с. 4].

У свою чергу О. В. Соснін поняття державної інформаційної політики прирівнює до державної політики інформатизації, тобто побудови інформаційного суспільства. Під інформатизацією він розуміє глобальний процес, який супроводжується кардинальною зміною структури і характеру світового економічного і соціального розвитку, переходом до наукомісткого виробництва, нових видів інформаційного обміну і впливає на більшість сфер суспільної діяльності, змінюючи характер світового розвитку, соціально-економічні відносини, рівень і якість життя всіх членів суспільства [2, с. 35–38]. Інші автори державну інформаційну політику розглядають як легалізований, контролюючий та організуючий процес впливу органів державної влади на інформаційну сферу, використовуючи різноманітні механізми, засоби та інструменти [3–4].

Чинне законодавство не містить визначення поняття «державна інформаційна політика». Лише у Законі України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ (у попередній редакції) державна інформаційна політика визначалась як сукупність основних напрямів і способів діяльності держави по одержанню, використанню, поширенню та зберіганню інформації. Нова редакція вказаного Закону у ст. 3 визначає виключно основні напрямки державної інформаційної політики: забезпечення доступу кожного до інформації; забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації; створення умов для формування в Україні інформаційного суспільства; забезпечення відкритості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень; створення інформаційних систем і мереж інформації, розвиток електронного урядування; постійне оновлення, збагачення та зберігання національних інформаційних ресурсів; забезпечення інформаційної безпеки України; сприяння міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору [5].

Таким чином, державну інформаційну політику можна визначити як сукупність напрямів та способів реалізації цілого комплексу взаємопов'язаних заходів

правового та організаційного характеру, спрямованих на отримання, використання, поширення та зберігання інформації, у результаті чого відбувається процес впливу уповноважених на те суб'єктів (насамперед, відповідних органів державної влади) на об'єкт управління з метою досягнення необхідного результату.

Одним із пріоритетних напрямків розвитку інформаційного суспільства в Україні є формування і використання національних інформаційних ресурсів. Вони включають інформацію та знання, а також лінгвістичні засоби, що застосовуються для опису конкретної предметної галузі і для доступу до інформації та знань. У процесі формування і використання інформаційних ресурсів здійснюється збір, обробка, збереження, пошук і видача інформації за запитами або регламентом [6, с. 101; 8].

Закон України «Про національну програму інформатизації» від 04.02.1998 р. № 74/98-ВР містить найбільш універсальне визначення інформаційного ресурсу. Згідно зі ст. 1 Закону інформаційний ресурс – це сукупність документів в інформаційних системах (бібліотеках, архівах, банках даних тощо) [7]. Вищенаведене поняття унормовано й у Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України у 2013 р., – як систематизована інформація або знання, що мають цінність у певній предметній області і можуть бути використані людиною в своїй діяльності для досягнення певної мети [8].

На думку науковців, систему національних інформаційних ресурсів становлять як державні, так і недержавні інформаційні ресурси. При цьому до державних інформаційних ресурсів належать такі, які утворені для забезпечення діяльності державних органів і вироблені в результаті такої діяльності, а також утворені недержавними організаціями за замовленням та в інтересах державних органів [9].

Нормативно-правове визначення державних інформаційних ресурсів міститься у Законі України «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України» від 23.02.2006 р. № 3475-IV. Це систематизована інформація, що є доступною за допомогою інформаційних технологій, право на володіння, використання або розпорядження якою належить державним органам, військовим формуванням, утвореним відповідно до законів України, державним підприємствам, установам та організаціям, а також інформація, створення якої передбачено законодавством та яка обробляється фізичними або юридичними особами відповідно до наданих їм повноважень суб'єктами владних повноважень [10].

Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 3 вказаного Закону завдання з формування та реалізації державної політики у сферах криптографічного та технічного захисту інформації, кіберзахисту, телекомунікацій, захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах і на об'єктах інформаційної діяльності, а також у сферах використання держав-

них інформаційних ресурсів в частині захисту інформації тощо покладено на Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України.

Спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань організації спеціального зв'язку та захисту інформації є Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України (далі – Адміністрація Держспецзв'язку). Адміністрація Держспецзв'язку забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах організації спеціального зв'язку, захисту інформації, кіберзахисту телекомунікацій і користування радіочастотним ресурсом України [11].

Основними завданнями Адміністрації Держспецзв'язку є:

1) забезпечення формування та реалізація: державної політики у сферах криптографічного і технічного захисту інформації, захисту державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах і на об'єктах інформаційної діяльності, а також у сферах використання державних інформаційних ресурсів в частині захисту інформації, протидії технічним розвідкам, функціонування, безпеки та розвитку державної системи урядового зв'язку, Національної системи конфіденційного зв'язку; у сферах захисту в кіберпросторі державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури, здійснення державного контролю у таких сферах; а також

2) участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері електронного документообігу в частині захисту інформації державних органів та органів місцевого самоврядування, розроблення та впровадження електронного цифрового підпису, крім питань правового регулювання його застосування, у державних органах та органах місцевого самоврядування; тощо [11].

На виконання своїх завдань цей орган:

– устанавлює порядок ведення та управління реєстром інформаційно-телекомунікаційних систем державних органів, а також підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління, ведення Національного реєстру електронних інформаційних ресурсів органів державної влади (пп. 16 п. 4 Положення);

– здійснює державний контроль за станом захисту у кіберпросторі державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури (пп. 20-1 п. 4 Положення);

– розробляє критерії і порядок оцінки стану захищеності державних інформаційних ресурсів в інформаційно-телекомунікаційних системах, організовує оцінку стану захищеності державних інформаційних ресурсів (пп. 30 п. 4 Положення);

– розробляє та затверджує єдині технічні вимоги щодо захисту Єдиного веб-порталу державних органів, контролює додержання цих вимог (пп. 31 п. 4 Положення);

– погоджує проекти (завдання) створення та розвитку інформаційно-телекомунікаційних систем, систем спеціального зв'язку, у яких оброблятимуться державні інформаційні ресурси та інформація, вимога щодо захисту якої встановлена законом, систем електронного документообігу (в частині захисту інформації) та електронного цифрового підпису, організовує проведення їх експертної оцінки (пп. 32 п. 4 Положення) тощо [11].

Центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну політику у сферах інформатизації, електронного урядування, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, розвитку інформаційного суспільства, є Державне агентство з питань електронного урядування України [12]. Положення про Державне агентство з питань електронного урядування України затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 01.10.2014 р. № 492.

Основними завданнями Агентства є:

1) реалізація державної політики у сфері інформатизації, електронного урядування, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, розвитку інформаційного суспільства;

2) внесення на розгляд Кабінету Міністрів України пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у зазначеній сфері.

Відповідно до покладених на нього завдань Агентство:

– організовує проведення прогностно-аналітичних досліджень стану розвитку інформаційного суспільства, електронного урядування та сфери інформатизації;

– здійснює державну реєстрацію електронних інформаційних ресурсів державних органів, органів місцевого самоврядування та інших юридичних осіб публічного права, доступ до яких здійснюється через телекомунікаційні мережі загального користування, та видає відповідні свідоцтва;

– забезпечує в межах повноважень, передбачених законом, належне функціонування Єдиного веб-порталу Кабінету Міністрів України з можливістю інтеграції інформаційних ресурсів центральних та місцевих органів виконавчої влади, що розміщені в Інтернеті;

– проводить моніторинг інформаційного наповнення офіційних веб-сайтів органів виконавчої влади та про його результати інформує щороку Кабінет Міністрів України;

– координує діяльність органів виконавчої влади, пов'язану із створенням та інтеграцією електронних інформаційних систем і ресурсів в Єдиний веб-портал органів виконавчої влади та наданням інформаційних та інших послуг через електронну інформаційну систему «Електронний Уряд»;

– координує та контролює роботи, пов'язані із створенням, веденням і забезпеченням функціонування Національного реєстру електронних інформаційних ресурсів, визначає правила користування ним.

Виконання функції генерального державного замовника Національної програми інформатизації також покладено на Агентство, зокрема: здійснення моніторингу у сфері інформатизації; погодження галузевих, регіональних про-

грам та проектів інформатизації, програм та проектів інформатизації органів місцевого самоврядування, здійснення їх координації тощо.

Державне агентство здійснює заходи щодо розвитку електронного урядування, створення та функціонування інформаційної системи електронної взаємодії державних електронних інформаційних ресурсів та єдиного державного веб-порталу відкритих даних.

У межах повноважень, передбачених законом, Агентство здійснює заходи щодо функціонування електронного документообігу; визначає особливості захисту державних інформаційних ресурсів або інформації з обмеженим доступом, вимога щодо захисту якої встановлена законом; бере участь у визначенні пріоритетних напрямів інформатизації та забезпеченні інформаційної безпеки держави; створенні, впровадженні та забезпеченні функціонування інформаційних систем, необхідних для функціонування загальнодержавної інформаційної системи; створенні Єдиного державного порталу адміністративних послуг та ін.

Висновки. Специфічна природа та структура інформаційної сфери, в основі якої є інформація в процесі обігу в суспільстві і державі, обумовлює високий рівень її складності як об'єкта державного управління. Одним з ефективних заходів у цьому напрямі є вдосконалення системи органів державного управління інформаційними ресурсами. Аналіз правового статусу органів державного управління інформаційними ресурсами дає можливість зробити висновок про те, що держава ставить за мету сконцентрувати управлінські зусилля на гуманітарних та технічних аспектах інформаційних відносин. Ключовими органами, що здійснюють управління інформаційними ресурсами, є Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та Державне агентство з питань електронного урядування України.

На нашу думку, з метою оптимізації адміністративного законодавства, що регулює різноманітні аспекти захисту національного інформаційного простору від негативних інформаційних впливів, було б доцільно доповнити перелік основних напрямів державної інформаційної політики, закріплених у Законі України «Про інформацію», такими: сприяння формуванню ринку інформаційних ресурсів, послуг, інформаційних систем і технологій, засобів їх забезпечення; розвиток адміністративного законодавства у сфері інформаційних процесів (у тому числі приведення законодавчої бази у відповідність до міжнародних стандартів у цій сфері), інформатизації і захисту інформації; підтримка проектів і програм інформатизації; правове регулювання функціонування в Україні міжнародних інформаційних систем (зокрема, мережі Інтернет); пропагування курсу держави на створення та розвиток відкритого інформаційного суспільства тощо.

Список літератури:

1. Пашкова В. С. Інформаційна політика і бібліотека. *Бібліотека і влада* : зб. ст. до міжнар. наук.-практ. конф. Київ, 2000. С. 4–16.
2. Соснін О. В. Проблеми державного управління системою національних інформаційних ресурсів з наукового потенціалу України : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. 572 с.

3. Дзюндзюк В. Б., Крюков О. І., Ландсман В. А. та ін. Державна інформаційна політика : навч. посіб. / за заг. ред. В. Б. Дзюндзюка. Харків : Вид-во ХарПІ НАДУ «Магістр», 2012. 344 с.
4. Почепцов Г. Г., Чукут С. А. Інформаційна політика : навч. посіб. 2-ге вид., стер. Київ: Знання, 2008. 663 с.
5. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.
6. Нестеряк Ю. В. Державна інформаційна політика та управління національними інформаційними ресурсами України. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2013. Вип. 1 (16). С. 94–104.
7. Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 р. № 74/98-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/74/98-%D0%B2%D1%80>.
8. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.05.2013 р. № 386-р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80>.
9. Арістова І. В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти : монографія / за заг. ред. О. М. Бандурки. Харків : Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. 368 с.
10. Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України : Закон України від 23.02.2006 р. № 3475-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3475-15>.
11. Про затвердження Положення про Адміністрацію Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України : Постанова Кабінету Міністрів України від 03.09.2014 р. № 411. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/411-2014-%D0%BF>.
12. Про затвердження Положення про Державне агентство з питань електронного урядування України : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.10.2014 р. № 492. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/492-2014-%D0%BF>.

References:

1. Pashkova, V.S. (2000). Informatsiina polityka i biblioteka. *Biblioteka i vlada: proceedings of the International Scientific and Practical Conference*. Kyiv, 4–16 [in Ukrainian].
2. Sosnin, O.V. (2003). Problemy derzhavnoho upravlinnia systemoiu natsionalnykh informatsiinykh resursiv z naukovoho potentsialu Ukrainy. Kyiv: Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy [in Ukrainian].
3. Dziundziuk, V.B., Kriukov, O.I., Landsman, V.A. at al. (2012). Derzhavna informatsiina polityka. V. B. Dziundziuk (Ed.). Kharkiv [in Ukrainian].
4. Pocheptsov, H.H., Chukut, S.A. (2008). Informatsiina polityka. Kyiv: Znannia [in Ukrainian].
5. Pro informatsiiu: Zakon Ukrainy vid 02.10.1992 r. № 2657-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.
6. Nesteriak, Yu.V. (2013). Derzhavna informatsiina polityka ta upravlinnia natsionalnykh informatsiinykh resursamy Ukrainy [State information policy and management of national information resources of Ukraine]. *Derzhavne upravlinnia ta mistseve samovriaduvannia – Public administration and local government, issue 1(16), 94–104* [in Ukrainian].
7. Pro Natsionalnu prohramu informatyzatsii: Zakon Ukrainy vid 04.02.1998 r. № 74/98-VR. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/74/98-%D0%B2%D1%80>.
8. Pro skhvalennia Stratehii rozvytku informatsiinoho suspilstva v Ukraini: Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 15.05.2013 r. № 386-r. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80>.
9. Aristova, I.V. (2000). Derzhavna informatsiina polityka: orhanizatsiino-pravovi aspekty. O. M. Bandurka (Ed.). Kharkiv: Vyd-vo Un-tu vnutr. sprav [in Ukrainian].
10. Pro Derzhavnu sluzhbu spetsialnoho zv'iazku ta zakhystu informatsii Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 23.02.2006 r. № 3475-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3475-15>.

11. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Administratsiiu Derzhavnoi sluzhby spetsialnoho zv'iazku ta zakhystu informatsii Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 03.09.2014 r. № 411. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/411-2014-%D0%BF>.

12. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Derzhavne ahentstvo z pytan elektronnoho uriaduvannia Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 01.10.2014 r. № 492. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/492-2014-%D0%BF>.

Balakarieva I. M., PhD in Law, Head of the Scientific Sector of the Scientific Research Institute of State Building and Local Self Government, National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : sorokunirina@gmail.com ; ORCID 0000-0001-8312-0216

Zhuk A. V., 2nd year student of group 14 of the Institute of Prosecutor's Office and Criminal Justice, Yaroslav Mydryui National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : alina1409@ukr.net

Public Administration of Information Resources: Organizational and Legal Aspects

This topic is very important in our time, because success in the information age depends on the expansion of the integration of information and communication technologies into society. Processes and changes related to the formation of the information society, of course, dramatically increase the social significance and role of information relations and information activities, which, in turn, causes a significant increase in the scope of legal regulation in this area. That is why this article is devoted to the analysis of state management information resources.

The article deals with approaches to the definition of "state information policy". It was clarified that the specially authorized central executive authority on the organization of special communication and information protection is the Administration of the State Service for Special Communications and Information Protection of Ukraine. The main tasks and functions of the State Agency for E-Governance of Ukraine which implements state policy in the areas of informatization and e-governance were also analyzed. The main directions of the state information policy at the present stage of development of the state are determined. We believe that this list which is enshrined in the Law of Ukraine «On Information» should be supplemented to optimize the administrative legislation.

The article analyzes the legislative framework for regulation of information resources. The legal framework of this sphere should include the Law of Ukraine "On Information", the Law of Ukraine "On the National Program of Informatization", the Cabinet of Ministers of Ukraine Resolution "On Approval of the Strategy for the Development of the Information Society in Ukraine", the Law of Ukraine "On the State Service for Special Communications and Information Protection of Ukraine", etc.

It was concluded that in Ukraine are formulated and legislatively fixed the basic principles of the state information policy. Nevertheless it is necessary to promote the formation of the market of information resources, services, information systems and technologies, means of their provision as well as to assist the state in the creation and development of an open information society.

Keywords: information; information society; state information policy; information resources, classification of information resources.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Шульжук Тарас Романович,
аспірант кафедри фінансового права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: mr.sheldon1993@gmail.com
ORCID 0000-0002-2346-0240

doi: 10.21564/2414–990x.141.129120
УДК 347.73(477):336.225.3

ДО ПИТАННЯ ПОДАТКОВОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ХОЛДИНГІВ

Стаття присвячена проблемі податково-правового статусу холдингових утворень в Україні. Досліджено зміст та основні ознаки холдингу. Проаналізовано правові особливості й суть холдингових правовідносин; правовий статус холдингів у контексті міжгалузевої уніфікації господарського та податкового права. Розроблено механізм імплементації холдингової структури до податково-правової площини. Визначено характерні особливості податкової правосуб'єктності холдингів як суб'єктів податкових правовідносин. Окреслено проблемні питання інституту консолідованого платника податку в межах правової конструкції холдингу. Аргументовано необхідність та позитивний ефект розроблення інституту консолідованого платника податку в контексті залучення активів холдингових компаній до національної податкової юрисдикції.

Ключові слова: холдинг; материнська компанія; пов'язані особи; податкова правосуб'єктність; консолідований платник податку.

Шульжук Т. Р., аспірант кафедри фінансового права, Національний юридический університет імени Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail : mr.sheldon1993@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2346-0240

К вопросу о налоговой правосубъектности холдингов

Статья посвящена проблеме налогово-правового статуса холдинговых образований в Украине. Исследованы содержание и основные признаки холдинга; правовые особенности и сущность холдинговых правоотношений. Проанализирован правовой статус холдингов в контексте межотраслевой унификации хозяйственного и налогового права. Предложен механизм имплементации холдинговой структуры к налогово-правовой плоскости. Обозначены характерные особенности налоговой правосубъектности холдингов как субъектов налоговых правоотношений. Очерчены проблемные вопросы института консолидированного налогоплательщика в рамках правовой конструкции холдинга. Аргументирована необходимость и положительный эффект разработки института консолидированного налогоплательщика в контексте привлечения активов холдинговых компаний к национальной налоговой юрисдикции.

Ключевые слова: холдинг; материнская компания; связанные лица; налоговая правосуб'єктність; консолідований платательщик налога.

Вступ. Потреба в об'єднанні спільних зусиль завжди супроводжувала суспільство на всіх етапах його розвитку, оскільки переслідувала мету досягнення та забезпечення матеріальних і духовних потреб індивідів. Як наслідок, виникали нові напрями суспільної діяльності, зокрема й економічної, які обумовлювали необхідність урегулювання відносин як всередині окремого об'єднання, так і суспільства загалом. Акцентуючи увагу на актуальності правового регулювання підприємницьких об'єднань А. І. Камінка (A. I. Kaminka) справедливо зауважив, що зусилля мають бути направлені передусім на створення таких форм існування організацій, які б приносили суспільству користь від кооперації капіталістичних та підприємницьких елементів [1].

Розвиток ринкової економіки обумовлював виникнення нових ефективних форм підприємницьких об'єднань, тим самим породжуючи невід'ємну потребу в концентрації виробництва та капіталу. Інтенсифікація розвитку глобалізаційних процесів на макроекономічному рівні обумовлює поглиблення та конвергенцію господарських відносин, що породжує необхідність пошуку оптимальної моделі співіснування диверсифікованих форм капіталу в межах однієї організаційно-правової структури. Найбільш ефективною правовою формулою забезпечення таких потреб є холдинг, організаційно-правова форма суб'єкта господарювання, яка поєднує в собі збалансоване співіснування публічних інтересів (у частині залучення й оподаткування концентрованих фінансових ресурсів) та приватних інтересів інвесторів у вигляді можливості побудови стрункої корпоративної структури для ефективного управління та мінімізації фінансових втрат всієї холдингової системи.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. З'ясування рівня наукового вивчення питання податкової правосуб'єктності холдингу передбачає врахування багатоаспектності означеного об'єкта дослідження, що зумовлює потребу комплексного аналізу наукових праць як в галузі господарського права, так і податкового.

Правовий статус холдингів було висвітлено у працях таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як: О. М. Вінник (O. M. Vinyuk), І. В. Бейцун (I. V. Beitsun), І. В. Лукач (I. V. Lukach), В. С. Щербина (V. S. Scherbyna), Ж. В. Чевичалова (Zh. V. Chevychalova), В. В. Лаптев (V. V. Laptiev), І. С. Шиткіна (I. S. Shytkina), Т. Келлер (T. Keller) тощо. Слід окремо відзначити дисертаційне дослідження Н. В. Ібрагімової (N. V. Ibrahimova) «Правовий статус холдингів», де автор узагальнила останні наукові дослідження щодо поняття, сутності та змісту холдингових компаній, а також виклала своє бачення сутнісних ознак холдингових правовідносин та власну класифікацію холдингових компаній.

Потужний вплив на дослідження правового статусу платників податків як суб'єктів фіскальних правовідносин справили фундаментальні праці М. П. Кучерявенка (M. P. Kucheriavenko), Л. К. Воронової (L. K. Voronova), Н. І. Хімичевої (N. I. Khimicheva), Т. С. Воїнової (T. S. Voinova), С. Г. Пепеляєва

(S. H. Pepeliaiev), Н. Ю. Пришви (N. Yu. Pryshvy), Я. В. Литвиненка (Ya. V. Lytvynenka) тощо. У розрізі предмета дослідження заслуговує на увагу дисертаційна робота Н.А. Воропаєвої (N. A. Voropaieva) «Правовое регулирование налогообложения холдинговых компаний», в якій науковець пропонує варіанти розв'язання проблемних питань оподаткування холдингових компаній у рамках податкового законодавства Російської Федерації.

Наявність значної кількості наукових праць формує потужний фундамент для позитивного розв'язання проблем податкової правосуб'єктності платників податків, проте відсутність завершеної наукової теорії зумовлює потребу в нових наукових розвідках, предметом вивчення яких мають стати нові організаційно-правові форм господарювання та їх нормативне врегулювання у площині національного податкового законодавства.

Як бачимо, досі поки що не зроблено жодної спроби дослідити податкову правосуб'єктність холдингів як суб'єктів податкових правовідносин, що свідчить про теоретичну та практичну актуальність нашої публікації.

Мета статті – дослідити податкову правосуб'єктність холдингу як суб'єкта податкових правовідносин і виробити концепцію для подальшого вдосконалення законодавства у контексті порушеної проблеми.

Реалізація поставленої мети передбачає розв'язання таких завдань:

- охарактеризувати поняття «холдинг», виокремити його ознаки та правові особливості;
- визначити суть суб'єкта податкових правовідносин;
- проаналізувати ознаки й зміст податкової правосуб'єктності;
- дослідити податкову правосуб'єктність холдингу як складного платника податків.

Виклад основного матеріалу. Досягнення продуктивної взаємодії, яка претендує на певне змістове наповнення, потребує певного спільного знаменника, який буде відправною точкою наукової дискусії. У науковій практиці гуманітарних наук такою вихідною системою координат слугує єдиний та однозначний категорійно-поняттєвий апарат, який дозволяє обмінюватися досвідом і напрацюваннями в межах єдиної та зрозумілої мовленнєвої системи, що не передбачає варіативності трактувань.

Науки правового циклу, в нашому випадку – податкове та господарське право, – обтяжені понятійними категоріями, які передусім сформовані законодавцем, що тим більше ускладнює розкриття предмета дослідження, адже положення ст. 5 Податкового кодексу України (далі – ПК України) визначають перевагу понять, термінів та правил, які застосовуються для цілей оподаткування, перед будь-якими іншими законодавчими актами. Вагомість наведеної тези підтверджує й той факт, що в ПК України визначення поняття «холдинг» та/або «холдингова компанія» відсутнє взагалі.

У межах чинного законодавчого поля поняття «холдингової компанії» отримало закріплення у двох нормативних актах – Господарському кодексі України (далі – ГК України) та Закону України «Про холдингові компанії в Україні».

У чинній редакції ч. 5 ст. 126 ГК України законодавець визначає холдингову компанію як публічне акціонерне товариство, яке володіє, користується, а також розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств (крім пакетів акцій, що перебувають у державній власності) [2]. Тотожне визначення містить ст.1 Закону України «Про холдингові компанії в Україні» [3]. Проте наведене поняття «холдингова компанія» містить кілька ключових особливостей, які доцільно прокоментувати.

По-перше, обмеженість існування холдингової компанії виключно лише формою публічного акціонерного товариства залишає поза увагою випадки, коли господарюючий суб'єкт фактично володіє корпоративними правами залежних підприємств, однак у розумінні закону не позиціонується як холдингова компанія. Вважаємо, що така правова особливість господарсько-правового регулювання холдингових компаній не є справедливою в контексті податкових правовідносин, де аспект залежності юридичних осіб охоплено поняттям «пов'язані особи» (п.14.1.147 ПК України) [4].

По-друге, необхідна ознака наявності двох або більше залежних підприємств дозволяє виокремити холдингові компанії з-поміж інших господарських об'єднань, а відносини «контроль–підпорядкування», які присутні в господарському утворенні холдингового типу, є тією визначальною ознакою, яка виділяє холдингові правовідносини з-поміж інших.

По-третє, продовжуючи тезу залежності, зацентруємо увагу на встановленні широкого кола можливих організаційно-правових форм підконтрольних підприємств, оскільки використання законодавцем таких формулювань, як «...акцій, (часток, паїв)», ототожнює залежне підприємство з відповідними організаційно-правовими формами юридичних осіб, статутний капітал яких поділений на названі складові елементи.

По-четверте, позначення залежного підприємства, як «корпоративного» вбачається таким, що не узгоджується з нормами п. 8 ст. 63 ГК України, якими унормовано, що «у випадках існування залежності від іншого підприємства, передбачених ст.126 цього Кодексу, підприємство визнається дочірнім», але не корпоративним. Сам статус «дочірнього» підприємства передбачає наявність господарського зв'язку з іншим підприємством та факт наявної корпоративної та/або майнової залежності.

Слід зауважити, що податкове право також послуговується конструкцією домінуючої юридичної особи, яка функціонує у межах групи підприємств. Так, у п.14.1.103 ст. 14 ПК України законодавець надає визначення поняття «материнська компанія», під яким розуміє юридичну особу, яка є власником інших юридичних осіб або здійснює контроль над такими юридичними особами, як пов'язані особи. ПК України також витлумачує поняття «пов'язаних осіб», якими є юридичні та/або фізичні особи, відносини між якими можуть впливати на умови або економічні результати їх діяльності чи діяльності осіб, яких вони представляють (п.14.1.159 ПК України). Інакше кажучи, материнська компанія

є юридичною особою, яка заснувала/придбала дочірнє підприємство і здійснює контроль над ним шляхом домінування у структурі власності залежного підприємства та/або прямо чи опосередковано керує виконавчим органом останнього. На нашу думку, таке визначення головної компанії групи підприємств є досконалішим, оскільки охоплює ширше коло суспільних відносин, зокрема крізь призму поняття «пов'язані особи», що дозволяє досить оптимально помістити в національне законодавство правове явище субхолдингу – підприємства, яке є одночасно залежним по відношенню до головної компанії в холдинговій групі та материнським для інших дочірніх підприємств у ланцюговій ієрархії, що, однак, не узгоджується із визначенням холдингових компаній, закріпленим у площині господарського права.

Підсумовуючи вищевикладене, маємо підстави констатувати, що національне законодавче поле оперує поняттями «холдингова компанія», «материнська компанія», «дочірнє підприємство» та «пов'язані особи», однак їх застосування не отримало належної міжгалузевої уніфікації [5, с. 123].

Розглядаючи поняття та правову природу холдингових компаній, не варто оминати увагою численні напрацювання зарубіжних країн у даному питанні.

Головним спеціалізованим актом, який регулює діяльність холдингових утворень на території Європейського Союзу (далі – ЄС) є Сьома директива «Про консолідовану звітність» від 13 червня 1983 року № 83/3491 [6]. Окрім того варто виокремити Директиву № 90/435/ЄЕС від 23 липня 1990 року «Щодо загальної системи оподаткування, яка застосовується до материнських компаній та дочірніх підприємств різних держав-членів» [7]. У розумінні ЄС групу компаній становлять підприємства, які перебувають у такій ситуації, коли 1) компанія (материнське підприємство) має більшість голосуючих акцій в установчому капіталі іншої компанії (дочірнього товариства); 2) або має право призначати чи припиняти повноваження більшості членів органів дочірнього товариства; 3) або має можливість здійснювати переважний вплив на діяльність дочірнього підприємства в результаті положень контракту чи установчих документів. Вагомою особливістю норм названого нормативного акта є положення, відповідно до якого господарські операції, які здійснюються у межах групи компаній, не дублюються у бухгалтерській звітності учасників утворення, тим самим обумовлюючи консолідацію сплати податкових платежів групою підприємств [6, 7].

Натомість англійське законодавство розкриває поняття холдингової компанії та відносин холдингового спрямування між учасниками такого утворення крізь призму поняття дочірнього підприємства. Так, у їхньому розумінні компанія Н є холдингом стосовно дочірньої компанії S, якщо виконується хоча б одна з умов: а) компанія Н утримує будь-яку більшість голосів у компанії S; б) компанія Н здійснює контроль над процесом голосування на засіданні ради директорів компанії S; в) компанія Н є одним із членів компанії S і контролює більшість її голосів самостійно чи спільно з іншими акціонерами чи членами шляхом укладення між ними угоди; г) компанія S є дочірньою компанією іншої

компанії, яка, в свою чергу, є дочірньою компанією іншої компанії Н, яка і є холдинговою і має право визначати діяльність компанії S [8].

А от у доктрині правозастосовної практики Ірландії холдинг позиціонується як об'єднання, яке включає в себе холдингову (головну) компанію і компанії, які знаходяться під її контролем [9].

Отже складність узагальнення конструкції холдингової компанії передусім детермінована політико-правовими передумовами окремої законодавчої системи.

Аналіз наукових джерел з теми дослідження засвідчив, що однастайності у визначенні холдингової компанії серед науковців немає. Наукова спільнота розрізняє поняття «холдинг» і «холдингова компанія», співвідношення між якими репрезентує у трьох основних підходах.

Вихідною тезою першого підходу є ототожнення понять «холдинг» та «холдингова компанія». Його демонструє І. С. Шиткіна у праці «Холдинги. Правовий та управлінський аспект» [10], де ці поняття позначають різновид групи осіб. Тут «холдинг» і «холдингова компанія» – синонімічні поняття, які позначають «суму» всіх «доданків» холдингового утворення.

Другий підхід широко представлений у роботах Т. Келлера, який стверджує, що «холдинг» та/або «холдингова компанія» є підприємством, що має на меті довгострокову участь в одному або кількох підприємствах [11]. Дослідник виокремлює лише певний аспект холдингових правовідносин, але його головною тезою є ототожнення як холдингу, так і холдингової компанії як самостійного суб'єкта правовідносин.

Виправданість третього підходу обґрунтовується аргументом щодо якісної поняттєвої різниці між «холдингом» та «холдинговою компанією». Науковці наполягають на тому, що холдинг слід ідентифікувати як групу підприємств, а холдингова компанія є системоутворювальним центром такої господарської системи [12; 13]. Розмежовуючи поняття «холдинг» та «холдингова компанія», В. В. Лаптев зазначає, що у межах холдингу фактичною правосуб'єктністю володіє холдингова компанія, яка і діє в інтересах учасників холдингової групи на підставі договору про створення холдингу [14, с. 116]. Так, у таких відомих холдингах, як «Нафтогаз України» та «Nemiroff Холдинг» холдингова структура представлена у вигляді холдингової компанії та підконтрольних їй дочірніх підприємств.

Найприйнятнішою нам видається позиція науковців, які обстоюють третій підхід до розмежування понять «холдинг» і «холдингова компанія». Переконані, що поняття «холдингова компанія» та «холдинг» співвідносяться як частина й ціле.

Отже, очевидно, що єдиного підходу до визначення поняття «холдинг» немає ні в законодавстві, ні у правничій науці [15, с. 39]. Зрештою, варіативність тлумачення поняття холдингу зумовлює два важливі положення: 1) у такій господарській системі завжди є головна (домінантна) компанія, яка здійснює управління іншими суб'єктами господарювання (дочірніми підприємствами) в силу пов'язаності останніх на засадах відносин «контроль-підпорядкування»,

які мають майнове (дольова участь у статному капіталі) чи внутрішньо-організаційне підґрунтя (можливість прямого чи опосередкованого контролю органами управління); 2) створення холдингу, як правило, має на меті контроль та управління головною компанією дочірніх підприємств.

Отже, з організаційно-правової точки зору сама холдингова структура об'єднує в собі одночасно три елементи: 1) власне холдинг як загальне утворення; 2) холдингову компанію (керуючий суб'єкт); 3) контрольовані підприємства (дочірні компанії). Як бачимо, по суті холдинг, в діалектичному сенсі, поєднує в собі дві протилежні засади – централізацію (як організаційно-матеріальну єдність холдингу) та децентралізацію (як опосередковану юридичну самостійність кожної компанії загальної структури). Саме єдність та протиборство означеного відображають саму суть холдингових правовідносин і визначають їхню комерційну ефективність.

Між тим, позначене обумовлює підстави для більш вагомого висновку. Розвиток глобалізаційних процесів у світовій економіці сприяє систематичному перетіканню капіталу на транснаціональному рівні, що є можливим завдяки побудові стрункої, внутрішньо організованої холдингової системи, яка дозволяє акумулювати значні фінансові потоки. Переконані, що саме поширеність і розповсюдженість такої бізнес-моделі є підґрунтям, що дає підстави стверджувати про об'єктивну необхідність введення до нормативного обороту податкового законодавства саме поняття «холдинг» та здійснення глибокої правової розробки зазначеного організаційно-юридичного утворення як суб'єкта податкових правовідносин у контексті особливостей національної податкової системи.

Актуальність викладеної тези підкріплюється поширеною практикою узгодженої діяльності підприємств, які мають спільні корпоративно-правові зв'язки, що вказує на потребу виокремлення кваліфікаційних критеріїв холдингових правовідносин. У цьому сенсі юридичної визначеності потребують податкові відносини, котрі виникають через використання холдингом умов податкових режимів, які мають преференції для структур такого типу, що й доводить необхідність визначати холдинги як повноцінні суб'єкти податкових правовідносин і охарактеризувати податковий статус такого платника.

Складність заявленої проблеми полягає й у тому, що холдинг як об'єднання групи підприємств не є по суті самостійною юридичною особою, позаяк фактичною правосуб'єктністю наділені лише його елементи, зокрема холдингова (керівна) компанія, яка реалізує узгоджену економічну політику та дочірні (залежні) підприємства холдингової (материнської) компанії.

Як зазначає М. П. Кучерявенко, правосуб'єктність платника податків як суб'єкта податкових правовідносин є сукупним поняттям, оскільки реалізується через комплекс трьох блоків податкових обов'язків: 1) обов'язок з ведення податкового обліку (стати на облік або зареєструватися в податковому органі); 2) обов'язок зі сплати податків та зборів (самостійно і правильно обчислювати суми податкових платежів); 3) обов'язок з податкової звітності (вести бухгалтерський облік і вносити виправлення у звітність) [16, с. 155].

Між тим, національному податковому законодавству відома складна правова конструкція, яка дозволяє помістити особливості холдингу в межі вітчизняної податкової системи. Відповідно до п. 152.4 ст. 152 ПК України (в редакції від 31.12.2014 р.) платник податку, який мав у своєму складі відокремлені підрозділи, розташовані на території іншої, ніж такий платник податку, територіальної громади, мав право прийняти рішення щодо сплати консолідованого податку та сплачувати податок за місцезнаходженням таких відокремлених підрозділів, а також за своїм місцезнаходженням, визначений згідно з нормами цього розділу та зменшений на суму податку, сплаченого за місцезнаходженням відокремлених підрозділів [17]. Утім, Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» від 28.12.2014 р. № 71-VIII [18] розділ третій «Податок на прибуток» було викладено в новій редакції, з якої, зокрема, було вилучено норму стосовно консолідованих платників.

Проте в чинному законодавстві позначена правова конструкція продовжила своє існування у наказі Міністерства фінансів України від 27.06.2013 р. № 628 «Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 2 «Консолідована фінансова звітність»» (далі – Положення, Стандарт). Так, приписи п. 2 Положення вказують, що норми Стандарту застосовуються групою юридичних осіб, яка складається з материнського (холдингового) підприємства та дочірніх підприємств (крім групи підприємств, які відповідно до законодавства складають фінансову звітність за міжнародними стандартами фінансової звітності, або групи підприємств, у якій материнське (холдингове) підприємство складає фінансову звітність за міжнародними стандартами фінансової звітності) [19].

Фактично холдинги – це різновид консолідованого платника податку, який з правової точки зору існує в системі бухгалтерської звітності і є специфічною формою повноцінного платника податку. Слід зауважити, що холдинг як консолідований платник матиме певні характерні особливості:

по-перше, в контексті порушеної проблеми слушною є теза М. П. Кучерявенка, що саме процес консолідації, який здійснюється шляхом об'єднання податкових обов'язків декількох платників податків, призводить до виділення єдиного суб'єкта для цілей оподаткування [16, с. 168];

по-друге, позиціонування холдингу як своєрідної форми консолідації не обумовлює виникнення нового суб'єкта господарювання, оскільки, як було зазначено, холдинг не є юридичною особою у класичному розумінні, проте саме організаційна єдність та економічна залежність дочірніх підприємств від холдингової компанії дозволяє розглядати таку господарську систему як єдиного платника податків з метою ефективного й пропорційного оподаткування значних обсягів фінансових потоків;

по-третє, такому платнику податків притаманний складний фактичний склад податкової правосуб'єктності, який потребує наявності декількох юридичних фактів, зокрема юридичного оформлення холдингових зв'язків у межах

групи підприємств (укладення договору, внесення відомостей до установчих документів учасників холдингу, повідомлення державного реєстратора, прийняття рішення про використання консолідованої форми сплати податкових платежів з обов'язковим інформуванням фіскальних органів тощо);

по-четверте, для цілей оподаткування правосуб'єктність холдингів потребує визнання учасників групи пов'язаними особами для юридичного оформлення відносин «контролю-підпорядкування» в межах холдингової структури. Тож заінтересованість холдингів у використанні податкової консолідації сприятиме розкриттю корпоративних зв'язків і скороченню видатків на адміністрування такого роду платника податку ;

по-п'яте, специфіка холдингової системи припускає одночасне регулювання імперативного (сплата, облік та звітність) та диспозитивного (ініціативне прийняття рішення про перехід на консолідовану форму оподаткування) методів, що дозволяє інвесторам отримати гарантії співпраці з державою і характеризувати державну заінтересованість у залученні коштів шляхом створення зрозумілого та пропорційного механізму оподаткування;

по-шосте, позиціонування холдингу як консолідованого суб'єкта податкових правовідносин позначає проблему податкової відповідальності такого утворення.

Таким чином, законодавче обрамлення холдингових утворень в межах податкового законодавства у формі консолідованого платника податку слугуватиме позитивним чинником при виборі України як юрисдикції розміщення концентрованого фінансового капіталу, адже струнка система норм інституту консолідованого платника забезпечуватиме баланс як приватних інтересів інвесторів, так і публічних інтересів щодо стабільності податкових надходжень до бюджету.

Висновки. Результати здійсненого дослідження засвідчують актуальність проблеми визначення місця холдингів з-поміж повноправних суб'єктів податкових правовідносин. Холдинг реалізує власну податкову правосуб'єктність шляхом використання інституту консолідації, який вимагає дотримання специфічних правил виконання податкового обов'язку.

Вагомість проблеми суб'єктної належності холдингових структур у сфері податкових правовідносин безспірна, а багатоаспектність правової природи холдингового утворення актуалізує подальші наукові розвідки.

Список літератури:

1. Каминка А. И. Очерки торгового права. Санкт-Петербург : ООО «ЮрИнфоР-Пресс», Серия «Научное наследие», 2002. 545 с.

2. Господарський кодекс України від 01.01.2004 р. № 436-15 (дата оновлення: 07.03.2018). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 02.04.2018).

3. Про холдингові компанії в Україні : Закон України від 15.03.2006 р. № 3528-15 (дата оновлення: 01.01.2016). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3528-15> (дата звернення: 02.04.2018).

4. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI в редакції від 01.01.2018 (дата оновлення: 27.02.2018). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 02.04.2018).

5. Задахайло Д. В. Господарсько-правова політика щодо об'єднань асоційованих підприємств холдингового типу. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: *Економічна теорія та право* : зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. X. № 2 (9). С. 119–130.

6. Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts. *Official Journal*, L193. 18/07/1983. P. 0001–0017.

7. Щодо загальної системи оподаткування, яка застосовується до материнських компаній та дочірніх підприємств різних держав-членів : Директива Ради від 23.07.1990 р. № 90/435/ЄЕС в редакції від 23.07.1990 (дата оновлення: 23.07.1990). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_358 (дата звернення 02.04.2018).

8. Акт про компанії Великобританії 1985 р. URL: http://www.hms.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890040_en_5.htm#mdiv144.

9. Плинок В. Я. Правове обслуговування підприємницьких об'єдинень в Росії і за рубежом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2000. 24 с.

10. Шиткіна І. С. Холдинги: правовой и управленческий аспекты : монографія. Москва : Городец-издат, 2003. 368 с. URL: <http://www.lawmix.ru/commlaw/1723> (Дата обращения: 02.04.2018).

11. Келлер Т. Концепции холдинга. Организационные структуры и управление / пер. с нем. Н. М. Двухшерстковой; под общ. ред. Ю. П. Руднева, Р. М. Гринева. Обнинск, 1996. 298 с.

12. Шапошніков О. В. Холдинги як ефективне об'єднання підприємств на сучасному етапі розвитку економіки України. *Менеджер*, 2007. № 4 (42). С. 237–240.

13. Гончарова І. Холдинги в сучасній економіці. *Підприємництво, господарство і право*. Київ, 2010. № 7. С. 13–16.

14. Лаптев В. В. Суб'єкты предпринимательского права : учеб. пособие. Москва : Юрист, 2003. 236 с.

15. Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 240 с.

16. Кучерявенко М. П. Податкове право : підручник. Харків : Право, 2013. 536 с.

17. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI в редакції від 31.12.2014 (дата оновлення: 27.02.2018). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/ed20141231/para3093#n3093> (дата звернення: 02.04.2018).

18. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи : Закон України від 28.12.2014 р. № 71-19 (дата оновлення: 01.01.2017). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/71-19/ed20150101/para277#n277> (дата звернення: 02.04.2018).

19. Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку 2 «Консолідована фінансова звітність» : Наказ Міністерства фінансів України від 27.06.2013 р. № 628 (дата оновлення: 27.06.2013). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1223-13> (дата звернення: 02.04.2018).

References:

1. Kaminka, A.I. (2002). *Ocherki torgovogo prava*. Sankt-Peterburg: ООО «JurInfoR-Press», Seriya «Nauchnoe nasledie» [in Russian].

2. *Hospodarskyi kodeks Ukrainy* vid 01.01.2004 r. № 436-15. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.

3. *Pro kholdynhovi kompanii v Ukraini*: Zakon Ukrainy vid 15.03.2006 r. № 3528-15. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3528-15>.

4. *Podatkovi kodeks Ukrainy*: Zakon Ukrainy vid 02.12.2010 r. № 2755-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

5. Zadykhailo, D.V. (2012). *Gospodarsko-pravova polityka shhodo ob'jednan asociovanyh pidpryemstv holdyngovogo typu* [Business law policy connecting holding company in Ukraine]. *The*

Bulletin of NLU «Law Academy named Yaroslav the Wise». The Series of Economical theory and law, issue 2 (9), 119–130 [in Ukrainian].

6. Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts. Official Journal, L193. 18/07/1983. P. 0001–0017.

7. Shchodo zahalnoi systemy opodatkovannia, yaka zastosovuietsia do materynskykh kompanii ta dochirnikh pidpryemstv riznykh derzhav-chleniv: Dyrektyva Rady vid 23.07.1990 r. № 90/435/EES. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_358.

8. Company Act of UK 1985. URL: http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890040_en_5.htm#mdiv144.

9. Plynk, V.Ja. (2000). Pravovoe obsluzhyvanye predprynimatel'skykh ob#edynenyj v Rossyy y za rubezhom. *Extended abstract of candidate`s thesis*. Moscow [in Russian].

10. Shytkyna, Y.S. (2003). Holdyngy: pravovoy y upravlencheskyj aspekty. Moscow: Gorodec-yz-dat [in Russian].

11. Keller, T. (1996). Konceptii holdinga. Organizacionnye struktury i upravlenie. Obninsk [in Russian].

12. Shaposhnikov, O.V. (2007). Holdyngy jak efektyvne ob#jednannja pidpryemstv na suchasnomu etapi rozvytku ekonomiky Ukrainy. *Menedzher*. issue 4(42), 237–240 [in Ukrainian].

13. Goncharova, I. (2010). Holdyngy v suchasnij ekonomici. *Entrepreneurship, Economy and Law*, issue 7, 13–16 [in Ukrainian].

14. Laptev, V.V. (2003). Sub#ekty predprinimatel'skogo prava. Moscow: Jurist [in Russian].

15. Lukach, I.V. (2008). Pravove stanovyshhe holdyngovykh kompanij. Kyiv: Jurinkom Inter [in Ukrainian].

16. Kucherjavenko, M.P. (2013) Podatkove pravo. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

17. Podatkovyj kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 02.12.2010 r. № 2755-VI v redakcii vid 31.12.2014. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/ed20141231/paran3093#n3093>.

18. Pro vnesennja zmin do Podatkovogo kodeksu Ukrainy ta dejakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shhodo podatkovoi reformy: Zakon Ukrainy vid 28.12.2014 r. № 71-19. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/71-19/ed20150101/paran277#n277>.

19. Pro zatverdzhennja Nacionalnogo polozhennja (standartu) buhgalterskogo obliku 2 «Konsolidovana finansova zvitnist: Nakaz Ministerstva finansiv Ukrainy vid 27.06.2013 № 628. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1223-13>.

Shulzhuk T. R., Postgraduate Student of Financial Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: mr.sheldon1993@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2346-0240

To the question about legal personality of holdings

The scientific article describes the legal problem of tax legal personality of holding companies. The raised issue is actual because of fact that within the tax legislation there is no definition of the holding as a taxpayer. In addition, the tax law is not acquainted with the legal structure that could reflect the depth of legal relationships that hold the holding structure. Thus, it was concluded that the legal structure of the holding as an entity did not receive proper inter-branch unification in the tax law. Meanwhile, the author analyzed the essence and features of tax personality and concluded that the features of holding structures may be reflected in the tax law of Ukraine. When author investigating legislation, the he points out that the legal institution of the consolidated taxpayer is the legal structure that best reflects the legal characteristics of the holding structures. The author argues that the legal institute of the consolidated taxpayer will have a positive effect on the economy, as it will create a coherent and logical system of tax legal norms. The author is convinced that the tax consolidation regime will optimally take into account the interests of investors, since in this case, the holding companies and subsidiaries will be effectively involved in the logically structured system of the consolidated tax payer. On the other hand, the legal institute of the consolidated taxpayer will take into account state interests in the form of systematic filling of the state

budget by taxation of significant financial capital. The author notes that despite the advantages of the legal institution of the consolidated taxpayer, the indicated tax mechanism needs a notable improvement and taking into consideration a number of peculiarities. The consolidated taxpayer is a complex legal fact that requires harmonization of the simultaneous implementation of various conditions that should ensure the legal existence of the consolidated taxpayer. In addition, the emergence of the consolidated taxpayer raises the need for its legal registration. The author is convinced that the study of the possibility of developing a legal institute of the consolidated taxpayer is the correct benchmark for the implementation of European legislation in the national legal system.

Keywords: holding, parent company, related persons, tax personality, consolidated taxpayer.

Надійшла до редколегії 22.04.2018 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ



Шепітько Михайло Валерійович,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник,
доцент кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: shepitko.michael@gmail.com
ORCID 0000-0002-7164-8037

doi: 10.21564/2414–990x.141.129442
УДК 343.36

ЮРИДИКО–ПСИХОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ПОБУДОВИ СИСТЕМИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ СУДДЯМИ

Здійснено дослідження юридико-психологічних передумов побудови системи протидії злочинам проти правосуддя. Такий підхід дозволяє не тільки ефективно розслідувати злочини проти правосуддя та правильно кваліфікувати вчинені суспільно небезпечні діяння, але й нейтралізувати або мінімізувати можливості вчинення зазначених злочинів. Тому вивчення емоційного стану та складних вольових актів учасників судочинства було необхідним для цілей цієї публікації.

Ключові слова: злочини проти правосуддя; протидія злочинам проти правосуддя; емоція; емоційний стан; мотив; мотивація; учасник судочинства.

Шепітько М. В., кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, докторант НИИ изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса НАПрН Украины, доцент кафедры уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : shepitko.michael@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7164-8037

Юридико-психологические предпосылки построения системы противодействия преступлениям против правосудия, совершаемых судьями

Исследуются юридико-психологические предпосылки построения системы противодействия преступлениям против правосудия. Такой подход позволяет не только эффективно расследовать преступления против правосудия и правильно квалифицировать совершенные общественно опасные деяния, но и нейтрализовать или минимизировать возможности совершения таких преступ-

плений. Поэтому исследования эмоционального состояния и сложных волевых актов участников судопроизводства было необходимым для целей этой публикации.

Ключевые слова: преступления против правосудия; противодействие преступлениям против правосудия; эмоция; эмоциональное состояние; мотив; мотивация; участник судопроизводства.

Постановка проблеми й актуальність теми. На характеристику поведінки учасника судочинства (провадження), який вчинив злочин проти правосуддя, істотно впливає те, яким чином він використав свої права та обов'язки в цьому конкретному провадженні. Учасник судочинства (провадження) може діяти пасивно, інертно (не використовуючи свої права та обов'язки або використовуючи їх в мінімальному необхідному обсязі), активно (у межах його прав та обов'язків) або гіперактивно (зловживаючи своїми правами та обов'язками). Пасивна поведінка учасника судочинства може свідчити про вчинення окремих злочинів проти правосуддя – ненадання своєчасно захисника (ст. 374 КК України); невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380 КК України); невиконання судового рішення (ст. 382 КК України) тощо. Гіперактивна поведінка учасника судочинства також може свідчити про вчинення окремих злочинів проти правосуддя – завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК України), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК України), примушування давати показання (ст. 373 КК України), порушення права на захист (ст. 374 КК України), постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК України) та ін.

Злочини проти правосуддя можуть бути вчинені учасником судочинства (провадження) через використання його прав та обов'язків або без такого. У окремих випадках в КК України встановлена кримінальна відповідальність особи, яка не є учасником судочинства (провадження), але вчинила злочин проти правосуддя. До таких злочинів насамперед належать ті, що пов'язані з проявом такою особою агресивності, жорстокості, насильства і мають на меті завдання шкоди життю, здоров'ю, власності учасників судочинства: погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377 КК України), умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 378 КК України), посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя (ст. 379 КК України).

Обрання способу вчинення злочину проти правосуддя також характеризує особу злочинця. У ретроспективному плані відновлення події злочину важливо встановити, яким чином було досягнуто злочинного результату. Від цього залежить виявлення особи, яка могла вчинити такий злочин. Можна виділяти такі типи винуватих осіб (злочинців) залежно від способу вчинення злочину: насильницький (пов'язані із посяганням на життя і здоров'я); шахрайський (пов'язані із застосуванням обману); інформативний (пов'язаний із впливом на суб'єкта або інформаційні системи). За умови застосування цього критерію кла-

сифікації злочинців, які вчиняють злочини проти правосуддя, на типи виявляється те, якою ціною учасник судочинства бажає досягти злочинного результату проти або замість здійснення правосуддя в конкретному провадженні. Важливим для побудови системи протидії злочинам проти правосуддя стає не тільки обраний спосіб досягнення злочинного результату, але й те, як проходив такий складний вольовий акт, які спонукання виявилися вирішальними у боротьбі мотивів та якими емоціями супроводжувалося прийняття рішення і досягнення мети винуватою особою.

Аналіз останніх досліджень. Проблему протидії злочинам проти правосуддя вивчали різні фахівці як в галузі кримінального права, так і інших юридичних наук: М. І. Бажанов (M. I. Bazhanov), С. О. Книженко (S. O. Knizhenko), С. С. Мірошніченко (S. S. Miroshnichenko), В. І. Тютюгін (V. I. Tiutiuhin) та ін. Однак вони досліджували тільки кримінально-правові і криміналістичні проблеми протидії злочинам проти правосуддя. Тому новим напрямом є виявлення та розгляд юридико-психологічних передумов формування системи протидії злочинам проти правосуддя.

Метою статті є дослідження юридико-психологічних передумов побудови системи протидії злочинам проти правосуддя. На нашу думку, це дозволить не тільки ефективно розслідувати злочини проти правосуддя та правильно кваліфікувати вчинені суспільно небезпечні діяння, але й нейтралізувати або мінімізувати можливості вчинення вказаного роду злочинів. Вважаємо, що вивчення емоційного стану та вчинення вольових актів учасників судочинства може дозволити досягти названої мети.

Виклад основного матеріалу. Усі учасники судочинства, які беруть участь у справі, демонструють певні емоції у зв'язку з цим. Емоції також можуть переживати й особи, які зацікавлені у вирішенні справи або є сторонніми спостерігачами. Такі емоції можуть бути пов'язані з конкретною ситуацією, що вирішується через суд, або асоціацією, викликаною судовими процедурами, або їх проявом до іншого учасника судочинства навіть не у зв'язку із провадженням. Емоції можуть брати верх під час прийняття рішень або супроводжувати учасника у виявленні мотивів.

Відомим дослідником мотиву був ще Й. Бентам (I. Bentam). Саме він звернув увагу на те, що мотиви бувають: 1) внутрішній – внутрішнє сприйняття якої-небудь індивідуальної частки задоволення або страждання, очікування яких може спонукати вас до тієї чи іншої дії, як, наприклад, задоволення від набуття певної суми грошей, страждання від потреби зробити зусилля з певного приводу; 2) зовнішній – зовнішня подія, результат якої може принести задоволення чи страждання, наприклад, вихід лотерейного білету, за яким ви стаєте володільцем грошей, або пожежа в домі, де ви живете, вимагає вас залишити його [1, с. 57]. Такий поділ Й. Бентама (I. Bentam) мотиву на роди (види) нам вважається важливим для мети нашого дослідження, оскільки ситуація здійснення правосуддя робить можливим посягання на його здійснення з зовнішнього боку і спонукає учасників судочинства та інших зацікавлених осіб вчиняти злочини

проти правосуддя. Таким чином, особа, яка вчиняє злочин проти правосуддя, керується саме зовнішнім мотивом – ситуацією здійснення правосуддя.

Поділяючи підхід Й. Бентама (I. Bentam) щодо розгляду зовнішнього мотиву (у т. ч. щодо вчинення злочинів проти правосуддя), варто вказати, що кількість суспільно небезпечних діянь, включених до XVIII розділу КК України, слід розширити за рахунок включення посягань на посадовців Вищої ради правосуддя та Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови чи судді Конституційного Суду України або Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, Генерального прокурора (статті 112, 344, 346, 351-2 КК України), представників сторони обвинувачення, працівників державної виконавчої служби, приватних виконавців (статті 343, 345, 347, 348, 349 КК України). Так само розмежування потребують суспільно небезпечні діяння, пов'язані з наданням/отриманням неправомірної вигоди учасником судочинства (провадження). На нашу думку, це розмежування має бути здійснено шляхом включення мотивів такої діяльності як обтяжуючих обставин учинених злочинів проти правосуддя.

Л. Й. Петражицький (L. I. Petrazhytskyi) наголошував, що в психології існують різні теорії волі, що демонструють різний вплив на особу: 1) мотив волі полягає в пізнанні, в пізнавальних переживаннях (пізнавальна, інтелектуальна теорія мотивації); 2) вони полягають в почуттях (почуттєва теорія); 3) вони полягають частково в пізнавальних, частково в почуттєвих переживаннях, або в їх комбінаціях (еклектична, змішана теорія) [2, с. 164]. Судочинство в цілому характеризується ретроспективним пізнавальним процесом, в якому його учасники виявляють певні емоції через мету досягнення цілей, зумовлених їх статусом, або інших, не пов'язаних зі здійсненням правосуддя.

За М. І. Єнікеевим, емоції – це механізм безпосередньої, імпульсивної регуляції поведінки, заснований на безпосередньо-почуттєвій оцінці життєвих явищ та ситуацій [3, с. 153]. В. О. Коновалова (V. O. Konovalova) та В. Ю. Шепітько (V. Yu. Shepitko) уточнюють цей підхід, вказуючи на три класи емоцій – настрої (стійкі переживання емоцій), афекти (переживання, що вирізняються різко вираженою інтенсивністю і відносною короткочасністю) та почуття (моральні – почуття обов'язку, дружби, людської гідності; інтелектуальні – почуття здогадки, упевненості, сумніву, подиву; естетичні – викликані красою чи потворністю явищ чи об'єктів) [4, с. 71–72].

Ситуація вирішення спору пов'язана із відновленням певної події (факту або злочину) та права, конфліктністю сторін у справі, їх змаганням, оцінити яке згідно з доводами має саме суддя. Тому суддя, сторони судового процесу, інші учасники судочинства (провадження) знаходяться під впливом різних емоційних станів – стресу, страху, жаху, фрустрації, злості, радості, зацікавленості та багатьох інших.

Саме від такого професійного учасника судочинства, як суддя, залежить прийняття остаточного рішення у справі. А ось А. Ф. Коні (A. F. Konі) називає суддю центром тяжіння організації кримінального правосуддя [5, с. 29].

Суддя є особою, яка веде судовий процес, здатна ним керувати, контролювати, тобто психологічно впливати на інших учасників – своїм суворим або добрим виглядом, наявністю атрибутів суддівської та державної влади; підвищеним або тихим голосом, відводячи запитання; приймаючи рішення у справі в цілому або за клопотаннями.

Активна або пасивна роль судді залежала історично від статусу суду, ступеня незалежності суду та судді, а також форми процесу – інквізиційного, змагального чи змішаного. Разом з цим постановлене суддею судове рішення оцінювалося сторонами та зацікавленими особами з точки зору його законності та справедливості в конкретній ситуації. Незгода з цим судовим рішенням дозволяє вказати стороні на його можливу помилковість через оскарження в апеляційній / касаційній інстанції або неправосудність через ініціювання розслідування умисної поведінки судді.

В. Л. Васильєв (V. L. Vasiliev) формулює такі основні сторони професіограми судді: соціальну, реконструктивну, комунікативну, організаційну та посвідчувальну [6, с. 237]. В. Г. Гончаренко (V. H. Honcharenko), надаючи психологічну характеристику судді, визначає якості, якими має володіти суддя: 1) високе почуття відповідальності за свою діяльність, загострене почуття справедливості; 2) наявність покликання до цієї роботи; 3) висока комунікативність і такт; 4) розвинуте почуття гордості; 5) вміння уникати зовнішніх ефектів; 6) стримана громадянська емоційність; 7) організаторські здібності; 8) активність у спілкуванні; 9) гранична концентрація уваги; 10) добра професійна пам'ять [7, с. 87–94]. В. Ю. Шепітько (V. Yu. Shepitko) через дослідження психологічної сторони діяльності судді виокремлює професійно необхідні психічні властивості: творче мислення, комунікабельність, вольові якості, організаторські здібності, здатність протистояти негативним емоціям [8, с. 43]. На нашу думку, наявність усіх цих якостей або відсутність хоча б однієї з них не свідчить про професійну придатність або непридатність судді. Однак виявлення відсутності певних якостей у кандидата на посаду судді або у судді може свідчити про те, що така особа не може обіймати таку високу посаду. Що стосується судді, який вчиняє злочин проти правосуддя, то очевидно, що певних якостей у такого судді немає або ж вони домінують настільки, що отримують негативний прояв у формі вчинення злочину проти правосуддя.

У зв'язку з дослідженням помилкових дій під час здійснення правосуддя З. Фрейд (S. Freud) звернувся також до аналізу психології судді. Він наводить приклад, в якому – якщо обвинувачений визнає свою вину – суддя вірить йому; але якщо обвинувачений заперечує свою вину, суддя не вірить йому. Якщо було б інакше, акцентує нашу увагу З. Фрейд (S. Freud), – то не було б правосуддя, й ви визнаєте цю систему, не дивлячись на наявні в ній недоліки [9, с. 24]. А. Ф. Коні (A. F. Konі) свого часу підійшов до якості здійснення правосуддя з іншого боку і вивів формулу, що є запорукою правильності вироку – «la Cour rend des arrêts et pas des services» (суд постановляє вирок, але не надає послуг) [5, с. 36].

Г. де Тард (H. Tard) також висловлюється подібно до З. Фрейда (S. Freud) і запитує: «Який на даний момент ступінь упевненості судді в винуватості обвинувачуваного?» [10, с. 292]. Продовжуючи свої роздуми, Г. де Тард указує на те особливе психологічне місце судді, яке примушує його впевнюватися і мати ступінь впевненості, від якого залежить міра обвинувачення людей – від нуля до нескінченності, від простої підозри до очевидності, від сумніву до впевненості [10, с. 294]. На нашу думку, такий підхід Г. де Тарда корелюється із проходженням суддею при постановленні судового рішення етапів складного вольового акту¹. Особливий вплив на суддю при «боротьбі» мотивів перед прийняттям рішення. Г. де Тард наголошує, що через внутрішні вагання розум судді втомлюється; тоді втручається дія волі; втома зменшує його увагу і тут настає кінець. Найщиросердніший у світі суддя в момент, коли він постановляє вирок, вважає, що справа стала для нього зрозуміліша, ніж було за секунду перед цим, – однак сталість цієї внутрішньої рівноваги залежить від дуже різних ступенів переконання [10, с. 295].

На прикладі, наведеному Г. де Тардом (H. Tard), стає зрозумілим, що судові рішення, що постановлюються суддею, часто приймається не тільки на підставі обізнаності судді в цілому або у конкретній справі. Суддя за своїм процесуальним статусом перебуває в ситуації необхідності прийняття рішень у справі, що пов'язується з проходженням етапів складного вольового акту. В ідеальному судовому процесі «боротьба» мотивів залежить від того, які емоції та почуття викликаються судовим процесом, що проявляються в формі мотивів дії. Влучними є слова Г. Ашаффенбурга, що кожний вчинок є кінцевий результат, обумовлений дією низки мотивів на певний характер [11, с. 191]. Тож виявлення таких мотивів у судді та інших учасників судочинства при вчиненні злочину проти правосуддя надасть можливість не тільки охарактеризувати суб'єкта злочину, але й мінімізувати саму можливість посягання на цей об'єкт.

Емоції судді, пов'язані із судовим процесом, можуть перебудуватися в мотиви поведінки: помста підозрюваному (обвинуваченому, підсудному) за вчинене суспільно небезпечне діяння; презирство до підозрюваного (обвинуваченого, підсудного); помста стороні у справі або виявлення презирства до неї через винесене судові рішення; прояв симпатії або жалю до потерпілого (його родичів) або підозрюваного (обвинуваченого, підсудного); прояву альтруїзму до усіх сторін справи; отримання неправомірної вигоди від сторони провадження, від зацікавленої особи або від результатів судового процесу тощо. Е. Феррі вказує, що насамперед необхідно з'ясувати, чи правомірні ці мотиви, чи вони є протиправними, громадські вони чи антигромадські? [12, с. 467]. Щодо мотивів

¹ Складний вольовий акт, за дослідженням В. О. Коновалової та В. Ю. Шепітька, проходить кілька етапів: 1) спонукання до здійснення вольового акту; 2) уявлення мети дії; 3) уявлення засобів, необхідних для досягнення наміченої мети; 4) намір здійснити певну дію; 5) рішення виконати певну дію; 6) вольове зусилля, пов'язане з «боротьбою» мотивів, тобто протиборством особистих позицій людини; 7) прийняття рішення; 8) виконання дії і її поточне корегування [4, с. 68].

поведінки суддів і присяжних при постановленні вироку Е. Феррі ще більш категоричний – головний мотив, що служить підставою для обвинувачення чи виправдання, лежить за межами аргументів за чи проти обвинувачення, що обговорювалися на суді, й криються у деяких другорядних, побічних та непередбачених обставинах, які навіть не виражені у фактичних або правових доказах, зазначених у вироку. Цю позицію Е. Феррі об'єднує терміном «свавілля» [12, с. 524–525].

Вияв таких різних емоцій у справі пов'язується з формуванням мотивів, які «борються» в судді при прийнятті рішення, свідчить про те, що суддя приймає рішення, яке відповідає його позиції на той момент. Якщо суддя відповідає професіональним якостям, які від нього вимагаються, й оцінює лише ті сприйняті докази, що відносяться до справи, то таке рішення має бути визнане правосудним.

У «боротьбі» мотивів судді інколи з'являються мотиви, не пов'язані із вирішенням конкретної справи – це прояв помсти до іншої особи, яка не бере участь у справі, егоїзм, кар'єризм або інший особистий мотив, корисливий мотив тощо. З огляду на це таке рішення, мотивація прийняття якого не стосувалась справи, не обов'язково може свідчити про його незаконність або несправедливість (неправосудність), але ймовірність настання такого результату є вкрай високою. Саме тому встановлення можливих мотивів прийняття рішення, не пов'язаних зі здійсненням суддею професійних обов'язків у справі, є важливим у встановленні факту неправосудності судового рішення. Саме тому ст. 75 КПК України закріплює перелік обставин, що виключають участь слідчого судді, судді або присяжного в кримінальному провадженні, зокрема й те, що суддя не може бути учасником судочинства або близьким родичем чи членом сім'ї учасника судочинства, якщо він брав участь у справі в статусі іншого учасника судочинства, і т. ін.

Висновок. Під час постановлення судових рішень суддя може виявити непрофесіоналізм – неухважність, поверховість, недосвіченість, втому, страх, що може спричинити прийняття помилкового рішення. Щоб встановити, чи було таке рішення неправосудним або помилковим, необхідно визначити, наскільки таке конкретне рішення було усвідомлене суддею, чого хотів суддя досягти таким рішенням. Повернення до складного вольового акту, який вчинив суддя, потребує здійснення ретроспективного «занурення» в переживання, які супроводжували постановлення судового рішення. Такий підхід може бути застосований і до діяльності інших учасників судочинства, але через додатковий аналіз їх процесуального та/або професійного статусу.

Список літератури:

1. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. Москва : РОС-СПЭН, 1998. 187 с.
2. Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. 3-е изд. Санкт-Петербург : Изд. Ю. Н. Эрлих, 1908. 265 с.

3. Еникеев М. И. Основы судебной психологии: Общие вопросы. Психические процессы и состояния : учеб. пособ. Москва, 1982. 184 с.
4. Коновалова В. О., Шепітько В. Ю. Юридична психологія : акад. курс: підр. для студ. юрид. вищ. навч. закл. Київ : Вид. дім «Ін Юре», 2004. 424 с.
5. Кони А. Ф. Избранные произведения. Т. 1. Москва : Изд-во гос. юрид. лит-ры, 1959. 628 с.
6. Васильев В. Юридическая психология : учеб. для вузов. 5-е изд. Санкт-Петербург : Питер, 2003. 656 с.
7. Гончаренко В. Г. Лекції з судової психології, читані в Академії адвокатури України. Київ : Академія адвокатури України, 2008. 280 с.
8. Шепітько В. Ю. Психологія судової діяльності : навч. посіб. Харків : Право, 2006. 160 с.
9. Фрейд З. Введение в психоанализ. *Большая книга психоанализа*. Москва : АСТ, 2016. 528 с.
10. Тард Г. Сравнительная преступность. *Преступник и преступление. Сравнительная преступность. Преступления толпы* / сост. предисл. В. С. Овчинский. Москва : ИНФРА, 2014. 391 с.
11. Ашаффенбург Г. Преступление и борьба с ним. Москва : ИНФРА-М, 2013. 239 с.
12. Ферри Э. Уголовная социология / сост. и предисл. В. С. Овчинский. Москва : ИНФРА-М, 2016. 658 с.

References:

1. Bentam, I. (1998). Vvedenie v osnovaniya npravstvennosti s zakonodatelstva. Moscow: ROSSPEN [in Russian].
2. Petrazhytskyi, L.I. (1908). Vvedenie v izuchenie prava i npravstvennosti. Osnovy emotsionalnoi psykholohii. St. Petersburg: Izd. Yu. N. Erlykh [in Russian].
3. Enikeev, M.I. (1982). Osnovy sudobnoi psykholohii: Obshchie voprosy. Psikhicheskie protsessy i sostoianiya. Moscow [in Russian].
4. Konovalova, V.O., Shepitko, V.Yu. (2004). Yurydychna psykholohiia. Kyiv: Vyd. dim «In Yure» [in Ukrainian].
5. Kony, A.F. (1959). Izbrannye proizvedeniya. (Vol. 1–2; Vol. 1). Moscow: Izd-vo hos. yuryd. lit [in Russian].
6. Vasiliev, V. (2003). Yuridicheskaiia psykholohiia. Sankt-Peterburh: Piter [in Russian].
7. Honcharenko, V.H. (2008). Lektzii z sudovoi psykholohii, chytani v Akademii advokatury Ukrainy. Kyiv: Akademiia advokatury Ukrainy [in Ukrainian].
8. Shepitko, V.Yu. (2006). Psykholohiia sudovoi diialnosti. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
9. Freid, S. (2016). Vvedenie v psikhoanaliz. *Bolshaia kniha psikhoanaliza*. Moscow: AST [in Russian].
10. Tard, H. (2014). Sravnitel'naya prestupnost. *Prestupnik i prestuplenie. Sravnitel'naiia prestupnost. Prestupleniya tolpy*. Moscow: INFRA [in Russian].
11. Ashaffenburg, H. (2013). Prestuplenie i borba s nim. Moscow: INFRA-M [in Russian].
12. Ferri, E. (2016). Uholovnaia sotsiolohiia. Moscow: INFRA-M [in Russian].

Shepitko M. V., PhD in Law, Senior Staff Scientist, Post Doctoral Student of Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Associate Professor of Criminal Law Department № 1 of Yaroslav the Wise National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : shepitko.michael@gmail.com; ORCID 0000-0002-7164-8037

Forensic psychological preconditions for forming a system for counteraction to the crimes against justice, committed by judges

A study of the legal and psychological prerequisites for forming a system for counteraction to crimes against justice has been carried out. Such an approach allows not only to effectively investigate crimes against justice and properly qualify the committed socially dangerous acts, but also to neutralize or minimize the possibility of committing crimes against justice. Therefore, studies of the emotional condition and complex volitional acts of participants in the proceedings were necessary for the purposes of this paper.

During the research, author is paid attention that judge in the period, when he/she make decision in the case, we could find signs of unprofessional activity – inattentiveness, superficiality, ignorance, fatigue, fear, which may affect the adoption of an erroneous decision. In order to establish whether such a decision was unlawful or false, it is necessary to establish the extent to which such a decision was a conscious judge, which the judge wanted to reach by such a decision. The return to a complex volitional act committed by a judge requires the implementation of a retrospective immersion into experience, accompanied by a court decision. Such an approach can be applied to the activities of other participants in the proceedings, but due to additional analysis of their procedural and / or professional status.

Keywords: crimes against justice, counteraction to crimes against justice, emotion, emotional condition, motive, motivation, participant of court (criminal) proceedings.

Надійшла до редколегії 25.04.2018 р.



Шостко Олена Юріївна,

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: shostkoolena@nulau.edu
ORCID 0000-0001-8433-462X*

doi: 10.21564/2414–990x.141.133428

УДК 343.9.024:328.8(477)

СТАН І ТЕНДЕНЦІЇ ВИЯВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ В УКРАЇНІ

Розглянуто основні кількісно-якісні статистичні показники, які відображають результати діяльності органів правопорядку та суду із виявлення корупційних правопорушень за період з 2014 по 2017 рр.

Ключові слова: корупція; кримінальні корупційні правопорушення; корупційні злочини; статистичні показники; латентність.

***Шостко Е. Ю.**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.*

e-mail : shostkoolena@nulau.edu ; ORCID 0000-0001-8433-462X

Состояние и тенденции выявления уголовных коррупционных правонарушений в Украине

Рассматриваются основные количественно-качественные статистические показатели, которые отображают результаты деятельности органов правопорядка и суда по выявлению коррупционных правонарушений за период с 2014 по 2017 гг.

Ключевые слова: коррупция; уголовные коррупционные правонарушения; коррупционные преступления; статистические показатели; латентность.

Вступ. Корупція існувала завжди і притаманна будь-якій державі, однак її розміри і негативні впливи є доволі різними.

Корупція є одночасно і причиною, і наслідком слабкості держави. Унаслідок корупції руйнуються довірливі відносини в державі, а її розвиток зупиняється; це явище є основним чинником бідності й відсталості різних країн світу, величезного розшарування у доходах, на ній тримаються авторитарні режими. За даними Світового банку, від корупції страждає більшість населення країн, що розвиваються.

Нобелівський лауреат доктор Аріас Санчес вважає, що корупція – це таємна змова між державними службовцями і бізнесменами для досягнення протизаконних та аморальних переваг [Наведено за: 1, с. 355].

Корупція є особливо гострою проблемою для всіх транзитивних держав. Не є винятком і Україна. Перехідний період характеризується розбалансованістю різних елементів державного механізму, які перебувають або в стані стагнації, або у стані періодичних криз і конфліктів.

За оцінками впливової дослідницької організації «Глобальна фінансова доброчесність» (Global Financial Integrity– GFI), країни, що розвиваються, втрачають понад 1 трлн доларів на рік через «незаконні фінансові потоки», що існують завдяки злочинності та корупції. Ця швидко зростаюча цифра вже в 10 разів перевищує загальну суму іноземної допомоги, яку отримують ці країни [2]. Високий рівень корупції автоматично збільшує додаткові витрати на ведення бізнесу в країні.

Інституційні перетворення в нашій державі до цього часу дуже повільні. Реформа правоохоронних органів відбулась переважно на папері. Судова гілка влади так і не стала дійсно незалежною.

Аналіз останніх досліджень. Серед українських науковців стан і тенденції виявлення корупційних правопорушень досліджують О. В. Баганець (O. V. Bahanets), О. Ю. Бусол (O. Yu. Busol), В. М. Гаращук (V. M. Harashchuk), Б. М. Головкін (B. M. Holovkin), Л. А. Зубкова (L. A. Zubkova), О. М. Костенко (O. M. Kostenko), М. О. Маршуба (M. O. Marshuba), Д. С. Машлякевич (D. S. Mashliakevych), М. І. Мельник (M. I. Melnyk), В. О. Навроцький (V. O. Navrotskyi), Є. В. Невмержицький (Ye. V. Nevmerzhytskyi), В. Ф. Оболенцев (V. F. Obolentsev), А. С. Політова (A. S. Politova), М. І. Хавронюк (M. I. Khavroniuk), В. І. Шакурн (V. I. Shakurn). Однак у роботах вищезначених учених не повністю враховані новітні дані офіційної звітності.

Згідно зі ст. 20 Закону України «Про запобігання корупції» Національне агентство з питань запобігання корупції (НАЗК) готує проект щорічної національної доповіді щодо реалізації засад антикорупційної політики, який не пізніше 1 квітня подається до Кабінету Міністрів України, де мають відображатися статистичні дані про результати діяльності спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції [5]. Така доповідь була оприлюднена НАЗК у 2017 р. Вона містить статистичну інформацію щодо корупційних правопорушень за 2015 та 2016 рр. На час написання статті національну доповідь щодо реалізації засад антикорупційної політики за 2017 р. опубліковано не було.

Метою статті є розгляд основних кількісно-якісних статистичних показників, які характеризують результативність діяльності органів правопорядку і суду України на різних стадіях кримінального процесу щодо корупційних правопорушень за період з 2014 по 2017 рр.

Виклад основного матеріалу. На загальному рівні корупція є соціально-економічним явищем, у своїх конкретних проявах вона завжди має реальних виконавців. Корупцію складають різні види корупційних правопорушень, зокрема,

й порушення професійної етики, а також певні види поведінки, які потребують додаткового визначення законодавством.

Українське законодавство дає юридичне трактування терміна «корупція» у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. Залежно від ступеня суспільної небезпечності окремих видів корупційної поведінки в Законі розрізняються корупційні правопорушення та правопорушення, пов'язані з корупцією.

Корупційні правопорушення повинні містити ознаки корупції і вчинятись особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». За їх вчинення встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність.

Правопорушення, пов'язане з корупцією, – діяння, що не містить ознак корупції, але порушує встановлені вимоги, заборони та обмеження, вчинене особою, зазначеною у частині першій статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність [3].

Перелік адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією, міститься у гл. 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення. До них належать, наприклад, такі дії як порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків (ст. 172-5) або невжиття заходів щодо протидії корупції (ст. 172-9) [4].

Найбільш небезпечним видом корупційних правопорушень є корупційні злочини (кримінальні корупційні правопорушення), які у своїй сукупності складають корупційну злочинність. Ми можемо її визначити як сукупність суспільно небезпечних діянь, учинених службовими і посадовими особами, працівниками підприємств, установ, організацій різних форм власності, які не є службовими особами, пов'язаних із одержанням неправомірної вигоди для себе, інших фізичних або юридичних осіб або із зловживанням повноваженнями, а також підкуп таких осіб з метою заохочення їх до виконання чи невиконання своїх службових обов'язків з боку пересічних громадян чи представників бізнесової спільноти. Законодавчого визначення поняття «корупційна злочинність» досі не існує.

Перелік корупційних злочинів наведений у примітці до ст. 45 КК України. До них належать склади злочинів з різних розділів КК України. Однак на думку деяких вчених, цей перелік є неточним і неповним. Наприклад, корупційними злочинами слід вважати діяння, передбачені статтями 189 і 206-2, якщо їх вчинено службовою особою з використанням службового становища [5, с. 25, 27].

Корупційні злочини не завжди вчиняються спеціальним суб'єктом. Зокрема, діяння, передбачені статтями 369, 369-2, 368-4 КК України можуть скоюватись будь-якою особою, тобто загальним суб'єктом. З точки зору міжнародно-правових документів, підкуп уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та прирівняних до них осіб є активною корупцією.

Найбільш небезпечним для держави і суспільства є ситуація, коли корупційні злочини вчиняють керівники державних, правоохоронних органів, органів місцевого самоврядування, які незаконно й неправомірно використовують свій державний статус для отримання переваг (політичних, економічних, соціальних тощо) для себе або близьких осіб. Саме вони належать до типу особливо злісного політичного корупціонера. Від інших злочинців подібні особи відрізняються обсягами і масштабністю владних можливостей для самозбагачення та отримання інших вигод [6].

До цього часу нам достеменно не відомі обсяги вчинених корупційних правопорушень в Україні, оскільки вони характеризуються найвищим рівнем латентності. Це зумовлено складністю виявлення окремих правопорушень (внаслідок зацікавленості двох сторін, наявності розгалужених дружніх стосунків тощо) і, відповідно, покарання винних осіб. Отже, переважна більшість корупційних правопорушень не відображена в офіційній статистиці. Тому приведені нижче статистичні дані можна вважати такими, що ілюструють виключно активність органів правопорядку щодо виявлення окремих проявів корупційної поведінки.

Офіційні статистичні дані містяться у Звіті про стан протидії корупції, (Форма № 1-КОР), який затверджено спільним наказом Генеральної прокуратури, Міністерства внутрішніх справ, Служби безпеки, Міністерства доходів і зборів, Міністерства оборони, Державної судової адміністрації України 22 квітня 2013 р. № 52/394/172/71/268/60. Звіт складається із інформації щодо облікованих правопорушень, пов'язаних із корупцією (адміністративні корупційні правопорушення згідно з термінологією Звіту) та кримінальних корупційних правопорушень (злочинів).

Показники щодо окремих складів кримінальних корупційних правопорушень містяться також у Єдиному звіті про кримінальні правопорушення та Єдиному звіті про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, що їх формує Генеральна прокуратура України.

Розглянемо кількісно-якісні показники, що характеризують діяльність органів правопорядку із виявлення корупційних правопорушень за період з 2014 по 2017 рр., використовуючи дані Звітів про стан протидії корупції за відповідні роки [Див. за роками: 7].

Щодо правопорушень, пов'язаних з корупцією, то у 2014 р. до суду було направлено 2424 протоколів про адміністративні корупційні правопорушення, до відповідальності притягнуто 1914 осіб (штраф), у 2015 р. до суду було направлено 2147 таких протоколів, до відповідальності притягнуто 1720 осіб. У 2016 р. до суду було направлено 2994 протоколів, штраф накладено на 1900 осіб. У 2017 р. до суду було скеровано 5846 протоколів, на 4521 особу накладено штраф.

Таким чином, у 2017 р. у порівнянні з 2016 р. кількість протоколів, переданих до суду, збільшилась приблизно у 2 рази, а кількість оштрафованих – майже у 2,5 рази. Однак сума накладених штрафів є мізерною – 4 241 459 грн.

Таблиця 1

Відомості про осіб, які вчинили правопорушення, пов'язані з корупцією (2014–2017 рр.)

Посада	Категорії	Роки			
		2014	2015	2016	2017
Державні службовці		195	129	85	110
З них	1–2 категорій (I групи)	1	1	0	0
	3 категорії (II групи)	18	14	13	35
	4 категорії (III групи)	20	9	10	21
	5–7 категорій (IV, V групи)	156	105	62	54
Посадові особи місцевого самоврядування		322	318	537	332
З них	1–2 категорій (I групи)	0	2	1	1
	3 категорії (II групи)	14	7	22	15
	4 категорії (III групи)	170	147	228	180
	5–7 категорій (IV, V групи)	138	162	286	136

Щодо корупційних злочинів, то у 2014 р. до суду з обвинувальним актом було направлено 2381 кримінальне провадження. У 2015 р. до суду було скеровано 2441 кримінальне провадження. У 2016 р. число обвинувальних актів, направлених до суду, склало 2130, у 2017 р. – 2786, тобто їх кількість збільшилась на 17 % у порівнянні з 2014 р.

У 2017 р. виявлено 2400 осіб, що вчинили кримінальні корупційні правопорушення, що на 22 % більше, ніж у попередньому році. Більш детальну інформацію про склад підозрюваних за окремими категоріями посад див. у табл. 2.

Таблиця 2

Відомості про осіб, які вчинили кримінальні корупційні правопорушення (2014–2017 рр.)

Посада	Категорії	Роки			
		2014	2015	2016	2017
Державні службовці	1–2 категорій (I групи)	2	8	8	10
	3 категорії (II групи)	3	14	10	12
	4 категорії (III групи)	24	21	25	34
	5–7 категорій (IV, V групи)	233	234	188	131
Посадові особи місцевого самоврядування	1–2 категорій (I групи)	1	1	2	3
	3 категорії (II групи)	4	4	2	7
	4 категорії (III групи)	92	67	61	57
	5–7 категорій (IV, V групи)	55	70	53	57

Щодо структури корупційної злочинності, то найбільшу питому вагу мають злочини, передбачені ст. 368 КК України (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, до зміни КК України – одержання хабара). На другому місці – кримінальні корупційні правопорушення, передбачені ст. 191 КК України – привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем.

Таблиця 3

Відомості про кримінальні корупційні правопорушення за статтями КК України (2014–2017 рр.)

Стаття КК України	Кількість осіб			
	2014	2015	2016	2017
ч.ч. 2–4 ст. 189	7	8	0	0
ч.ч. 2–5 ст. 191	524	470	382	655
ч.ч. 2–3 ст. 358	2	2	1	0
ст. 364	169	141	158	228
ст. 364-1	16	19	31	48
ст. 365	20	5	0	6
ст. 365-2	1	4	6	10
ч. 2 ст. 366	38	15	4	8
ст. 368	1038	838	860	808
ст. 368-2	1	1	6	1
ст. 368-3	66	60	29	38
ст. 368-4	13	17	12	24
ст. 369-2	122	162	242	230

Загальновідомо, що одним з основних показників ефективності роботи органів правопорядку і суду є кількість обвинувальних вироків за той чи інший вид злочину.

Зазначимо, що в 2016 р. у порівнянні з 2015 р. кількість засуджених осіб за вчинення корупційних злочинів зменшилась на 35 % (із 755 до 492 осіб). Але у 2017 р. число засуджених у порівнянні з минулим роком зросло втричі, до 1692 осіб. 50 % із них було призначено штраф як основне покарання. Позбавлення волі було призначено тільки 6 % винних (107 особам). Ця частка була майже така сама і в 2015–2016 рр. У 2014 р. даний вид покарання було призначено тільки 4 % винних.

Більше інформації щодо призначених видів покарань засудженим за кримінальні корупційні правопорушення у таблиці 4.

Види покарань, застосовані до засуджених осіб (2014–2017 рр.)

Основні покарання	Роки			
	2014	2015	2016	2017
Позбавлення волі на певний строк	35	59	32	107
Обмеження волі	16	10	5	20
Арешт	3	6	7	20
Виправні роботи	3	2	0	4
Штраф	227	333	291	849
Позбавлення права обіймати певні посади	0	0	0	2
Додаткові покарання				
Штраф	41	39	21	67
Позбавлення спеціального звання, рангу	75	53	37	92
Позбавлення права обіймати певні посади	522	475	275	907
Конфіскація майна	35	54	30	97

На наш погляд, кількість засуджених корупціонерів, а тим паче реально призначене покарання у виді позбавлення волі, є просто жалюгідними з огляду на те, що в Україні налічується приблизно 150 тисяч осіб, які посідають відповідальне та особливо відповідальне становище [8]. Число засуджених корупціонерів складає тільки 2,2 % від загальної кількості засуджених у 2017 р.

Зауважимо, до кримінальної відповідальності за корупційні кримінальні правопорушення у 2014–2016 рр. вищі посадові особи держави і державні службовці 1–2 категорії (1 групи) не притягувались. У 2017 р. було засуджено двох державних службовців цієї категорії. За означений період часу жодного народного депутата за вчинення кримінального корупційного правопорушення також не було засуджено.

Установлена сума матеріальних збитків від корупційних правопорушень (за закінченими кримінальними провадженнями) у 2017 р. склала 16,329 млрд грн. Однак красномовною є цифра відшкодованих збитків – 312 494 млн грн, тобто до бюджету держави повернуто тільки 2 % (!) від загальної суми завданих матеріальних збитків. Це ще один індикатор неефективності роботи органів кримінальної юстиції у сфері запобігання і протидії корупції.

Існують альтернативні джерела інформації, за якими можна вимірювати розбіжності між офіційно облікованими злочинами і латентними. До них належать анонімні опитування громадян, опитування експертів, різноманітні міжнародні рейтинги, дослідження неурядових організацій, публікації громадських організацій, журналістські розслідування тощо. Саме вони допомагають дізнатись про латентну складову корупційних правопорушень.

Особливо важливими у цьому контексті вважаємо оприлюднені громадськими організаціями результати перевірок е-деклараций посадовців, які дозво-

ляють опосередковано оцінити масштаби корупційних практик у країні, які є, на наш погляд, одним із показників можливого незаконного збагачення. Між тим, за даними Державної судової адміністрації, у 2015–2017 рр. за цей вид злочину немає засуджених осіб. Слід врахувати, якщо винна особа вчинила декілька злочинів, облік ведеться за статтею Кримінального кодексу України, яка передбачає більш суворе покарання.

Згідно з даними міжнародної організації «Transparency International», за індексом сприйняття корупції Україна вже багато років поспіль знаходиться наприкінці списку. У 2014 р. Україна посідала 144 місце (із 177 країн), у 2015 – 130 (із 168), 2016 – 131 (із 176), 2017 – 130–134 (із 180) [9].

Відповідно до даних, зібраних у результаті дослідження шахрайства аудиторською компанією Ernst & Young, Україна у 2017 р. посіла перше місце серед 41 країни Європи, Африки та Близького Сходу, а також Індії за рівнем корупції. У 2015 р. Україні перебувала на 7 місці. Причини такого регресу представники компанії вбачають у відсутності ефективної системи покарання, що поєднана з браком економічного зростання в країні [10].

Згідно з результатами опитування, проведеного у вересні-жовтні 2017 р., Центром аналізу та соціологічних досліджень Міжнародного республіканського інституту (IRI), США, 46 % українців називають корупцію в державному секторі головною проблемою для держави [11].

Останнє щорічне опитування, проведене Американською торговельною палатою серед представників компаній-членів цієї міжнародної організації щодо сприйняття рівня корупції, засвідчило таке. Корупція у 2017 р. залишалась проблемою для іноземного бізнесу в Україні. 91 % респондентів зазначили, що стикалися з корупцією під час ведення бізнесу в нашій країні, це на 10 % більше, ніж у 2016 р. 89 % опитаних вважають, що боротьба з корупцією є першочерговою для покращення бізнес-клімату в Україні [12].

Обговорення результатів. Усе зазначене свідчить про те, що існують «ножиці» між офіційно зафіксованими даними про виявлені кримінальні корупційні правопорушення та їх реальною поширеністю, наприклад, серед посадових і службових осіб державних і недержавних органів та установ у сучасній Україні. За альтернативними джерелами інформації, корупційні практики в Україні є широко розповсюдженими. Система кримінальної юстиції неспроможна адекватно виявляти, розслідувати, притягати до відповідальності корупціонерів, оскільки так само корумпована, як і інші державні інституції. Незважаючи на проголошені і частково проведені реформи, самоочищення органів правопорядку від корупціонерів не відбулось. Суб'єкти політичної корупції залишаються недоторканими. Вищенаведені статистичні дані показують викривлену «картину боротьби» з кримінальними корупційними правопорушеннями, які майже суцільно перебувають у латентному стані. Вони самі є показником «хвороби» системи контролю контролюючих.

Висновки. Вбачається, що рівень корупційних проявів не може бути зменшеним без цілеспрямованих заходів, які належать до загальносоціального запобігання.

Корупція є системним соціальним явищем в Україні. Вона не існує ізольовано від політичних, економічних, інших соціальних явищ, а органічно взаємопов'язана з ними. Виходячи з того, що у корупційних відносинах зацікавлені не тільки особи, уповноважені на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування та прирівняні до них особи, але й пересічні громадяни, важливою складовою є підтримка й заохочення їх до активної протидії цьому феномену. Тому держава має забезпечити надійні механізми захисту прав викривачів корупції.

Але в державі, де не працює принцип невідворотності кримінальної відповідальності за корупційні злочини, марно очікувати їх зменшення. Прийняття великої кількості нормативних актів, різноманітних стратегій (на центральному і місцевому рівнях) у сфері протидії корупції без дієвого правозастосування лише поглиблює розчарування й апатію громадян, збільшує їх скепсис щодо спроможності держави провести успішну антикорупційну реформу. І хоча збільшення числа спеціалізованих суб'єктів запобігання корупції автоматично не призводить до зменшення корупції, у сучасному українському вимірі без створення антикорупційного суду не обійтись. Науково обґрунтовані реформи сектору безпеки слід впроваджувати невідкладно. Вище керівництво держави мусить нарешті продемонструвати власну волю і цілеспрямовані дії до реального зменшення корупційних практик.

Список літератури:

1. Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії : дис. д-ра юрид. наук. Київ, 2015. 470 с.
2. Developing countries lose \$1tn a year from 'illicit financial flows'. URL: <https://www.theguardian.com/global-development/2013/dec/13/developing-countries-illicit-financial-flows>.
3. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII (дата оновлення: 03.08.2017). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212²⁰) : Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. № 51. Ст. 1122. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
5. Хавронюк М. І. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : ВД «Дакор», 2016. 496 с.
6. Шостко О. Ю. Типологія осіб, що вчиняють корупційні злочини. *Транскордонна співпраця: проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали II Регіонального круглого столу. Одеса, 2017. С. 53–59.
7. Звіт про стан протидії корупції за 2017 р. ГО «Всеукраїнська ліга правників проти корупції». URL: <http://nocorrupt.com/download-materials>.
8. В Україні з'явився довідник з перевірки е-декларацій чиновників. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2371885-v-ukraini-zavivsa-posibnik-z-perevirki-edeklaracij-cinovnikiv.html>.
9. CPI. URL: <https://ti-ukraine.org/cpi/>.
10. Рейтинг корупції E&Y : Україна на першому місці серед 41 країни. URL: http://news.liga.net/ua/news/politics/14730211-reyting_korupts_e_y_ukra_na_na_pershomu_m_sts_sered_41_kra_ni.htm.
11. Public Opinion Survey of Residents of Ukraine. *International Republic Institute (IRI)*. URL: http://www.iri.org/sites/default/files/2017-11-28_ukraine_poll_presentation.pdf.
12. Опитування Палати щодо сприйняття корупції : створення Антикорупційного суду є пріоритетом № 1 для бізнесу. URL: <http://www.chamber.ua/uk/Media/News/8184>.

References:

1. Busol, O.Yu. (2015). Protydiia koruptsiinii zlochynnosti v Ukraini u konteksti suchasnoi antykoruptsiinnoi stratehii. *Doctor's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
2. Developing countries lose \$1tn a year from illicit financial flows URL:<https://www.theguardian.com/global-development/2013/dec/13/developing-countries-illicit-financial-flows>.
3. Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1700-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady, art. 2056*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>.
4. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia vid 07.12.1984 r. № 8073-X. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy RSR, 51, art. 1122*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
5. Khavroniuk, M.I. (Ed.). (2016). *Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva*. Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].
6. Shostko, O.Yu. (2017). Typolohiia osib, shcho vchyniaut koruptsiini zlochyny. *Transkordonna spivpratsia: problemy ta shliakhy yikh vyryshennia: proceedings of the II Regional Round table*. Natsionalna akademiia prokuratury Ukrainy. Odesa, 53–59 [in Ukraine].
7. Zvit pro stan proty dii koruptsii za 2017 r. HO «Vseukrainska liha pravnykiv proty koruptsii». URL: <http://nocorrupt.com/download-materials> [in Ukrainian].
8. V Ukraini ziauyvsia dovidnyk z perevirky e-deklaratsii chynovnykiv. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2371885-v-ukraini-zavivsa-posibnik-z-perevirki-edeklaracij-cinovnykiv.html> [in Ukrainian].
9. CPI. URL: <https://ti-ukraine.org/cpi/>.
10. Reitynh koruptsii E&Y: Ukraina na pershomu mistsi sered 41 krainy. URL: http://news.liga.net/ua/news/politics/14730211-reyting_korupts_e_y_ukra_na_na_pershomu_m_sts_sered_41_kra_ni.htm [in Ukrainian].
11. Public Opinion Survey of Residents of Ukraine. *International Republic Institute (IRI)*. URL: http://www.iri.org/sites/default/files/2017-11-28_ukraine_poll_presentation.pdf [in Ukrainian].
12. Opytuvannia Palaty shchodo spryiniattia koruptsii: stvorennia Antykoruptsiinoho sudu ye priorytetom № 1 dlia biznesu. URL: <http://www.chamber.ua/uk/Media/News/8184> [in Ukrainian].

Shostko O. Y., Doctor of Law, Full Professor, Professor of Department of Criminology and Penitentiary Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : shostkoolena@nulu.edu ; ORCID 0000-0001-8433-462X

The Modern Status and Trends of Detection of Criminal Corruption Offenses in Ukraine

The article is devoted to the consideration of the main quantitative and qualitative statistical indicators of the results of activities of law enforcement bodies and courts in detection of corruption offenses for a period from 2014 to 2017. The annual official data show that 2400 people were exposed in committing criminal corruption offenses in 2017, which is 22 % more than in the previous year. The number of persons convicted for committed corruption crimes was as follows: in 2015 – 755, in 2016 – 492 persons, in 2017 the number has increased threefold – to 1692 persons. But only 6 % of the perpetrators were imprisoned (107 persons). 50 % of corruption cases were penalized by a fine as main punishment.

The author stressed the fact that in 2014–2016 top-ranked state officials and civil servants of 1–2 categories (the highest group) were not convicted for corruption criminal offenses. 2 civil servants of this category were convicted in 2017. For the mentioned term of time, no member of Verkhovna Rada was convicted of criminal corruption offenses either. Damages caused by criminal corruption offenses (after criminal proceedings finished by investigation) amounted to 16, 329 billion UAH (approximately 142,36 million Euros). Damages repaid amounted to 312,5 million UAH, which is approximately 2 % of the total amount of material damages. Finally, we conclude that the system of criminal justice cannot adequately detect, investigate, and prosecute corrupt officials since the system is just as corrupt as other state institutions. Despite the proclaimed and partly implemented reforms, the self-cleaning of law enforcement agencies from corrupt officials did not take place. Subjects of political corruption remain intact. The official statistics show a distorted «picture of the fight» with criminal corruption offenses, which are almost entirely in a latent state.

Keywords: corruption; corruption offenses; criminal corruption offenses; statistical data; latency.

Надійшла до редакції 15.05.2018 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Yakoviyk Ivan Vasylovych,
*Doctor of Law, Full Professor, Professor
of the Department of international law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv*
e-mail: yakoviyk@ukr.net
ORCID 0000-0002-8070-1645



Shepliakova Elena,
*Master of International Law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv*
email: elenasheplyakova1@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.141.129444
UDC 341.23(477)(4–672ЄC)

THE INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION BETWEEN UKRAINE AND THE EUROPEAN UNION IN BUILDING MODERN SYSTEM OF EUROPEAN SECURITY

On the way to the EU integration, Ukraine faces substantial challenges in the area of security. Europe's number one security concern, of course, is Russian aggression in Ukraine. At the moment, the EU can be viewed rather as an informal collective security and defence organisation, but if Ukraine achieves further progress on the way to EU membership, then, in the future when the issue of Ukraine's membership may be considered, the security status of the EU could become formalised enough and Ukraine would obtain the security guarantees of full value; which the country lacks today.

Keywords: European integration; security policy; foreign policy; Ukraine; European Union; NATO.

Яковюк И. В., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : yakoviyyk@ukr.net ; ORCID 0000-0002-8070-1645

Шеплякова Е. А., магистр международного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : elenasheplyakova1@gmail.com

Международно-правовое сотрудничество Украины и Европейского Союза в строительстве современной системы европейской безопасности

На пути к европейской интеграции Украина сталкивается с серьезными проблемами в области безопасности. Российская агрессия в отношении Украины, безусловно, является ключевой проблемой обеспечения безопасности в Европе. На нынешнем этапе развития ЕС можно рассматривать скорее как неформальную организацию коллективной безопасности и обороны. Однако если Украина со временем достигнет существенного прогресса на пути вступления в ЕС, то тогда вопрос о ее членстве в Европейском Союзе может быть рассмотрен. В этом случае Украина сможет в полной мере получить гарантии своей безопасности.

Ключевые слова: европейская интеграция; политика безопасности; внешняя политика; Украина; Европейский Союз; НАТО.

Theme formulation and topic relevance.

The Impact of the Common Security and Defence Policy of the European Union on the reform of the security sector in the Eastern Partnership region

Article 8 of The Treaty on the European Union emphasizes that the Union develops special relationships with the neighbouring countries with the aim of creating, on the foundation of the EU principles, the space of prosperity and good-neighbourliness, which is characterized by close and peaceful relations on the basis of cooperation. In order to fulfil the provisions of the article mentioned above in the area of Common Foreign and Security Policy, the EU decided to implement special forms of cooperation with the neighbouring states. That's why the Union established a new platform for deeper cooperation within the European Neighbourhood Policy – the Eastern Partnership, which determined the conditions for promoting proper reception of the EU standards and a clear framework for approximating the countries of the region to the EU [1, p. 49–51].

As the Commissioner for Enlargement and European Neighbourhood Policy Štefan Füle noted, the Eastern Partnership is the European Union's policy launched in 2009 and aimed at bringing Eastern neighbours closer to the Union. Its instruments are employed to assist the countries concerned with their transformation, the implementation of democratic, economic and other reforms, and thus, strengthen the stability in the region and expand the prosperity, which will bring direct benefits both to the citizens of the Eastern Partnership countries and the people of the EU.

The initiative proposed by Poland and Sweden in 2008 and approved by the Council on March 20th, 2009 entered into force in May of 2009. In the Presidency conclusions containing the Declaration by the European Council on the Eastern

Partnership issued on 19th-20th of March 2009, it was stated that «*the European Council commits, on the terms set out in the declaration, to a deeper bilateral engagement and to a new multilateral framework involving the EU, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, the Republic of Moldova and Ukraine, aiming at accelerating reforms, legislative approximation and further economic integration*» [2, p. 12].

The European Commission offered 4 thematic platforms or strategic areas for cooperation with the Eastern partners, which include the following:

- democracy, good governance and stability system (administrative reform, anti-corruption measures, training of managerial staff, civil society development, free media and others);

- economic integration and convergence with EU's sectoral economic policies, including the free trade agreements (as the successful development of trade and economic relations; harmonization of legislation with the EU legal framework);

- energy security (measures to ensure a reliable energy supply to Eastern Partnership countries and the EU, energy efficiency and development of renewable energy);

- people-to-people contact support (visa regime facilitation) [3, p. 5–6].

The security factor is gaining importance in EU's external activity with the need to extend the Union's role as a security provider in the world. Given the fact that the Eastern Partnership region is where the major security and instability issues concentrate, the Union understands that it has to address the security risks of partner states through the cooperation within the frameworks of the CSDP and peacekeeping activities in the Eastern Partnership states [4, p. 94].

The current development of the situation in the Eastern Partnership region has brought the security dimension to the foreground. The region has dramatically changed after the aggression of the Russian Federation against Ukraine. The EU reviewed and entered corrections to its policy regarding Russia, which, in light of recent events, is no longer considered a reliable partner.

In the Joint Conclusion Paper «Towards a New European Neighbourhood Policy» issued on March 4th 2015, the EU recognized that the situation in the neighbouring countries and the Eastern Partnership region in particular is less stable than it was ten years ago. It was expressed that the EU seeks to promote stability on its borders and that to address the security challenges arising in the neighbouring countries and within the EU, the Union has to draw on all its cooperation instruments, including the ones available within the Eastern Partnership initiative [5, p. 6].

On November 24th 2017 the participants of the Eastern Partnership Summit adopted the Declaration to conclude the agreements achieved during the event. The document included several references to the burning security issues shaping the current reality of the Eastern Partnership region and the need to deepen the countries' involvement in the CSDP. Most importantly, it made an emphasis on the "cooperation and EU support in security sector reform, implementation of integrated border management, disrupting organised crime, human trafficking and smuggling, addressing irregular migration, tackling hybrid threats, countering terrorism and vio-

lent extremism, including through inter-religious and intercultural dialogue, preventing radicalisation, enhancing cybersecurity and fighting cybercrime, strengthening disaster prevention, response and crisis management will improve partner countries' ability to withstand the pressures they face". In this Declaration, the participants also highlighted the importance of improving and strengthening the security cooperation in the spheres of CSDP [6, p. 7].

And even though the Eastern Partnership has come under frequent strong criticism, as it didn't manage to solve the political and economic problems in the region or at least significantly improve the political, economic and security situation in the region, which only deteriorated over the course of the initiative's existence, it's necessary to admit that the EU has achieved certain success when it comes to improving the security sectors of the Eastern Partnership states. The Union has also been assisting their governments in the matters related to the security reforms.

European Union Advisory Mission (EUAM) Ukraine began operations from its headquarters in Kyiv in December 2014, aiming to assist the Ukrainian authorities «towards a sustainable reform of the civilian security sector through strategic advice and hands-on support for specific reform measures based on EU standards and international principles of good governance and human rights».

The EUAM Ukraine activity is based on three pillars: strategic advice on civilian security sector reform, in particular the need to develop civilian security strategies; support for the implementation of reforms, through the delivery of hands-on advice, training and other projects; cooperation and coordination, to ensure that reform efforts are coordinated with Ukrainian and international actors [7, p. 10].

It's worth to note that the initial request from the Ukrainian authorities was for a mission of a larger scope, able to provide assistance when it comes to monitoring the administrative line of occupation between Ukraine and Crimea. However, the EU agreed on the establishment of a EU-CSDP mission with a narrower mandate and primarily consultative purpose. This was due to the lack of consensus among EU member states on the form of intervention and the mission's composition [8, p. 14].

The EUAM Ukraine has provided strategic advice on reforming concept papers and strategies, including the Strategy of the Reform of the Internal Affairs Agencies; National Police Reform Concept; Law of Ukraine on the National Police; draft Law on Freedom of Assembly, and National Human Rights Strategy. The EUAM Ukraine contributed to establishment of the National Police of Ukraine by carrying out numerous training programs and workshops, including on public order, rights of peaceful assembly, community policing, leadership, and strategic communication [7, p. 10].

Since the beginning of 2016, EUAM has expanded its mandate and added operational projects, and training activities to it with the aim to provide assistance to the Ukrainian government with the implementation of reforms.

According to the experts working for the Mission, there are numerous challenges that hinder reform of the civilian security sector. Those include the governmental institutions' unwillingness and resistance to change, gaps in legislation, insufficient

funding, unsatisfactory professional standards in different sectors of the national security, the lack of coordination between different agencies, and the prevalence of corruption.

However, with the support of the Mission, the Ukrainian government has taken some positive steps towards reform. When it comes to the security sector, the most important achievements of the Mission are the following:

1. Legislative support: Development of the Law on the National Police (in 2015) and amendments to the Law (2016) as well as support a number of other laws, including legislative frameworks for peaceful assembly and fighting financial and cybercrime.

2. Launch of quick-response teams and ‘Sambir police model’ in 2015, aimed at increasing public trust and responsiveness of police force by decreasing police response time to citizens’ requests; rollout of the project in 123 police stations in 5 regions.

3. Delivery of training programmes at the National Academy of Prosecutors.

4. Development and approval of the Ministry of Internal Affairs’ Strategy 2020, approved by the Minister of Internal Affairs in June 2017.

5. Assistance in drafting the Law on National Security of Ukraine, which is aimed at establishing clear delineation of responsibilities among all security sector agencies.

6. Support in developing a reform concept for the State Security Service, which foresees the transformation of the Service from a law-enforcement body into an intelligence-gathering agency. As of now, this has yet to be approved by the President of Ukraine.

7. Establishment of the Border Management Assistance Group platform for the border guard and donor community in Ukraine.

8. The set-up and delivery of human-resource management training for State Border Guard and State Fiscal Service HR managers from all across Ukraine.

9. The support provided to establish, improve and reform the governmental anti-corruption bodies and judicial system, since it’s a crucial part of the civilian security sector of any state [9].

On 20 November, the Council of the European Union adopted a decision to extend the mandate of the European Union Advisory Mission in Ukraine until 31 May 2019 and approved a budget of € 32 million for the next 18 months [10].

General objectives of Ukraine’s cooperation with the EU and NATO in the sphere of foreign policy

Ukraine’s diplomatic relations with the European Union began back in 1991, when the President of the EU, the Minister of Foreign Affairs of the Netherlands, officially recognized Ukraine’s independence on behalf of the organization. Since that time, Ukraine’s relations with the Union in the area of foreign policy significantly improved. The deepening of the cooperation between the EU and Ukraine in the spheres of Common Foreign and Security Policy is still among the top priorities for both the Union and our state.

This assertion may be proved by the following facts:

1. Ukraine's aspirations to become a European state and join the union, which was confirmed during the Revolution of Dignity and Ukrainian laws governing the framework and objectives of the state's foreign policy¹. One of the latest legislative acts proving Ukraine's intentions to build closer relations with the Union was adopted by our Parliament on the 13th of March 2014. It was the Resolution «On confirmation of Ukraine's course towards integration into the European Union and priority measures in this direction», declaring that the Ukraine's foreign policy course toward the integration with the EU is irreversible [13].

2. The signing of the Association Agreement between Ukraine, the EU and its member states, as well as the support the EU provides to our state when it comes to the implementation of this agreement and the strengthening of Ukraine's positions on the international arena.

Due to the last fact, the primary objective of cooperation between the EU and Ukraine in the sphere of foreign policy is the successful implementation of the Association Agreement, which should ultimately bring socio-economic benefits both to Ukraine and the Union.

The EU integration course of Ukraine for the fourth year in a row was marked by the unconditional consensus among all branches of the power. However, due to a number of the processes inside the union, the 2016 Analytical Report of the President's Annual Address to the Parliament said: "After the UK referendum regarding the EU membership, the EU membership as an ultimate goal of the European integration is losing its absolute value. Instead, instrumental aspects of cooperation between Ukraine and the EU to carry out internal reforms and modernization increase their importance to a significant degree" [14, p. 48].

Despite that fact, it's impossible to deny that the dialogue between the EU, its member states and Ukraine has strengthened and become more frequent. Due to the complications appearing on Ukraine's way toward integration with the EU, which include, but are not limited to Russia's continuous aggression in Eastern Ukraine and Crimea, the changes in EU-Russia relations caused by it and the need to restore peace in Europe.

The general objectives of cooperation between the EU and Ukraine are outlined in the Association Agreement between these parties. To begin with, the first article of the Agreement states that promoting gradual rapprochement between the EU, its member states and Ukraine, as well as preserving and strengthening peace and stability in regional and international dimensions are among the primary objectives of the Association.

¹ There is no competition between the European and Euro-Atlantic dimensions of Ukraine's strategic course towards Europe, that is, as we move towards the choice of a Westernised civilisation as averse to historical Russian values [11]. Regional security will be shaped primarily by the regional security structures. In Europe such a structure could be developed on the basis of CSDP, which currently is significantly weaker than NATO, but in the future it is likely to assume full responsibility for regional security [12].

Further, Article 4 determines the scope and the aims of political dialogue:

(a) to deepen political association and increase political and security policy convergence and effectiveness;

(b) to promote international stability and security based on effective multilateralism;

(c) to strengthen cooperation and dialogue between the Parties on international security and crisis management, particularly in order to address global and regional challenges and key threats;

(d) to foster result-oriented and practical cooperation between the Parties for achieving peace, security and stability on the European continent;

(e) to strengthen respect for democratic principles, the rule of law and good governance, human rights and fundamental freedoms, including the rights of persons belonging to national minorities, non-discrimination of persons belonging to minorities and respect for diversity, and to contribute to consolidating domestic political reforms;

(f) to develop dialogue and to deepen cooperation between the Parties in the field of security and defence;

(g) to promote the principles of independence, sovereignty, territorial integrity and the inviolability of borders [15].

When it comes to the joint activities conducted by the EU or its member states and Ukraine on the international arena, it's worth to mention that resolving the conflict in Eastern Ukraine and improving region's security are currently the core elements of the foreign policy cooperation. Now, it's primarily aimed at establishing peace and restoring the territorial integrity of our state. The members of the EU (France and Germany) have been committed to providing mediation to the parties of the conflict within the Normandy contact group since the beginning of the process.

However, despite the fact that multiple rounds of negotiations were carried out and two agreements designed to restore peace in the region were signed by the parties able to ensure the implementation of the obligations those documents included, it's clear that the conflict wasn't resolved and the military actions are still being conducted. At the same time, the conflict has moved into the "frozen" stage with the outbursts of active military actions happening from time to time. It decreased the number of casualties and allowed to provide more assistance to the civilian population living along the so-called "grey zone". According to the experts, it will take a lot more time and the effort of major international powers to reach the full ceasefire, and establish peace in the region.

It's worth to mention that in to the illegal annexation of Crimea and deliberate destabilisation of a neighbouring sovereign country, the EU has imposed restrictive measures against the Russian Federation. EU's diplomatic restrictions against the Russia were first imposed at an extraordinary meeting of EU leaders on 6 March 2014. The EU gradually increased its restrictive measures, starting on 17 March 2014 with the targeted sanctions against persons responsible for actions against Ukraine's territorial integrity, sovereignty and independence. In view of Russia's actions

destabilising Eastern Ukraine, a first package of significant economic sanctions targeting cooperation and exchanges with Russia was announced on 29 July 2014.

A reinforced package of economic sanctions was announced in September 2014. At the same time, the EU participated directly in negotiating the Geneva Joint Statement of 17 April 2014. It welcomed the subsequent agreements for a ceasefire and further steps to stabilise the situation and achieve a political solution, reached in Minsk in September 2014 and in February 2015.

The duration of the EU's economic sanctions against the Russian Federation is clearly linked to the complete implementation of the Minsk agreements. As part of its efforts for a political solution, the EU has stepped up its assistance to the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), conducted trilateral talks on trade and energy-related issues with Russia and supported political engagement including through discussions in the Normandy format (France; Germany; Ukraine; Russia) and the Trilateral Contact Group (OSCE; Ukraine; Russia) [16, p.7].

Additionally, as part of the EU's non-recognition policy of the illegal annexation of Crimea and Sevastopol, the EU has imposed substantial restrictions on economic exchanges with the territory. Among others, these include such important measures as the ban on imports of goods originating in Crimea or Sevastopol unless they have Ukrainian certificates and prohibition to invest in Crimea [17].

Another field of Ukraine's cooperation with the EU is the security sphere. Here, the top-priority directions are:

1) expanding political and military dialogue between the Ukrainian Armed Forces' authorities and the EU;

2) providing training to Ukrainian officers in the European Security and Defence College, as well as in the national institutions of the member states;

3) preparing and ensuring Ukraine's participation in common military training and multinational peace-keeping operations;

4) engaging Ukrainian Armed Forces in the formation of the EU's multinational tactical battle groups;

5) employing Ukraine's air transportation capabilities when peace-keeping operations led by the EU are carried out;

6) setting up Ukraine's cooperation with the security agencies and organs of the Union (the General Secretariat of the Council of the European Union, the European Union Military Staff, the European Defence Agency, the European Union Institute for Security Studies) [18, p. 19];

7) working together at bilateral, regional and international levels to prevent and combat terrorism in accordance with international law, international human rights standards, and refugee and humanitarian law;

8) tackling the root causes of migration, establishing joint management of migration flows, conducting preventive policy against illegal migration and trafficking in human beings, developing and implementing integrated border management [15].

Defence and security cooperation, both in terms of policy and practice, is a key link between the NATO, EU and Ukraine and holds great promise for success if the political will to act exists.

Bearing in mind the ultimate goal of joining the European defence and security system, Ukraine has been building its relationship with NATO – the organization bearing most of the responsibility when it comes to maintaining peace and security in the region and having all the military resources for that matter.

Relations between NATO and Ukraine date back to the early 1990s and have since developed into one of the most substantial of NATO's partnerships. A ground-breaking event in the history of Ukraine-NATO relations happened in 1997, when the parties signed the Charter on a Distinctive Partnership between the North Atlantic Treaty Organization and Ukraine. This document outlined the areas and the long-term goals for cooperation. When it comes to the foreign policy, those included:

- political and security related subjects, in particular the development of Euro-Atlantic security and stability, including the security of Ukraine;
- conflict prevention, crisis management, peace support, conflict resolution and humanitarian operations, taking into account the roles of the United Nations and the OSCE in this field;
- the political and defence aspects of nuclear, biological and chemical non-proliferation;
- disarmament and arms control issues, including those related to the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe (CFE Treaty), the Open Skies Treaty and confidence and security building measures in the 1994 Vienna Document;
- arms exports and related technology transfers;
- combatting drug-trafficking and terrorism [19].

Moreover, in 1994, Ukraine joined NATO's "Partnership for Peace" program to develop closer relations with the Organisation, implement jointly defined priorities and eventually lead the partnering country closer to the membership. The political cooperation and dialogue happens on the level of highest Ukrainian officials and Organisation representatives, as well as through the NATO – Ukraine Commission.

The external cooperation between NATO and Ukraine is outlined in Annual National Programme for NATO – Ukraine cooperation within the framework of Working plans of NATO. Armed Forces of Ukraine have been involved in a number of Alliance's projects and initiatives that are aimed at increasing their operational and defence capabilities.

Since 2004, the Armed Forces of Ukraine are taking part in Operational Capability Concept, which was created to improve the level of interoperability between the units of partner states that are participating in NATO "Partnership for Peace" program and NATO member-states. The goal of this concept is to enhance operational capabilities of the partnering states through the use of leading armies' standards in training and combat work.

A number of units of the Armed Forces of Ukraine are declared to participate in the project; these units are trained by NATO standards and are appropriately

assessed. The program allows such units to participate in NATO-led operations and training exercises, and to get involved in operational duty in multinational military forces of high readiness (led by NATO, EU, and UN).

Since 2008, the Ukrainian military are participating in NATO Air Situational Data Exchange Program, which was launched in 2001 with the aim to cooperate in battling air terrorism. The program provides the data exchange mechanism on air situation in the western and southern regions of Poland, Romania, Slovakia, Turkey, Hungary and Ukraine, and over the Black Sea region.

In 2012, the Armed Forces of Ukraine joined the Connected Forces Initiative, the main aim of which is to improve interoperability and increase the ability of NATO's and partners' militaries to work together when performing tasks in multinational operations [20].

Since 2014, in the wake of the Russia-Ukraine conflict, cooperation has been intensified in critical areas.

The 2014 NATO Wales Summit declaration stated that 'Russia's aggressive actions against Ukraine have fundamentally challenged our vision of a Europe whole, free, and at peace, [with] long-term consequences'. NATO took another step to reassure allies and partners in central and eastern Europe, as well as deter Russian aggression, and adopted the Readiness Action Plan. It includes tripling the Response Force, creating a Very High Readiness Joint Task Force and boosting presence in eastern Europe.

NATO has been standing up for Ukraine's territorial integrity and contributing to the peace-building process. The Organisation continually stressed Russia's 'significant responsibility' to implement the 2015 Minsk peace agreements (negotiated by Ukraine, Russia, France and Germany). Following the April 2016 NATO-Russia Council, NATO Secretary-General Jens Stoltenberg stated that all Council members agreed on the need for a 'full and rapid implementation' of the agreements, including full access for international monitors.

Making an emphasis on the constant ceasefire violations and impediments to the work of OSCE observers, Stoltenberg urged Russia 'to stop supporting the militants, and withdraw its forces and military equipment from Ukrainian territory' [21, p.2].

It's impossible not to mention that Ukraine's willingness to join NATO has been gradually increasing since the start of its relationship with the Organisation and reached its peak after the development of the armed conflict on the territory of our country. On December 23rd, 2014 the Ukrainian Parliament voted to drop the country's non-aligned status and work towards NATO membership [22]. However, despite the long-lasting participation of our country in the "Partnership for Peace" program, which served as the transition stage for many Eastern European countries that joined NATO after the fall of the Soviet Union, the Organisation's officials were clear that it is not ready to consider accepting Ukraine as one of its members.

There're multiple formal reasons why the membership isn't accessible for our country at the moment. The primary one is that such membership would ultimately 'trigger' the state's collective self-defence obligation Article 5 of the North Atlantic

Treaty contains. And that would mean that most of Europe, Canada and the United States had to engage in a military action against Russia.

The financial factors and the ongoing conflict within the Ukrainian society regarding the participation in NATO don't help the state officials to reach the membership goal.

The Ukrainian factor in shaping Europe's security space at the current stage

As a natural part of Central and Eastern Europe, Ukraine should be focused both on creating a stable, friendly external environment, which will allow it to adequately react to political and economic threats to the national security, and implementing a crucial internal program designed to transform the country into an open, democratic, prosperous society with a market-oriented economy.

Ensuring that the external factors affecting national security remain stable is a major priority of Ukraine's foreign policy, which is reasonably difficult due to the fact that our country is located in the so-called "belt of instability". At the same time, Ukraine's success in maintaining that stability influences not only the country alone, but also impacts the political and security climate on the entire European continent. Why is that?

The Ukrainian crisis has put the EU and Russia on an increasing collision course – a course that neither side wanted nor foresaw. As Ulrich Speck has noted, the EU never intended to get into a geopolitical confrontation with Russia; rather, it "sleepwalked" into it. Now, the European leaders understand that the geopolitical stakes are too high for either side to easily back down. For the EU, there're two important interests to focus on: first, the stabilization of the instability zone and turmoil on its Eastern periphery, and second, the respect for the principle that European borders cannot be changed by force [23, p. 24–25].

Russia's aggression against Ukraine and prolonged military actions happening on our country's territory automatically meant that a huge hole in the EU security and defence system was forming. And since the EU and the US 'missed' the signal Russia sent back in 2008 when its armed forces intruded Georgia and didn't develop a united political course regarding Russia, the EU had to express a stronger reaction this time around. And it did. Multiple times, the Unions officials and the representatives of the member states expressed their disturbance with the events unveiling in Ukraine, as well as took action in form of sanctions against Russia. The High Representative Federica Mogherini announced that the EU is going to put a hold on its cooperation with the Russian Federation in 2014. In that same year, the Secretary General of NATO made a historical statement that the Organisation and Russia weren't partners anymore.

After the crisis in our country and observing Russia's demonstration of power multiple times (let's just mention the aircrafts violating the borders of the EU countries and the alleged cyber-attacks), European countries had to review most of the aspects of their security policies, from cybersecurity to the military budgets and capacities, as well as general political courses, relationships with Russia and other international partners. They had to revise their approach to ensuring stability in

the region and consider deeper integration in the matters relating to the common security and defence.

The decision establishing PESCO was adopted by the Council on December 11th, 2017. It is based on Article 42(6) of the Treaty on European Union, which provides that the member states with military capacities fulfilling the higher criteria and which made more binding commitments in the sphere of military cooperation and security should establish permanent structured cooperation within the EU [24]. Essentially, PESCO is a Treaty-based framework and process to deepen defence cooperation amongst EU Member States who are capable and willing to do so. The aim of this integration is to jointly develop defence capabilities and make them available for EU military operations. This will thus enhance the EU's capacity as an international security partner, also contributing to protection of Europeans and maximise the effectiveness of defence spending [25]. The countries agreed to increase their defence budgets, defence investment expenditure, efforts in the cooperation on cyber defence, capability development and the deployability of the forces.

The Council will be responsible for overseeing the policy and adopting decisions or recommendations providing strategic direction and guidance, ensuring the fulfilment of the more binding commitments the states have taken upon themselves, assessing the contributions of member states and updating their commitments. According to the decision, each participating member state should provide the Union with a plan for national contributions and the military capacities developed within the PESCO framework will remain within their sphere of influence [24].

Despite the positive changes in the EU's security and defence policy and the moves toward closer integration in that field, it would be ignorant if we ignored the fact that the events in Ukraine led to yet another split among the EU member states, especially when the conflict in Ukraine was only evolving and there was still hope that diplomatic means and gestures could convince Russia to stop the aggression and reverse its adverse effects. A lot of effort was put into the adoption of the aforementioned decision. The fact that the states were having a bit of an argument when imposing sanctions should not be forgotten as well. And, even the need to develop a military capacity outside NATO which is driven by the desire of the EU states to be able to react to certain events without having to coordinate its actions with the US or Canada is alarming to a certain extent.

It's worth to mention a different comment made by Jan Techau. In one of his articles he mentioned, that the crisis over Ukraine is indeed, as many other scholars and political commentators suggest, about the future of the political and security order in Europe. But contrary to what many of them claim, the changed it implied and the consequences it will cause are much less about rules, architecture, and all the other abstractions the analysts discuss. It is more about who is willing to put the military might and the full diplomatic force on the line to defend Western and Central Europe. Shortly, Techau makes the point that the Ukraine crisis is about the division of powers and the redefinition of the United States' role in Europe. He thinks that due to the events that happened in Ukraine and its conflict with Russia,

Europeans and Americans are in the midst of negotiating who should be in charge of security in Europe at a time of strategic scarcity [26].

While one may not entirely agree with this opinion, it's difficult to deny that the Ukrainian crisis confirmed the fragility of the European security system. It turned into the biggest challenge since the end of the Cold War, changed the security situation throughout the entire continent and shook the balance of political powers that existed at the time of its beginning. Therefore, European countries are now forced not only to find the way to restore the stability and ensure proper security, but also to participate in the geopolitical games – the division of control spheres.

And, most foreign and national scholars believe that it were the disintegration and reintegration processes taking place on the European continent in the past 20 years that aggravated old and gave rise to new threats and challenges, caused instability and emergence of areas of active, “frozen” and potential conflicts, including in and around Ukraine. Now, our country is turning into a buffer zone, a small coin in the big geopolitical game. This process was facilitated not only by the lack of the state leadership's strategic vision, political will and ability to unite society, but also by the not always productive pliability of the West in relations with Russia.

When it comes to the future of the European security challenges, it seems reasonable to suggest the following possibilities of its development:

1. European countries should concentrate their united efforts on building a fast-response security and defence system, which could be put in action by the decision, adopted by a super-national intuition, but not a collective decision of all EU member states. It will decrease the reaction time, make the Union stronger in face of external threats and allow to build improved military capabilities due to the use application of collective resources. The obligation to protect member states in case of the acts of aggression is rather important in this regard.

2. Develop a comprehensive crisis-management strategy, which would allow to prevent the conflicts on the Union's borders or at least the aggravation of security crises at the early stages of their development, averting the emergence of conflict zones and lasting confrontations.

3. Increase the role of the EU institutions in combating hybrid and cyber threats, terrorism, strengthening border control and energy security.

4. Despite the intention to achieve closer integration in the common security sphere, maintain close transatlantic coordination within NATO, as well as between the EU and the United States in the field of internal security, which opens up possibilities to address military, civil and policing aspects under a single political roof. This is particularly important due to the fact that the financial scope of EU member states in the fields of security and defence will remain limited for the foreseeable future.

5. Establish the energy union and the security and defence union under the auspices of the EU to complement NATO and promote better protection of Europe against various forms of aggression, be able to deploy large-scale missions abroad, including operations against terrorist groups, naval expeditions and active

confronting cyber-attacks, and to have monitoring and evaluation of security risks, planning for emergencies systematically carried out.

Conclusion. Thus, in this article we looked through the basics of the EU's Common Security and Defence Policy, as well as Ukraine's involvement in it. We analysed the framework of our country's cooperation with the Union and its member states on security and defence matters, evaluated the assistance the EU provides when it comes to the reform of the Ukrainian security sector. It became evident that Ukraine changed the security climate in Europe dramatically. The events happening in our country forced the EU members to rethink the framework of their security cooperation and take a step closer to the establishment of an independent army and, probably, to the creation of a security union. However, they will have to eliminate their disagreements regarding the common security policy and work on their defence systems not to fail restore and maintain peace and stability in the region.

References:

1. Anakina, T.M. (2012). Osoblyvosti polityky Skhidnoho partnerstva u konteksti yevropeiskoi intehratsii Ukrainy. *Yevropeyskyi Soiuz i Ukraina: osoblyvosti vzaiemovidnosyn na suchasnomu etapi*. Kharkiv: Oberih, 1, 48–61.
2. Presidency Conclusions – Brussels, 19/20 March 2009. URL: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%207880%202009%20INIT>.
3. Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit, 7 May 2009, Prague – 9 p. URL: http://ukraine-eu.mfa.gov.ua/mediafiles/files/prague_declaration_of_the_eastern_partnership_summit.pdf.
4. Grzegorz Gromadzki, Bastian Sendhardt, Vano Chkhikvadze, Victor Chirila, Hennadiy Maksak. Eastern Partnership revisited – 2015 – 104 p. URL: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/warschau/12002.pdf>.
5. Joint Consultation Paper “Towards a new European Neighbourhood Policy” – European Commission. High Representative of European Union for Foreign Affairs and Security Policy – Brussels – 4.03.2015 – 10 p. URL: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/neighbourhood/consultation/consultation.pdf>.
6. Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit (Brussels, 24 November 2017) – Council of the European Union – 22 p. URL: <http://www.consilium.europa.eu/media/31758/final-statement-st14821en17.pdf>.
7. Pytannia bezpeky liudyny v konteksti reformuvannia bezpekovoho sektoru krain Skhidnoi Yevropy. (2017). M. Khylo, O. Tytarchuk (Eds.). East European Security Research Initiative.
8. Dr. Shyamika Jayasundara-Smits. From Revolution to Reform and Back: EU-Security Sector Reform in Ukraine – Global Partnership for the Prevention of Armed Conflict. (2017).
9. EUAM Ukraine. Progress in reform. URL: <http://www.euam-ukraine.eu/our-mission/progress-in-reform>.
10. Council of the EU. EUAM Ukraine: mission extended, budget approved. Press Release 683/17 20/11/2017. URL: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/11/20/euam-ukraine-mission-extended-budget-approved/pdf>.
11. Ukraine Is Offering Europe Unique Combat and Technological Experience: Interview. URL: <http://emerging-europe.com/interviews/ukraine-is-offering-europe-unique-combat-and-technological-experience>.
12. Potentials for cooperation between Ukraine and the European Union in the sphere of security (policy paper of center for army, conversion and disarmament studies prepared for Konrad Adenauer Foundation). URL http://www.kas.de/wf/doc/kas_34635-1522-1-30.pdf.

13. Pro pidtverdzhennia kursu Ukrainy na intehratsiiu do Yevropeiskoho Soiuzu ta pershocherhovi zakhody u tsomonapriami: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 13 bereznia 2014 r. № 874-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/874-18>.

14. Ukrainian Prism: Foreign Policy 2016. Analytical study. Foreign Policy Council "Ukrainian Prism", Friedrich Ebert Foundation, Office in Ukraine. Kyiv, 2017. 202 p.

15. Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part - Official Journal of the European Union - L 161/3. URL: http://publications.europa.eu/resource/cellar/4589a50c-e6e3-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0006.03/DOC_1.

16. EU-Ukraine relations. Fact Sheets. – Brussels – 06.11.2017 – 11p. URL: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_ukraine_relations_factsheet_6_november_2017.pdf.

17. EU sanctions against Russia over Ukraine crisis. EU Newsroom. URL: https://europa.eu/newsroom/highlights/special-coverage/eu-sanctions-against-russia-over-ukraine-crisis_en

18. Bereza, V. (2016). Pravove rehuliuвання spivrobitnytstva Ukrainy z Yevropeiskym Soiuzom v sferi Spilnoi Zovnishnoi Polityky ta Polityky Bezpeky. *Yevropeyskyi polityko-pravovyi dyskurs, Vol. 3, Issue 2*, 27–32.

19. Charter on a Distinctive Partnership between the North Atlantic Treaty Organization and Ukraine (Madrid, July 9, 1997). URL: <http://mfa.gov.ua/en/legal-acts/1999-hartija-pro-osoblive-partnerstvo-mizh-ukrajinoju-ta-organizacijēju-pivnichno-atlantichnogo-dogovoru-9-lipnya-1997-roku-madrid>.

20. NATO – Ukraine cooperation in the military sphere. URL: <http://nato.mfa.gov.ua/en/ukraine-nato/military>.

21. Ukraine-NATO partnership in a time of crisis. European Parliament. – July 2016 – 2 p. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/586592/EPRS_ATA\(2016\)586592_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/586592/EPRS_ATA(2016)586592_EN.pdf).

22. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo vidmovy Ukrainy vid zdiisnennia polityky pozablokovosti: Zakon Ukrainy vid 23 hrudnia 2014 r. № 35-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/35-19>.

23. F. Stephen Larrabee, Peter A. Wilson, John Gordon IV. The Ukrainian crisis and European security. Implications for the United States and U.S. Army – The RAND Corporation, Santa Monica, Calif – 2015. 50 p.

24. Council Decision (CFSP) 2017/2315 of 11 December 2017 establishing permanent structured cooperation (PESCO) and determining the list of participating Member States. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1515708139108&uri=CELEX:32017D2315>.

25. Permanent Structured Cooperation (PESCO) – Factsheet – European Union External Action Service. URL: [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/34226/Permanent%20Structured%20Cooperation%20\(PESCO\)%20-%20Factsheet](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/34226/Permanent%20Structured%20Cooperation%20(PESCO)%20-%20Factsheet).

26. Techau, J. The war in eastern Ukraine is about more than the future of the European geopolitical order. It is about the role of the United States in Europe. URL: <http://carnegieeurope.eu/strategiceurope/?fa=59025>.

Яковюк І. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail : yakoviyk@ukr.net ; ORCID 0000-0002-8070-1645

Шеплякова О. О., магістр міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail : elenasheplyakova1@gmail.com

Міжнародно-правове співробітництво України і Європейського Союзу у будівництві сучасної системи європейської безпеки

На шляху до європейської інтеграції Україна стикається з серйозними проблемами у сфері безпеки. Російська агресія по відношенню до України є ключовою проблемою з точки зору забезпе-

чення безпеки в Європі. Оскільки Україна в сучасних умовах неспроможна забезпечити свій суверенітет і територіальну цілісність, вона вимушена активізувати співробітництво з міжнародними організаціями, насамперед з Європейським Союзом і НАТО в сфері безпеки.

За майже сімдесятирічний період розвитку інтеграційного процесу ЄС перетворився на одного з світових економічних лідерів. Однак його потенціал як глобального політичного і військового гравця на світовій арені викликає сумніви. Європейський Союз у сучасних умовах можна розглядати скоріше як неформальну організацію колективної безпеки і оборони. Намагаючись змінити цю ситуацію, ЄС вдається до певних кроків, які мають суттєво посилити його вплив у питаннях забезпечення безпеки принаймні в Європі. Одним з пріоритетів ЄС в цьому напрямі є активізація відносин з сусідами Союзу на Сході (реалізація програми «Східне партнерство»), зокрема з Україною, з метою створення на основі принципів ЄС простору процвітання та добросусідства. Протистояння між Росією і Україною обумовило зміщення акцентів співробітництва сторін з економіки у сферу безпеки. З 2014 р. ЄС з метою надання допомоги Україні в питанні реалізації реформи сектора безпеки проводить стратегічні консультації та надає підтримку конкретних реформ у цій сфері на основі правових стандартів Євросоюзу. Крім того, відповідно до проекту Угоди про асоціацію передбачалося співробітництво України з ЄС в сфері безпеки та оборони. Однак через позицію Нідерландів, яка відмовлялася ратифікувати Угоду, Європейська рада у грудні 2017 р. ухвалила документ, який відкрив шлях до завершення ратифікації Угоди. Хоча окремі експерти вважають, що ухвалене рішення нічого не змінює в Угоді про асоціацію і не обмежує Україну в співробітництві і зближенні з ЄС, у ньому були зафіксовані неприємні для України моменти. Так, підтвердження співпраці ЄС з Україною в сфері безпеки супроводжується уточненням стосовно відсутності у Союзу зобов'язань щодо того, що ЄС чи держави-члени повинні забезпечити гарантії колективної безпеки або іншу військову допомогу або підтримку Україні; визнання метою Угоди про асоціацію встановлення більш тісних і тривалих відносин між Україною і ЄС не означає надання статусу кандидата на вступ до Євросоюзу, а також не передбачає жодних зобов'язань присвоєння такого статусу Україні в майбутньому. Разом з тим слід визнати, що у разі, якщо Україна досягне суттєвого прогресу на шляху вступу до ЄС, то питання про її членство в Європейському Союзі може бути розглянуте. Тоді Україна зможе повною мірою отримати гарантії своєї безпеки.

Ключові слова: європейська інтеграція; політика безпеки; зовнішня політика; Україна; Європейський Союз; НАТО.

Надійшла до редколегії 25.04.2018 р.



Комарова Тетяна В'ячеславівна,
кандидат юридичних наук,
докторантка кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com
ORCID 0000-0002-7663-3264

doi: 10.21564/2414–990x.141.129446
УДК 341.645.5:177.9:061.1ЄС

ФОРМУВАННЯ СУДДІВСЬКОГО КОРПУСУ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ

Ефективність функціонування судової влади в Європейському Союзі залежить від багатьох факторів, серед яких формування суддівського корпусу, а саме призначення суддів і Генеральних адвокатів у Суді справедливості та Загальному суді. У статті досліджено процедури формування суддівського корпусу в ЄС та процедурні нововведення, що з'явилися у зв'язку з Лісабонською реформою. До реформи судді та Генеральні адвокати призначалися спільною згодою урядів держав-членів і цей процес носив закритий характер, оскільки висунення кандидатів належить до внутрішньої компетенції держав. Після ж Лісабонських змін призначення відбувається лише після консультації зі спеціальною колегією, яка дає висновок про придатність кандидатів. Незважаючи на те, що висновки колегії носять рекомендаційний характер, держави-члени беруть їх до уваги та у разі негативного висновку щодо кандидата знімають його з балотування. Окремо розглядаються критерії оцінки кандидатів, з яких колегія виділяє шість основних: здатність кандидата до правового аналізу, професійний досвід, можливість виконувати обов'язки судді, мовні здібності, здатність працювати у команді у міжнародному середовищі, в якому представлені декілька правових систем, та чи не викликають сумнівів незалежність, неупередженість, справедливість і чесність особи. Новий етап консультацій із колегією щодо добору суддів, що з'явився внаслідок Лісабонської реформи, сформував тенденцію до демократизації цього процесу та наближення його до загальноєвропейських стандартів. Це дало змогу авторці стверджувати, що процес формування суддівського корпусу в ЄС став більш прозорим і справедливим, що слугує однією з інституційних гарантій належного правового захисту у Євросоюзі.

Ключові слова: Європейський Союз; судова система Європейського Союзу; європейська інтеграція; призначення суддів; Генеральні адвокати Суду справедливості ЄС.

Комарова Т. В., кандидат юридических наук, докторантка кафедри міжнародного права, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail : komarova.tetyana.ukr@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7663-3264

Формирование судейского корпуса в Европейском Союзе: последние тенденции

Эффективность функционирования судебной власти в Европейском Союзе зависит от многих факторов, среди которых способ формирования судейского корпуса, а именно назначение судей

и Генеральных адвокатов Суда справедливости и Общего суда. В статье исследуются процедуры формирования судейского корпуса в ЕС и процедурные новшества, появившиеся после Лиссабонской реформы. До реформы судьи и Генеральные адвокаты назначались по общему согласию правительств государств-членов и этот процесс носил закрытый характер, поскольку выдвижение кандидатов относится к внутренней компетенции государств-членов. После же Лиссабонских изменений назначение происходит только после консультации со специальной коллегией, которая делает вывод о пригодности кандидатов. Несмотря на то, что выводы коллегии носят рекомендательный характер, государства-члены следуют им и в случае отрицательного заключения кандидата снимают с баллотирования. Отдельно рассматриваются критерии оценки кандидатов, из которых коллегия выделяет шесть основных: способность кандидата к правовому анализу, профессиональный опыт, возможность выполнять обязанности судьи, языковые способности, способность работать в команде в международной среде, в которой представлены несколько правовых систем, и не вызывают ли сомнений независимость, беспристрастность, справедливость и честность кандидата. Новый этап консультаций с коллегией по отбору судей, появившийся в результате Лиссабонской реформы, сформировал тенденцию к демократизации этого процесса и приближению его к общеевропейским стандартам. Это позволило автору утверждать, что процесс формирования судейского корпуса в ЕС стал более прозрачным и справедливым, что служит одной из институциональных гарантий надлежащей правовой защиты в Евросоюзе.

Ключевые слова: Европейский Союз; судебная система Европейского Союза; европейская интеграция; назначение судей; Генеральные адвокаты Суда справедливости ЕС.

Вступ. Судова система – це одна з основних підвалин демократичних правових систем. Європейський Союз (далі – ЄС) не є винятком, тим паче, що він позиціонує себе саме як демократична організація, що опікується в першу чергу інтересами народів Європи, а не урядів. Внесок судової влади у розвиток ЄС не можна переоцінити [Див.: 1, с. 254–287; 2; 3].

Задля ефективного функціонування судової системи і реалізації функцій судової влади вкрай важливими є шляхи формування суддівського корпусу, що є запорукою кваліфікованого та ґрунтового правосуддя, а також його справедливості й прозорості. У кінцевому результаті це має сприяти зміцненню інституційних гарантій захисту прав усіх суб'єктів права ЄС.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зауважити, що уніфікованих вимог до кандидатів на посаду суддів і Генеральних адвокатів на рівні ЄС не існує, це питання належить до компетенції держав-членів, що робить процедуру висування та відбору кандидатів непрозорою і важкодосліджуваною. Через це відомо небагато досліджень і наукових публікацій з цієї тематики, переважно західноєвропейських. Це праці Т. Дамбровського (Т. Dumbrovsky) та Б. Петкової (В. Petkova), А. Дешвуда (А. Dashwood) та А. Джонсона (А. Johnson), Ж.-М. Суве (J.-M. Sauve) тощо. В Україні проблематикою формування суддівського корпусу в ЄС займалися переважно в контексті вивчення інших питань В. Решота, І. Брацук, О. Шпакович.

Метою статті є дослідження процесу призначення суддівського корпусу Суду справедливості ЄС та виявлення найновіших тенденцій цього процесу у світлі реформ за Лісабонським договором.

Виклад основного матеріалу. Коли ми говоримо про судову систему ЄС, одразу слід встановити термінологічну ясність. Остання редакція установчих

договорів уводить поняття «Суд справедливості Європейського Союзу», який є комплексним позначенням для всієї судової системи ЄС і уособлює судову владу у Союзі. Своєю чергою Суд справедливості Європейського Союзу складається із Суду справедливості, Загального суду та спеціалізованих судових палат. Але розглядаючи здобутки усіх європейських судових ланок, доцільніше вживати загальну назву для усієї судової системи Союзу – Суд справедливості ЄС, який досить часто називають ще Судом ЄС.

Тим паче, що в судовій системі ЄС не закріплена жодна ієрархія, формально Суд справедливості не є головною інстанцією відносно Загального суду та спеціалізованих судових палат, а отже, кожен з них робить відповідний внесок у розвиток правової системи Союзу. Саме тому ми вважаємо слушним використовувати для позначення судової влади у всьому Союзі саме поняття Суд ЄС як сукупність рівноцінних ланок.

У контексті дослідження слід зазначити, що інституційна система ЄС є унікальною, оскільки вона не схожа ані на організаційні системи класичних міжнародних організацій, ані на організацію влади у державах-членах. Це, безперечно, пов'язано з правовою природою ЄС у цілому. Це саме стосується й судової системи ЄС.

Правова регламентація організації судової влади у ЄС міститься безпосередньо в положеннях установчих договорів Союзу, а також у Статуті Суду ЄС (який є невід'ємною частиною Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС) у вигляді Протоколу № 3), Регламенті Суду справедливості та Регламенті Загального суду тощо.

До складу Суду справедливості входить один суддя від кожної держави-члена. Судові допомагають Генеральні адвокати. На даний момент Суд справедливості складається із 28 суддів та 11 Генеральних адвокатів.

До складу Загального суду входить щонайменше один суддя від кожної держави-члена. Кількість суддів визначається Статутом Суду ЄС. Статут може передбачати те, що Загальному суду допомагають Генеральні адвокати. До 1 вересня 2016 р. до складу Загального суду входило по одному судді від кожної держави-члена, тобто 28 суддів. Але після припинення існування Трибуналу з питань цивільної служби було прийнято рішення збільшити вдвічі суддівський корпус Загального суду.

На це рішення вплинуло низка чинників, а саме: Загальний суд з його широкою юрисдикцією мав постійно зростаючу кількість нових справ; передання до нього юрисдикції Трибуналу з питань цивільної служби, що припинив свою діяльність; занадто велика тривалість процесу розгляду справ, яка стала неприйнятною у світлі положень ст. 47 Хартії про основоположні права ЄС та ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод; зростання кількості правових актів інститутів, органів та агентств ЄС, з якими працює Загальний суд, а також зростання складності справ, які ініціюються перед ним, особливо у сферах конкуренції, державної допомоги та інтелектуальної власності. Тож беручи до уваги еволюцію навантаження на Загальний суд та

вказані чинники, Парламент та Рада ЄС прийняли Регламент (ЄС, Євратом) 2015/2422 щодо внесення змін до Протоколу № 3 Статуту Суду правосуддя ЄС від 16 грудня 2015 р. [4].

Відповідно до цих змін кількість суддів у Загальному суді фіксується на рівні 56 (по два судді від кожної держави-члена), а це збільшення суддівського корпусу відбувається у три етапи: 25 грудня 2015 р. призначаються 12 нових суддів; 1 вересня 2016 р. разом із переданням юрисдикції Трибуналу з питань цивільної служби до Загального суду переходять 7 суддів, які виконували у Трибуналі обов'язки разом із персоналом та усіма технічними ресурсами; 1 вересня 2019 р. дев'ять нових суддів мають обійняти посади без залучення нових членів секретаріату та іншого адміністративного персоналу. Ці реорганізаційні заходи всередині Загального суду мають слугувати ефективному використанню людських ресурсів у поєднанні з принципом рівності усіх суддів.

Окремо слід звернути увагу на положення Регламенту, яке рекомендує державам-членам упроваджувати гендерну рівновагу при призначенні суддів до Загального суду. Так, Регламент пропонує при частковому оновленні суддівського корпусу Загального суду призначати по одному чоловікові та одній жінці від кожної держави-члена, але з дотриманням усіх вимог установчих Договорів для процесу призначення.

Тож станом на травень 2018 р. у Загальному суді налічується 46 суддів. На відміну від Суду справедливості, у Загальному суді ще не створено інститут Генеральних адвокатів, хоча така можливість зафіксована ч. 1 ст. 254 Договору про ДФЄС, але у виняткових випадках роль Генерального адвоката може виконувати суддя Загального суду.

Суддів та Генеральних адвокатів призначають за спільною згодою урядів держав-членів після консультації з колегією, відповідальною за надання висновку щодо придатності потенційних кандидатів для виконання відповідних обов'язків. Вони призначаються на строк шість років і можуть бути переобрані.

Судді та Генеральні адвокати обираються з числа осіб, чия незалежність не викликає сумнівів і які володіють кваліфікацією, необхідною для призначення у своїх країнах до найвищих судових установ, або осіб, які є юристами визнаної компетентності.

Слід зауважити, що уніфікованих вимог до кандидатів на посаду суддів та Генеральних адвокатів на рівні ЄС не існує, через те у цьому процесі застосовуються різноманітні національні процедури, що робить цю процедуру непрозорою, важкодосліджуваною, тож її критикують не лише науковці [5, с. 91], але й Європейський парламент, який завжди вважався найдемократичнішим елементом в інституційній системі ЄС. Так, Парламент постійно підкреслює, що він також хоче брати участь у обговоренні кандидатур на суддівські посади як представник народів ЄС [6, с. 671]. Але держави-члени не вважають за доцільне робити такі нововведення.

Певний прогрес у цьому відношенні відбувся з реформою, запровадженою Лісабонським договором 2009 р., коли було видозмінено процедуру призна-

чення корпусу суддів та Генеральних адвокатів, а саме введено положення про створення спеціальних колегій з метою надання висновків щодо придатності кандидата до виконання обов'язків (ст. 255 ДФЄС). До цього процес відбору суддів був менш прозорий, а через це і не існувало наукових досліджень щодо цієї тематики. Як зазначають окремі автори, цей крок засвідчив слідування ЄС останнім трендам як у національному, так і у міжнародному судочинстві [Див.: 7; 8]¹, таким як мінімізація заполітизованості процесу судових призначень та збалансування незалежності суддів із їх підзвітністю [9, с. 456]. Дійсно, на прикладі Європейського суду з прав людини ми можемо побачити реалізацію майже такої ж моделі призначення суддівського корпусу, запровадженої Резолюцією Комітету міністрів Ради Європи у 2010 р. [10]. І тут слід вказати на обоюсторонній вплив міжнародного права та національного законодавства.

Теперішня процедура призначення суддів і Генеральних адвокатів передбачає дві стадії: перша – підбір кандидатів державами-членами, друга – винесення рекомендаційного висновку колегією про придатність кандидатів, після якого уряди держав-членів за спільною згодою роблять призначення. При цьому хотілося б підкреслити, що завданням колегії є оцінка придатності запропонованого державою-членом кандидата та в жодному разі не вибір між кількома кандидатурами. Основну відповідальність за призначення суддів і Генеральних адвокатів несуть все ж держави-члени.

До складу колегії входять сім осіб, які добираються з-поміж колишніх членів Суду справедливості та Загального суду, членів національних вищих судів та юристів визнаної компетентності, одна особа з яких пропонується Європейським парламентом. Рада ухвалює рішення, що встановлює правила роботи колегії, та рішення про призначення її членів. Колегія діє за ініціативою Голови Суду справедливості.

До змін, унесених Лісабонським договором, судді та Генеральні адвокати призначалися за спільною згодою урядів держав-членів без проходження другої стадії. За всю історію існування Суду ЄС жодного разу кандидатуру не було відхилено попри теоретичну можливість цього. Після запровадження оновленої процедури та створення консультативної колегії вже сім номінованих кандидатів не були нею схвалені, а отже, не призначені на посади, навіть незважаючи на рекомендаційний характер висновків колегії. Загалом у ЄС спостерігається тенденція, що інститути ЄС та держави-члени дотримуються рекомендаційних рішень допоміжних органів, які є вираженням демократичних засад Союзу, тим самим роблячи більш демократичним сам інтеграційний процес².

¹ У цьому контексті не можна не згадати вплив Ради Європи на цей процес та безпосередньо Рекомендації Парламентської асамблеї Ради Європи 1429 (1999) щодо національних процедур номінації кандидатів для виборів до Європейського суду з прав людини. (URL: assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/EREC1429.html), що ілюструє вплив м'якого міжнародного права на внутрішнє законодавство у сфері, яка підпадає суто під внутрішньодержавну компетенцію.

² Прикладом може слугувати дотримання Парламентом та Радою у законодавчому процесі висновків Економічного та соціального комітету та Комітету Регіонів або взяття до уваги громадянської законодавчої ініціативи Комісією при ініціюванні законодавчого процесу.

У відповідь на це, розуміючи рівень відповідальності, багато держав-членів зробили більш суворою процедуру відбору кандидатів на національному рівні, що, безперечно, слугує підвищенню якості правосуддя.

До речі, при створенні Європейського співтовариства вугілля та сталі за основу було взято пропозицію французького уряду щодо порядку формування Суду, у той час як уряд Німеччини вбачав у призначенні суддів лише урядами можливість зловживання владою та загрозу суддівській незалежності [11, с. 100]. З часом лунали різні пропозиції щодо реформ процедури, наприклад, Парламент пропонував Раді ЄС обирати половину суддівського корпусу, іншу половину готовий був номінувати сам. Але ці пропозиції були відкинуті самим Судом ЄС. Натомість у Доповіді робочої групи щодо майбутнього судової системи Європейських співтовариств 2000 р. [12], яка працювала над питаннями вдосконалення судочинства на рівні Союзу, з'явилася перша згадка про необхідність створення незалежної експертної колегії, яка б оцінювала кандидатів, яких обирали самі держави-члени. Саме цей проект був реалізований і в подальшому втілений у ст. 255 ДФЄС.

1 березня 2010 р. одразу після набуття чинності Рішень № 2010/124/EU та № 2010/125/EU від 25.02.2010 р., якими Рада та Парламент встановили Правила діяльності колегії і призначили її членів¹, була створена та розпочала свою роботу колегія, що мала вирішувати питання щодо призначення та повторного призначення на посаду суддів кандидатів, запропонованих державами-членами. У березні 2014 р. склад колегії був частково оновлений. Члени колегії призначаються строком на чотири роки і можуть бути повторно призначені.

Станом на 2017 р. колегія провела 19 засідань і розглянула кандидатури 64 осіб (22 кандидата на посаду суддів Суду справедливості та 28 – Загального суду). З цих кандидатів 36 кандидатів розглядалися на призначення вперше, інші – у зв'язку з повторним призначенням. Шість кандидатур було відхилено (5 на посаду до Загального суду, один – до Суду справедливості) [13]. Діяльність колегії, так само як і будь-якого іншого органу ЄС, ґрунтується на принципі прозорості, а отже, щороку колегія публікує свої звіти, де повною мірою розкриті принципи її роботи та не лише зазначені, а й розтлумачені критерії, за якими кандидати проходили відбір.

Окремо хотілося б зупинитися на критеріях оцінки кандидатів, з яких колегія виділяє шість основних: здатність кандидата до правового аналізу, професійний досвід, можливість виконувати обов'язки судді, мовні здібності, здатність працювати у команді у міжнародному середовищі, в якому представлені декілька правових систем, і чи є безсумнівними незалежність, неупередженість, справедливість та чесність особи [13, с. 22].

Усі ці критерії вивчаються в комплексі, але на практиці три з них стають вирішальними при затвердженні кандидатури на посаду судді до Суду

¹ Членами колегії були призначені судді Європейського суду з прав людини, судді верховних та конституційних судів держав-членів, посадовці Парламентської комісії у правових справах, колишні судді Суду ЄС, члени секретаріату Ради тощо.

ЄС: незалежність, здатність до правового аналізу та професійний досвід. Тут будуть братися до уваги попередні національні посади. Звісно, у прямому сенсі колегія не має права піддавати сумніву законність призначення особи на певні внутрішньодержавні посади, бо інакше це буде розцінюватися як втручання у внутрішню компетенцію держави-члена та як порушення принципу довіри, але на практиці колегія звертає на це увагу. Також перевіряється сумнінність особи при виконанні своїх обов'язків на попередніх посадах. Щодо методів відбору кандидатів державами-членами, то, знов-таки, спираючись на принцип невтручання у внутрішню компетенцію держав, колегія не може піддавати сумніву їх доцільність та легітимність. Наприклад, недостатня прозорість національної процедури не може вважатися підставою для недовіри урядові. Так само і досконалий процес відбору кандидата на національному рівні не може впливати на колегію у тому сенсі, що вона має проводити дослідження компетентності кандидата незалежно від попередніх відбіркових етапів.

Стосовно здатності до правового аналізу, то колегія концентрує свою увагу на знаннях кандидата основоположних принципів взаємодії права ЄС із національними правопорядками держав-членів, впливу практики Суду ЄС на інтеграційний та національні правопорядки, а також базових питаннях щодо Суду ЄС та його юрисдикції. Цей критерій придатності зазвичай виявляється на співбесіді із кандидатом. Як зазначає сама колегія у своєму звіті, кандидат на посаду судді Суду ЄС чи Генерального адвоката має показати «дуже високий» рівень здатності до правового аналізу, а кандидат на посаду судді Загального суду – «високий» рівень здатності до правового аналізу [13, с. 23].

Стосовно професійного досвіду, то тут беруться до уваги його рівень, характер та тривалість. Так, колегія вважає, що для кандидата на посаду судді Суду ЄС чи Генерального адвоката буде вважатися достатнім досвід роботи на вищих посадах понад 20 років, на посаду судді Загального суду – більше 15 років. Як виняток, колегія може затвердити особу з менш тривалим досвідом роботи на вищих посадах, якщо особа покаже виняткові здібності правового аналізу. Наприклад, у тих випадках, коли колегія відмовляла кандидатам у затвердженні на посаду, були саме ситуації, коли недостатня тривалість досвіду не компенсувалась неординарними здібностями правового аналізу. Поняття ж «вища посада» буде залежати від особливостей національної системи, адміністративної, правової, а також системи вищої освіти. Іноді науковці критикують такий підхід колегії, який спирається на кількісний показник практики кандидата – її тривалість, замість того, щоб сконцентруватися на якісних показниках, наприклад, спеціалізації майбутнього судді [9, с. 465–466]. Це набуде особливої актуальності, коли в ЄС будуть створені спеціалізовані судові палати на кшталт колишнього Трибуналу з питань цивільної служби.

Слід зауважити, що спираючись на п. 7 Правил діяльності колегії, який встановлює, що лише кандидати, які вперше призначаються на посаду судді або Генерального адвоката, мають проходити особисту співбесіду, колегія робить

відмінності між процедурами вивчення нових кандидатур та тих, що призначаються повторно.

Якщо мова йде про повторне призначення на посаду до корпусу Суду ЄС, то колегія обмежиться лише дослідженням доволі розгорнутого резюме встановленого зразка, яке вона розробила у 2014 р. До резюме кандидату слід додати список справ, за якими він виносив рішення, та окремо за тими, де він виступав суддею-доповідачем або Генеральним адвокатом. Це у комплексі дає можливість колегії оцінити ефективність діяльності особи в складі суддівського корпусу або як Генерального адвоката і зрозуміти його якісний вплив на розвиток правопорядку ЄС. Сам по собі факт, що особа перебувала на посаді судді або Генерального адвоката, є дуже важливим, але не вирішальним. Він береться до уваги лише разом із оцінкою вищезазначених пунктів. Теоретично у колегії існує можливість визнати особу, яка вже виконувала функції судді або Генерального адвоката, такою, що не володіє або вже не володіє кваліфікацією, необхідною для призначення. Але на практиці такого жодного разу не відбувалося, тож ця можливість поки що так і залишилася теоретичною.

Що стосується призначення особи на посаду судді або Генерального адвоката вперше, то колегія потребує більше інформації для прийняття рішення, а саме існування суттєвих підстав, що вплинули на висунення цієї кандидатури урядом, інформація про національні процедури, за якими обирався кандидат, письмове мотиваційне обґрунтування бажання кандидата увійти до корпусу Суду ЄС, його останні публікації та резюме встановленого зразка. Усі перераховані документи розглядаються у сукупності з результатами проходження усної співбесіди з кандидатом. Співбесіда, яка триває годину і складається із 10-хвилинного вступу-представлення з боку кандидата та 50 хвилин відповідей на запитання колегії англійською та французькою мовами, вважається важливою частиною процесу оцінки кандидата, оскільки саме вона допомагає дослідити більш ретельно здатність до правового аналізу, професійний досвід та готовність працювати у міжнародному середовищі тощо.

Висновок колегії має містити обґрунтування її позиції. Згідно з п. 8 Правил діяльності колегії висновки адресуються представникам урядів держав-членів і надсилаються Раді ЄС, яка має функціональні зв'язки із колегією, остання у свою чергу направляє висновки до держав. Висновки колегії оприлюдненню не підлягають, хоча вони і вважаються документами, які підпадають під дію Регламенту № 1049/2001 щодо доступу до документів Європейського парламенту, Ради та Комісії. Але спираючись на рішення Суду справедливості у справі *Commission v The Bavarian Lager Company* [14], публікація висновків, які містять детальну інформацію про кваліфікацію кандидата, а отже, й персональні дані, може суперечити принципу конфіденційності та поваги до приватного життя і становить легітимний виняток з обов'язку публікації (на підставі п. 1 ст. 4 Регламенту № 1049/2001). Як зазначає сама колегія, окрім цього, публікація повного тексту висновку може порушувати таємність міждержавної конференції, на котрій держави номінують осіб на посади суддів та Генеральних адвокатів

до Суду ЄС [13, с. 20]. Через це колегія закликає Секретаріат Ради ЄС вживати заходів для запобігання поширенню висновків як у повному обсязі, так і частково.

Окремо варто розглянути ті критерії, яким мають відповідати кандидати на посаду суддів та Генеральних адвокатів у Суді ЄС. Ці критерії є диференційованими для Суду справедливості та Загального суду, через те що завдання, які ставляться перед суддями різних інстанцій, є різними, і це відбиває розподіл юрисдикції всередині судової системи ЄС. Цей факт ще раз доводить, що структура судової системи характеризує її функціональне призначення, і така кореляція спостерігається протягом всього процесу становлення й розвитку європейської інтеграції.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 253 ДФЄС кандидати на посаду суддів та Генеральних адвокатів Суду справедливості повинні мати кваліфікацію, необхідну для призначення на найвищі судові посади *в їх країнах*, або які є юристами визнаної компетентності. У свою чергу ч. 2 ст. 254 ДФЄС встановлює, що члени Загального суду обираються з осіб, які володіють кваліфікацією, необхідною для призначення на найвищі судові посади. Підкреслимо, що тут не міститься згадки про судові посади в країнах, які їх номінують, а також не існує альтернативи у вигляді «юриста визнаної компетентності». Це означає, що при виборі кандидата на посаду судді Загального суду установчий Договір залишає державі більш широке поле для відбору, тобто певну дискрецію. До речі, слід згадати, що вимога для суддів Загального суду щодо кваліфікації, необхідної для призначення на найвищі судові посади, з'явилася лише у 2003 р. із набуттям чинності реформ Ніццького договору 2001 р. До цього часу для номінації особи на посаду судді Суду першої інстанції (прототипу Загального суду) було достатньо відповідати вимогам, необхідним для призначення на суддівську посаду, тобто судді будь-якої інстанції та ланки.

У випадку із кандидатами на суддівські посади та посади Генеральних адвокатів Суду справедливості критерії більш детальні та суворі, позаяк кандидати в майбутньому виконуватимуть найважливіші правосудні завдання в ЄС, вони мають відповідати більш серйозним вимогам – відповідати вимогам кваліфікації, необхідної для призначення на найвищі судові посади в їх країнах (які можуть бути найвищими в ЄС), або має бути доведена їх загальноєвропейська, а не національна юридична компетентність. Останній критерій часто використовується державами-членами в національній процедурі відбору суддів до конституційних судів. По суті, Суд справедливості так само виконує схожі функції, тож і вимоги до суддів подібні.

Хоча вище ми зазначали, що внутрішньонаціональні процедури відбору кандидатів на посади суддів та Генеральних адвокатів не входять до компетенції ЄС і не підлягають вивченню з боку колегії та інститутів ЄС, але у контексті нашої роботи цікавими є результати емпіричних досліджень, які показують існування двох основних моделей внутрішньодержавного відбору: традиційна модель із домінантною позицією виконавчої влади та змішана модель (із залученням або

парламенту, або національного суддівського корпусу тощо) [9, с. 466]. У теорії науковці виділяють ще й третю модель, але на практиці вона не застосовується для відбору кандидатів до складу Суду ЄС, хоча вважається доволі демократичною [15, с. 22–23; 16, с. 172]. Це модель, у рамках якої висунення кандидатів здійснює виключно суддівське самоврядування⁷.

Перша модель існує в Італії, Греції та Іспанії і полягає у тому, що висунення кандидатів на посади суддів та Генеральних адвокатів до Суду ЄС є виключно урядовою прерогативою (часто міністерства юстиції та закордонних справ діють колегіально) і відбувається доволі закрито. Від цієї моделі держави-члени намагаються вже відходити з огляду на демократизацію процедур призначення суддівського корпусу та існування пов'язаних із цим міжнародних актів. У більшості держав-членів ЄС існує друга модель – змішана, в рамках якої остаточне рішення приймається переважно виконавчою владою, але безпосередню номінацію провадить колегіальний орган, до якого можуть входити представники парламенту, неурядових організацій, громадянського суспільства, чинні судді, провідні юристи тощо. До держав, які використовують цю модель, належать майже всі «нові» держави-члени (Болгарія, Словенія, Словаччина, Чехія, Хорватія, Польща тощо), адже на етапі перевірки виконання умов членства в ЄС на це зверталось багато уваги, тому ці держави-кандидати провели відповідні національні реформи ще до вступу в ЄС, а також Німеччина, Велика Британія, Нідерланди, Фінляндія, Австрія.

До речі, часто несхвалення кандидатури на національному рівні породжує судові провадження. Так, цікавим є випадок, коли кандидатура на посаду судді Загального суду від Болгарії не була схвалена національним урядом через недостатній досвід роботи та неналежний рівень володіння французькою мовою. Після негативного висновку уряду кандидат звернувся до національного суду з оскарженням існування занадто високого прохідного бар'єру щодо знання французької мови. Болгарський суд постановив, що держава має всі повноваження для встановлення національних критеріїв відбору. Цей випадок призвів до безпрецедентної затримки у призначенні судді на наднаціональний рівень – 10 місяців Болгарія не мала свого судді у Загальному суді. Також відомий випадок, коли кандидат від Словенії Ю. Марн (J. Marn) оскаржував негативне рішення уряду щодо номінації до Загального суду через недосягнення ним 40 років. Але словенський суд постановив, що вимога щодо віку кандидата пов'язана насамперед з його досвідом, позивачеві було відмовлено у задоволенні позову. Ці прецеденти показують, що внутрішньодержавні процедури відбору – це суто компетенція держав-членів, в які ЄС не може втручатися. Крім того, усі національні суди, які розглядали подібні скарги, не вважали за необхідне звернутися до Суду справедливості з преюдиціальними зверненнями саме з цих мотивів.

Цікаво, що в установчих договорах не міститься вимоги щодо національної належності судді або існування у нього громадянства тієї держави, яка його балотує. Хоча за логікою це було б доцільно, оскільки принцип рівного представлення всіх держав-членів ЄС (по одному судді в Суді справедливості та по

однаковому їх числу в Загальному суді) існує для того, щоб усі їх правові системи були представлені у Суді ЄС. У контексті дослідження еволюції організації судової системи ЄС слід згадати, що на певних етапах розвитку ЄС висувалися різні пропозиції щодо кількісного складу Суду та принципу рівного представлення всіх держав-членів. При найбільшому розширенні ЄС із 15 держав-членів до 25 виникло питання про збільшення суддівського корпусу, а також про баланс між представленням держав у Суді ЄС та єдністю й послідовністю його судової практики, оскільки зростання кількості судових палат і розгляд більшості справ у них дійсно могли зруйнувати ці принципи. Так, робилися пропозиції щодо представлення судьями не держав-членів, а безпосередньо правових систем [17, с. 122] або щодо застосування принципу формування Ради Безпеки ООН – призначати постійних суддів від найбільших держав-членів, а інші держави мали висувати своїх суддів на ротаційній основі [Див.: 18]. Але всі ці пропозиції були визнані такими, що суперечать основоположним принципам права ЄС, зокрема, принципу рівності. Крім того, дуже важко на практиці чітко визначити належність національної правової системи держави-члена до певної правової системи.

Повертаючись до теперішніх принципів призначення суддів, слід підкреслити, що попри незакріплення цього положення, держави-члени на практиці жодного разу не висували на посаду судді або Генерального адвоката громадянина не своєї держави.

Висновки. Останніми тенденціями розвитку ЄС є його демократизація в цілому та демократизація багатьох процесів, що відбуваються в ньому. Це стосується зокрема законодавчого процесу і процесу формування інститутів, органів, агентств ЄС. Демократичні перетворення сталися й у судовій владі ЄС, у тому числі шляхом удосконалення процедури формування суддівського корпусу. Запровадження додаткового етапу відбору суддів у вигляді дослідження кандидатів спеціальною колегією на предмет їх придатності до виконання покладених на Суд ЄС функцій слугує зменшенню політичної заангажованості суддівських призначень і виробленню гармонізованих критеріїв, що висувуються до кандидатів. Усе це веде до підвищення ефективності та якості правосуддя у ЄС.

Список літератури:

1. Комарова Т. В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу : монографія. Харків : Право, 2010. 360 с.
2. Комарова Т. В. Вплив Суду Європейського Союзу на розвиток права та інститутів ЄС. Історія європейської інтеграції від Римської імперії до Європейського Союзу : монографія / за ред. І. В. Яковюка. Київ : Ред. журн. «Право України», 2012. Розд. 8. С. 171–202.
3. Комарова Т. В. Развитие Судом Европейского Союза концепции суверенитета государств – членов ЕС. Правовые проблемы определения и реализации государственного суверенитета на современном этапе : монография / под общ. ред.: А. К. Сквоикова, И. В. Яковюка. Москва : ООО «НИПКЦ Восход-А», 2010. С. 188–208.
4. Регламент Парламента та Ради (ЄС, Євратом) 2015/2422 щодо внесення змін до Протоколу № 3 Статуту Суду правосуддя ЄС від 16 грудня 2015 р. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015R2422&qid=1500292632025> (дата звернення: 17.03.2018).

5. Solanke I. Diversity and Independence in the European Court of Justice. *Columbian Journal of European Law*. 2009. Vol. 15. P. 89–121.
6. Schockweiler F. L'Independence et la Legitimate du Judge Dans L'Ordre Juridique Communautaire. *Revista Di Diritto Europea*. 1993. Vol. 33. P. 671-680.
7. Mahoney P. The international judiciary – Independence and accountability. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2008. Vol. 7. P. 313–324.
8. Mackenzie R., Maleson K., Martin P., Sands P. Selecting International Judges. Principle, Process and Politics. Oxford Publishing, 2010. 256 p.
9. Dumbrovsky T., Petkova B., Van Der Sluis M. Judicial Appointments: the Article 225 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States. *Common Market Law Review*. 2014. Vol. 51. P. 455–482.
10. Резолюція CM/Res (2010) 26 Комітету Міністрів Ради Європи щодо застосування дорадчої експертної колегії стосовно кандидатів на посаду судді Європейського суду з прав людини 2010 р. URL: http://www.justice.gov.ge/Multimedia%2FFiles%2F2017%2FRes_2010_26_eng.pdf (дата звернення: 17.03.2018).
11. Saue J.-M. Le Role du comite 255 dans la selection du juge l'Union. *The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on sixty years of case-law*. Rosas A., Levits E., Bot Y (Eds.). The Hague: Asser Press, 2013. 727 p.
12. Report of Working Party on the Future of the European Communities' Court System. URL: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_en.pdf (дата звернення: 17.03.2018).
13. Fourth Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/rapport_activite_c255_-_en.pdf (дата звернення: 17.03.2018).
14. Case C-28/08 P, European Commission v The Bavarian Lager Company. *Reports of Cases*. 2010. P. I-06055.
15. Bell J. Judiciaries within Europe: A Comparative Review. New York : Cambridge University Press, 2006. 399 p.
16. Guarnieri C. Appointment and Career of Judges in Continental Europe: The Rise of Judicial Self-Government. *Legal Studies*. 2004. Vol. 24. P. 169–187.
17. The Role and Future of European Court of Justice. A Report of the EC Advisory Board of the British Institute chaired by Rt. Hon. the Lord Slynn of Hadley. London : British Institute of International and Comparative Law, 1996. 166 p.
18. Turner C., Munos R. Revising the Judicial Architecture of the European Union. *Yearbook of European Law*. 1999–2000. No. 1. P. 1–91.

References:

1. Komarova, T. (2010). *Yurisdikciya Sudu Evrpeyskogo Soyuzy*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
2. Komarova, T. (2012). *Vpliv Sudu Evrpeyskogo Soyuzy ns rozvitok prava ta institutiv ES. Istoriya evropeyskoi integracii vid Rimskoyi imperiido Evropeyskogo Soyuzy*. Yakovyuk I. (Ed.). Kiev: Pravo Ukraini. Ch. 8, 171–202 [in Ukrainian].
3. Komarova, T. (2010). *Razvitie Sudom Evrpeyskogo Soyuza koncepcii suvereniteta gosudarstv-chlenov ES. Pravovie problemi opredeleniya i realizacii gosudarstvenogo suvereniteta na sovremennom etape*. Skovikova A., Yakovyuka I. (Eds.). Moscow: "NOPKC Voshod-A", 188–208 [in Russian].
4. Regulation (EU, Euratom) 2015/2422 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015R2422&qid=1500292632025>.
5. Solanke, I. (2009). Diversity and Independence in the European Court of Justice. *Columbian Journal of European Law*, Vol. 15, 89–121.
6. Schockweiler, F. L'Independence et la Legitimate du Judge Dans L'Ordre Juridique Communautaire. (1993). *Revista Di Diritto Europea*, Vol. 33, 671–680.
7. Mahoney, P. (2008). The international judiciary – Independence and accountability. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7, 313–324.

8. Mackenzie, R., Malleson, K., Martin, P., Sands, P. (2010). *Selecting International Judges. Principle, Process and Politics*. Oxford Publishing.
9. Dumbrovsky, T., Petkova, B., Van Der Sluis, M. (2014). Judicial Appointments: the Article 225 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States. *Common Market Law Review*, Vol. 51, 455–482.
10. Resolution CM/Res (2010). 26 on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights. URL: http://www.justice.gov.ge/Multimedia%2FFiles%2F2017%2FRes_2010_26_eng.pdf.
11. Sauve, J.-M. (2013). Le Role du comite 255 dans la selection du juge l'Union. *The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on sixty years of case-law* (Eds. Rosas A., Levits E., Bot Y.). The Hague: Asser Press.
12. Report of Working Party on the Future of the European Communities' Court System. URL: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_en.pdf.
13. Fourth Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/rapport_activite_c255_-_en.pdf.
14. Case C-28/08 P, European Commission v The Bavarian Lager Company. *Reports of Cases*. 2010, I-06055.
15. Bell, J. (2006). *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press.
16. Guarnieri, C. (2004). Appointment and Career of Judges in Continental Europe: The Rise of Judicial Self-Government. *Legal Studies*, Vol. 24, 169–187.
17. The Role and Future of European Court of Justice. (1996). A Report of the EC Advisory Board of the British Institute chaired by Rt. Hon. the Lord Slynn of Hadley. London: British Institute of International and Comparative Law.
18. Turner, C., Munos, R. (1999–2000). Revising the Judicial Architecture of the European Union. *Yearbook of European Law*, 1, 1–9.

Комарова Т. В., PhD in Law, Doctoral researcher of the International Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : komarova.tetyana.ukr@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7663-3264

Formation of the judicial office in the European Union: last tendencies

The effectiveness of the functioning of the judiciary in the European Union depends on many factors, among which the way of formation of judicial office, namely the appointment of judges and Advocates General of the Court of Justice and of the General Court, should be highlighted. In this regard, the article explores the procedures of formation of the judicial office in the EU and the procedural innovations that have emerged after the Lisbon reform. Prior to the reform, judges and Advocates General were appointed by common agreement of the governments of the Member States and this process was of a closed nature, since the nomination of candidates belongs to the internal competence of the Member States. After the Lisbon changes, the appointment takes place only after consultation with a special panel that makes a conclusion on the suitability of the candidates. Despite the fact that the conclusions of the panels are of a recommendatory character, the Member States follow them and, in the case of a negative opinion, remove the candidate from the ballot. Separately, the criteria for evaluating candidates are considered, of which the panel distinguishes six main ones: the candidate's ability to legal analysis, professional experience, the ability to perform the duties of a judge, language abilities, the ability to work in a team in an international environment in which several legal systems are represented and concerning impartiality, fairness and honesty of the candidate. A new stage of consultation with the judicial selection panel has shaped the trend towards democratization of this process and bringing it closer to pan-European standards. This allowed the author to state that the process of forming the judicial office in the EU has become more transparent and fair, which serves as one of the institutional guarantees for proper legal protection in the Union.

Keywords: European Union, judicial system of the European Union; European integration; judicial appointment; CJEU Advocates General.

Надійшла до редколегії 25.04.2018 р.



Ярмак Владислав Юрійович,
*аспірант кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків*
e-mail: vladyardmak@gmail.com
ORCID 0000-0002-2980-6505

doi: 10.21564/2414–990x.141.131961

УДК 341.1/8

ПОНЯТТЯ БРЕНДУ ТА ЙОГО СПІВВІДНОШЕННЯ З ПОНЯТТЯМ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ

Досліджено проблеми визначення та різні аспекти поняття «бренд», що відображені у працях вітчизняних та зарубіжних правознавців, виокремлено істотні ознаки бренду, досліджено його функції. Запропоновано авторське визначення поняття «бренд» та визначено співвідношення понять «бренд» і «торговельна марка», надано характеристику спільних та відмінних ознак цих понять.

Ключові слова: бренд; торговельна марка; ознаки бренду; функції бренду; співвідношення бренду і торговельної марки.

Ярмак В. Ю., аспірант кафедри міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: vladyardmak@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2980-6505

Понятие бренда и его соотношение с понятием торговой марки

Исследуются проблемы определения и различные аспекты понятия «бренд», которые отражены в трудах отечественных и зарубежных ученых, выделены существенные признаки бренда, исследованы функции бренда. Дается авторское определение понятия «бренд» и определяется соотношение понятий «бренд» и «торговая марка», характеризуются общие и отличительные признаки этих понятий.

Ключевые слова: бренд; торговая марка; признаки бренда; функции бренда; соотношение бренда и торговой марки.

Вступ і постановка проблеми. Адаптація національного законодавства України до законодавства ЄС є необхідною умовою інтеграції України в європейський правовий простір і водночас частиною процесу імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. З урахуванням цього надзвичайної значущості набуває питання уніфікації термінології, яка застосовується в різних галузях права ЄС і є загальновизнаною, універсальною. Незважаючи на достатньо

успішні спроби впорядкування галузевих терміносистем як на національному, так і на міжгалузевому рівнях, у сучасній юридичній науці не вироблено єдиний термінологічний апарат. Отже, проблеми використання юридичної термінології потребують поглиблених досліджень задля вироблення усталеної термінології, передовсім у законодавстві України.

На нинішньому етапі в національному законодавстві України та в законодавстві ЄС немає поняття «бренд». Аналіз теоретичних джерел дає підстави стверджувати, що в юридичній науці відсутня єдність у визначенні понять «бренд» і «торговельна марка». Не викликає сумніву наявність у цих термінах як спільних, так і відмінних рис. На нашу думку, досягнення єдності, однозначності та сталості юридичної термінології, усунення зайвої синонімії, суперечностей, різночитань має важливе як теоретичне, так і практичне значення.

У процесі еволюції не лише збагачується юридична техніка за рахунок нових термінів на позначення нових правових реалій і понять, а й постійно поглиблюється та вдосконалюється понятійний апарат. Кожному історичному періодові відповідає своя система понять і термінів, адекватно віддзеркалюючи певний етап розвитку державно-правових явищ. На формування юридичної термінології впливають також міжнародні зв'язки.

Нові науково-технологічні, економічні, соціально-екологічні виклики потребують від країн належного позиціонування та цілеспрямованого просування своїх активів на глобальних ринках товарів, послуг, фінансів, інвестицій та інновацій, формування внутрішнього й зовнішнього позитивного іміджу та конкурентного бренду. Створення умов для розвитку національної бренд-ідентичності є актуальним для України з огляду на її євроінтеграційні та загальноцивілізаційні пріоритети.

Аналіз досліджень і публікацій. У науковій літературі питанню визначення змісту категорій «торговельна марка» та «бренд» присвячено низку праць українських та зарубіжних науковців, в яких підкреслюється значущість цієї категорії, проте відсутнє розуміння бренду як багатовимірного об'єкта.

Аналіз цих дефініцій варто здійснити на основі вивчення праць таких науковців, як: Д. Аакер (David A. Aaker), Л. Балабанова (L. Balabanova), С. Девіс (Scott M. Davis), Девен Р. Десай (Deven R. Desai), С. Гаркавенко (S. Garkavenko), К. Келлер (Kevin Lane Keller), Д. Кнапп (Duane Knapp), Ф. Котлер (Philip Kotler), Ю. Нестерева (Y. Nesterova), Д. Огілві (David MacKenzie Ogilvy), О. Рассомахіна (O. Rassomahina), О. Риндіна (O. Rindina), А. Старостіна (A. Starostina), А. Федорченко (A. Fedorchenko), Л. де Чернатони (Leslie de Chernatony), С. Шестакова (S. Shestakova), І. Ярошенко (I. Yaroshenko).

Мета статті – встановити співвідношення значень понять «бренд» і «торговельна марка», охарактеризувати спільні та відмінні ознаки, виробити авторське визначення поняття «бренд».

Вклад основного матеріалу. У сучасній юридичній науці досліджуються різні аспекти поняття «бренд», що відображені у працях вітчизняних та зарубіжних учених. Так, Ф. Котлер (Philip Kotler) розглядає бренд як назву, термін,

знак, символ чи малюнок, або їх поєднання, котрі призначені ідентифікувати товари та послуги певної групи торговців, тим самим допомагаючи відрізнити їх від товарів чи послуг конкурентів [1, с. 663]. У приведеному визначенні автор підкреслює значущість категорії бренду як засобу ідентифікації товару та впливу на свідомість споживача.

С. Девіс та Ю. Нестерева (Y. Nesterova) пропонують розглядати бренд з точки зору нематеріального активу компанії. С. Девіс (Scott M. Davis) визначає бренд як нематеріальний актив, але надзвичайно важливий компонент діяльності компанії, те, що вона собою символізує [2]. Ю. Нестерева характеризує бренд як нематеріальний актив компанії, який виражається через назву, символ, логотип або їх комбінацію, тим самим ідентифікуючи товар виробника для споживача [3, с. 61].

З точки зору Д. Аакера (David A. Aaker), бренд є особливою назвою та (або) символом (такий, як логотип, торговельна марка або дизайн упаковки), що призначені для ідентифікації товарів або послуг одного продавця чи групи продавців, а також для диференціювання цих товарів (послуг) від схожих продуктів конкурентів. За його оцінкою, бренд сигналізує споживачеві про джерело продукту й захищає як споживача, так і виробника від конкурентів, які намагаються пропонувати товари, що зовні здаються ідентичними [4]. Автор визначає бренд через розуміння його як засобу ідентифікації товару й виробника та як гарантію якості цього товару.

Отже, з точки зору названих авторів (Ф. Котлер, Р. Коч, С. Девіс, Ю. Нестерева, Д. Аакер), немає принципової різниці між поняттями «бренд» і «торговельна марка».

А. Федорченко (A. Fedorchenko) та І. Ярошенко (I. Yaroshenko) вважають, що бренд – це торговельна марка, яка має певний імідж, що в свою чергу формує ставлення до відповідної продукції [5, с. 26], зосереджують увагу на іміджі бренду як одній зі складових бренду. Імідж бренду (brand image) – це існуюче сприйняття бренду компанії споживачами ринку. Сприйняття бренду виражається в конкретних образах, асоціаціях, які можуть бути пов'язані з функціональними характеристиками товару, а можуть передавати тільки емоції та мати абстрактний характер.

С. Гаркавенко (S. Garkavenko) пропонує розглядати бренд як образне поєднання самого товару або послуги з набором властивих йому характеристик, очікувань та асоціацій, які виникають у споживача товару [6, с. 456].

На думку А. Старостіної (A. Starostina), бренд – це загальновідома і диференційована торговельна марка, яка у свідомості споживача асоціюється з певними перевагами чи вигодами, чітко відрізняється від марок конкурентів та характеризується певним рівнем лояльності з боку споживачів [7, с. 358]. М. Купчинська (M. Kupchinska), В. Орлов (V. Orlov) пропонують формулу, відповідно до якої бренд – це сума продукту, назви, асоціацій та емоцій [8, с. 41].

Зазначені автори (А. Федорченко, С. Гаркавенко, А. Старостіна, М. Купчинська, В. Орлов) акцентують увагу на асоціативній функції бренду, вважають, що саме ця функція є відмінною рисою бренду від торговельної марки.

Натомість низка науковців закладають у розуміння категорії «бренд» як значущу психологічну складову, формуючи при цьому певний комплекс процесів, що формують «образ» товару, власну емоційну складову бренду й сформованість у споживача поведінкової реакції.

Зокрема, з точки зору Д. Огілві (David MacKenzie Ogilvy), бренд – це невловима кількість властивостей товару: його назви, упаковки, ціни, його історії, репутації та способів рекламування. Бренд є поєднанням вражень споживачів та результатом їх досвіду щодо бренду [9].

За визначенням Д. Кнаппа (Duane Knapp), бренд – це сформована сума всіх вражень та емоцій з приводу функціональних вигод товару, що виникли у його споживачів. Це схоже на рефлекс, де бренд є подразником [10]. Ці автори (Д. Огілві, Д. Кнапп) центр тяжіння у трактуванні категорії «бренд» переносять зі споживчих характеристик самого товару на те, як вони відбиваються у свідомості споживача, яке уявлення й емоційне враження формується у споживача щодо товару, послуги.

Такі автори, як С. Шестакова (S. Shestakova), Л. Балабанова (L. Balabanova), О. Риндіна (O. Rindina), О. Рассомахіна (O. Rassomahina), дають комплексне визначення поняття бренду, акцентуючи увагу на декількох аспектах цієї категорії. Так, з погляду С. Шестакової, бренд є маркетинговим поняттям, це відома торговельна марка з атрибутами фірми чи товару, які відображають їх індивідуальність, привертають концентровану увагу клієнтів і створюють імідж фірми, сприяючи досягненню репутації та просуванню товару на ринку. Для того, щоб торговельна марка перетворилася на бренд, вона має стати символом надійності, гарантом якості товару чи послуги, вигідно характеризувати їх специфічні властивості [11]. Автор підкреслює значущість бренду через розуміння його як маркетингового інструменту, як джерела конкурентної переваги та як гаранта якості товару.

На думку Л. Балабанової та О. Риндіної, бренд товару є складовою його ринкової атрибутики. Бренд – це: по-перше, нематеріальний актив, який оцінюється споживачами; по-друге, категорія соціальної психології; по-третє, невідчутна сума атрибутів товару, за допомогою якої споживачі мають позитивні асоціації та виділяють його серед конкурентів, а саме товар, його ім'я, символ, виробник, характеристика, упаковка, переваги [12, с. 28]. Поняття бренду тут відображається через розуміння його як комплексу нематеріальних активів, підґрунтя корпоративної культури та категорії соціальної психології.

О. Рассомахіна підкреслює, що бренд – це ім'я будь-якої особи, яке індивідуалізує її шляхом залучення як матеріальних, так і цілого комплексу нематеріальних активів [13].

Зарубіжні науковці фокусуються на впливі різних практик на бренд. Останній описується ними, як правило, з точки зору асоціацій, атрибутів, інформаційності, що складають його сенс для споживачів, сприяють закарбовуванню бренду в їхній пам'яті. Так, Д. Десаї (Deven R. Desai) у концепції бренду виокремлює два основних напрями. Відповідно до першого з них (який автор називає корпо-

ративним), бренд належить корпорації, контролюється нею й формується маркетологом. Згідно з другим напрямком (некорпоративним), бренди – це соціальні конструкції [14]. Доцільним вважаємо корпоративний підхід тому, що саме цей напрям спрямований на контроль і формування репутації компанії у кожному контексті, пропонуючи бренди, які відповідають психологічним потребам споживача позитивно оцінювати й купувати брендовий продукт компанії.

Р. Бренсон (Richard Branson) стверджує, що бренд потрібно створювати не навколо товарів, а навколо репутації компанії. Загалом корпоративний бренд є тим важелем, з допомогою якого компанія захоплює споживачів і виходить на ринки [14].

З точки зору професора британського The Open University Лесли де Чернатони (Leslie de Chernatony), корпоративна особливість та людські ресурси позитивно й істотно впливають на ефективність бренду [15].

Аналіз наукових джерел дозволяє виокремити кілька основних підходів до визначення поняття «бренд». Більшість авторів розглядає бренд як засіб ідентифікації товару та його відмінності від конкурентних аналогів. Прихильники цього підходу ототожнюють бренд з торговельною маркою. На думку низки авторів, поняття «торговельна марка» і «бренд» є синонімами. Особливістю «ідентифікаційного» підходу є те, що бренд інтерпретується як ідентифікатор і розглядається як маркований продукт, що являє собою набір зовнішніх атрибутів, які вирізняють товар або компанію з-поміж інших товарів та компаній у межах певної товарної категорії.

Згідно з другим підходом бренд розглядається як набір сприйнятих в уяві споживача. У межах цього підходу бренд досягається як сукупність сталих асоціацій, що виникають у сприйнятті споживачів. Це можуть бути асоціації, пов'язані з функціональними, емоційними й символічними вигодами від придбання бренду.

Третій підхід як основну функцію бренду визначає формування відносин між виробником і споживачем, що створює умови для підтримки лояльності до бренду, забезпечує сталість продажів та одержуваного прибутку у довгостроковій перспективі.

Вважаємо, що всі викладені вище визначення бренду не є суперечливими, оскільки всі вони відбивають значущість цієї категорії через різні її аспекти, серед яких: нематеріальний актив, джерело конкурентної переваги, гарантія якості товару, джерело інформації, засіб ідентифікації товару та виробника, засіб впливу на свідомість споживача, підґрунтя корпоративної культури та ін. Вважаємо за доцільне використовувати саме комплексний підхід, враховувати багатоаспектність інтерпретації бренду.

Комплексний підхід дозволяє нам вважати бренд різновидом торговельної марки. Отже, будь-який бренд є торговельною маркою, однак не будь-яка торговельна марка є брендом. Бренд – це дуже добре відома торговельна марка, що асоціюється у споживача з певною якістю товару (послуги), з репутацією самої компанії – виробника. Бренд – це торговельна марка, що існує на ринку

тривалий час, є впізнаваною серед споживачів та конкурентів. Брендом може стати лише та торговельна марка, в якій утілена репутація компанії (фірми).

Поняття бренду включає в себе сукупність ознак, що визначають споживчий вибір: 1) характеристик продукту (висока якість, функціональна корисність); 2) асоціацій (з фірмою, країною-виробником); 3) символів (слоган, логотип, колір, жест, упаковка і т. д.); 4) іміджу фірми; 5) емоцій споживача.

Бренд являє собою сукупність взаємопов'язаних психологічних, функціональних, емоційних характеристик товару, що відображаються у назві, логотипі, символі, упаковці чи слогані та дають можливість відрізнити цей товар від продукту конкурентів.

Окрему увагу у наукових дослідженнях також приділено співвідношенню понять «бренд» і «торговельна марка». Так, визначаючи спільні риси бренду і торговельної марки, слід ураховувати, що будь-який бренд має всі характерні особливості торговельної марки як родового поняття, тому для обох категорій можна виокремити такі істотні спільні ознаки, як: 1) нематеріальний характер, 2) комерційна цінність; 3) інформаційний зміст, 4) розрізняльна здатність; 5) територіальний характер.

З точки зору Л. Балабанової та О. Риндіної, торговельна марка перетворюється на бренд тоді, коли комунікація товар-покупець стає сильнішою та більш сталою у порівнянні з іншими марками [12]. О. Рассомахіна перелічує такі відмінності торговельної марки від бренда: «1) торговельна марка – це позначення, яке є лише основою бренда; 2) для торговельної марки не мають суттєвого значення такі властивості позначення, як певний рівень відомості серед споживачів та якість як основа здобуття репутації; 3) торговельна марка – це лише один з різновидів нематеріальних активів підприємства, які можуть стати основою бренда, вона має просту структуру; 4) обсяг правової охорони торговельної марки обмежується самим позначенням; 5) торговельна марка може стати брендом за умови ефективного використання усіх видів активів підприємства» [13].

С. Шестакова вважає, що для того, щоб торговельна марка перетворилася на бренд, вона має стати символом надійності, гарантом якості товару чи послуги, вигідно характеризувати їх специфічні властивості [11]. За словами Д. Айкера (David A. Aaker) та К. Келлера (Kevin Lane Keller), торговельні марки відіграють важливу роль для бренду, тому що вони часто служать символами бренду, з якими пов'язані асоціації атрибутів брендів [16].

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити такі характерні ознаки бренду: 1) комплексність поняття; 2) будується через почуття та сприйняття, які він пропонує споживачеві; 3) високий рівень відомості; 4) наявність системи цінностей як товарів, так і компанії; 5) тривалість життєвого циклу; 6) викликає асоціації у споживачів (з компанією-виробником та країною її місця знаходження); 7) залежить від якості розвитку корпоративної культури компанії; 8) взаємозв'язок з репутацією компанії; 9) сукупність взаємопов'язаних психологічних, функціональних, емоційних характеристик товару та компанії.

Проведений аналіз визначень бренду, що запропоновані вітчизняними та зарубіжними науковцями, дозволяє нам запропонувати таке проміжне визначення: бренд є різновидом торговельної марки з усталеною впродовж тривалого часу репутацією, що має для споживачів відповідного товару (послуги) високу асоціативну та ідентифікаційну здатність і якісні відмінності від конкурентів, передає споживачам комплекс функціональних, емоційних і символічних цінностей, що втілюються у товарі (послугі) або його виробникові й обумовлюють сталий вибір споживачем цього товару (послуги) серед конкурентних аналогів.

Вважаємо, що торговельна марка є основою бренду, отже, мета будь-якої марки – це перетворення на бренд, що є більш змістовним поняттям. Однак не кожна торговельна марка переходить до розряду бренду, тобто стає впізнаваною та улюбленою.

Основною функцією торговельної марки є розрізняльна (розпізнавальна), оскільки її функціональне призначення саме в тому, що торговельна марка передовсім вирізняє певний товар, виділяє його з маси однорідних, служить засобом ідентифікації товару, тобто відрізняє товар одного виробника від товару іншого виробника. Інші функції торговельної марки – інформативна, рекламна, охоронна, гарантійна, психологічна тощо – є взаємопов'язаними і тому з практичних міркувань завжди мають розглядатися комплексно.

Проаналізувавши поняття, значення, мету бренду, варто вказати на такі функції бренду: 1) інформаційна (надає споживачеві уособлену інформацію щодо характеристик товару); 2) ідентифікаційна (полегшує споживачеві процес прийняття рішення щодо купівлі з урахуванням попереднього досвіду та через надання впевненості у відповідності товару його уявленням щодо якості та корисності); 3) асоціативна (виражається в конкретних образах, асоціаціях, які можуть бути пов'язані з функціональними характеристиками товару, а можуть передавати тільки емоції й мати абстрактний характер); 4) забезпечувальна (дає споживачеві можливість економії часу); 5) символічна (полягає у здатності до самовираження через належність споживача товару до певної соціальної групи); 6) комерційна (створення брендом споживчого попиту і його підтримка через лояльність та повторні купівлі); 7) охоронна (можливість виробника використовувати бренд як знаряддя захисту від підробок); 8) забезпечення конкурентної переваги на ринку; 9) культуроформувальна (забезпечує розвиток корпоративної культури); 10) комунікаційна (формує і підтримує взаємовигідні відносини на міжсистемному рівні, надає можливість виробникові через бренд налагодити комунікаційний зв'язок зі споживачем продукції, опосередковано формує звички та спосіб життя споживача).

Як ми вже зазначили вище, окреме правове регулювання бренду відсутнє як у законодавстві України, так і в законодавстві ЄС, і на практиці переймає нормативні дефініції категорії «торговельна марка». При цьому бренд має досить розгалужений перелік властивостей (усталена репутація, асоціативна та ідентифікаційна здатність серед споживачів, джерело конкурентної переваги, гарантія якості товару, джерело інформації, засіб ідентифікації товару та виробника, засіб

впливу на свідомість споживача, підґрунтя корпоративної культури щодо), які у сукупності дозволяють виокремити бренд як самостійну категорію, через що виникає потреба в його окремому правовому регулюванні як на національному, так і на міжнародному рівні, зокрема на рівні права ЄС.

Список літератури:

1. Котлер Ф. Основы маркетинга. Москва : Прогресс, 1999. 1152 с.
2. Девис С. М. Управление активами торговой марки. Санкт-Петербург : Питер, 2001. 272 с. URL: <https://search.rsl.ru/ru/record/01000725091> (дата звернення: 27.03.2018).
3. Нестерева Ю. Методи оцінки вартості бренду. *Маркетинг в Україні*. 2006. № 3. С. 61–64.
4. Аакер Д. Стратегическое рыночное управление. Санкт-Петербург : Питер, 2002. 544 с.
5. Федорченко А., Ярошенко І. Актуальність використання технологій брендінгу на горілчаному ринку України. *Маркетинг в Україні*. 2005. № 1. С. 26–31.
6. Гаркавенко С. С. Маркетинг. Київ : Лібра, 2002. 712 с.
7. Старостіна А. О. Промисловий маркетинг: Теорія, світовий досвід, українська практика. Київ : Знання, 2006. 765 с.
8. Купчинська М., Орлов В. Що бренд прийдешній нам готує? *Маркетинг в Україні*. 2004. № 5. С. 41–43.
9. Огилви Д. Тайны рекламного двора. Советы старого рекламиста. Москва : Ассоциация работников рекламы, 1993. 112 с.
10. Кнапп Д. Мышление, настроенное на бренд. Москва : Прогресс, 2006. 174 с.
11. Шестакова С. О. Товарний знак, торгова марка, бренд, комерційне найменування: спільне та відмінне. *Вісник Сумського національного аграрного університету*. Серія: Економіка і менеджмент. Суми, 2013. Вип. 4. С. 119–124.
12. Балабанова Л. В., Риндіна О. А. Маркетингова товарна політика в системі менеджменту підприємств. Київ : Професіонал, 2006. 336 с.
13. Рассомахіна О. А. Поняття торговельної марки та її співвідношення із суміжними категоріями. *Форум права*. 2007. № 3. С. 212–223. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2007_3_34.
14. Deven R. Desai A brand theory of trademark law. Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1585327. URL: <http://ssrn.com/abstract=1585327> (published version, From Trademarks to Brands, in 64 Florida Law Review 981 (2012) (дата звернення: 27.03.2018).
15. Leslie de Chernatony. (2015). *European Journal of Marketing*, Vol 49, No 7/8, pp. 1139–1162.
16. David A. Aaker & Kevin Lane Keller. Consumer Evaluations of Brand Extensions, 54 J. MARKETING 27, 28 (1990).

References:

1. Kotler, F. (1999). *Osnovy marketinga*. Moscow: Progress [in Russian].
2. Devis, S.M. (2001). *Upravleniye aktivami trgovoy marki*. Saint Peterburg: Piter. URL: <https://search.rsl.ru/ru/record/01000725091> [in Russian].
3. Nestereva, Y.U. (2006). *Metody otsenki stoimosti brenda*. *Marketing v Ukraine*, 3, 61–64 [in Ukrainian].
4. Aaker, D. (2002). *Strategicheskoye rynochnoye upravleniye*. Saint Peterburg: Piter [in Russian].
5. Fedorchenko A., Yaroshenko I. (2005). *Aktualnist vykorystannya tekhnolohiy brendinhu na horilchanomu rynku Ukrayiny*. *Marketynh v Ukrayini*, 1, 26–31 [in Ukrainian].
6. Harkavenko, S.S. (2002). *Marketynh*. Kiev: Libra [in Ukrainian].
7. Starostina, A.O. (2006). *Promyslovyi marketynh: Teoriya, svitovyy dosvid, ukrainska praktyka*. Kiev: Znannya [in Ukrainian].
8. Kupchynska, M., Orlov, V. (2004). *Shcho brend pryedeshniy nam hotuye?* *Marketynh v Ukrayini*, 5, 41–43 [in Ukrainian].

9. Ohylvy, D. (1993). Tayny reklamnoho dvora. Sovety staroho reklamysta. Moscow: Assotsyatsyya rabotnykov reklamy. URL: <https://ru.bookmate.com/reader/sPMY385N> [in Russian].
10. Knapp, D. (2006). Myshlenye, nastroyennoe na brend. Moscow: Prohress [in Russian].
11. Shestakova, S.O. (2013). Tovarnyy znak, torhova marka, brend, komertsyine naymenuvannya: spilne ta vidminne. *Visnyk Sumskoho natsionalnoho ahrarnoho universytetu. Seriya: Ekonomika i menedzhment. Sumy, issue. 4, 119–124* [in Ukrainian].
12. Balabanova, L.V., Ryndina, O.A. (2006). Marketynhova tovarna polityka v systemi menedzhmentu pidpryyemstv. Kiev: Profesional [in Ukrainian].
13. Rassomakhina, O.A. (2007). Ponyattya torhovelnoyi marky ta yiyi spivvidnoshennya iz sumizhnymy katehoriyamy. *Forum prava, 3, 212–223*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2007_3_34 [in Ukrainian].
14. Deven, R. Desai (2012). A brand theory of trademark law Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1585327, available at <http://ssrn.com/abstract=1585327> (published version, From Trademarks to Brands, in 64 Florida Law Review 981, available at <http://ssrn.com/abstract=2137766>).
15. Leslie de Chernatony. *European Journal of Marketing*. (2015). Vol 49, 7/8, 1139–1162.
16. David, A. Aaker & Kevin Lane Keller, (1990). Consumer Evaluations of Brand Extensions, 54 *J. MARKETING* 27, 28.

Yarmak V. Yu., Postgraduate student of the International Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : vladyarmak@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2980-6505

The concept of brand and its correlation with concept of trademark

The problems of definition and various aspects of the «brand» concept, which are reflected in the works of domestic and foreign lawyers, the essential signs of the brand are outlined, its functions are investigated. The author defines the concept of «brand» and defines the relationship between the concepts «brand» and «trademark», the characteristic of common and distinctive features of these concepts is given.

Adaptation of the Ukrainian national legislation to the EU legislation is a prerequisite for Ukraine's integration into the European legal space and also part of the implementation process due to the Association Agreement between Ukraine and the EU. The issue of unification of terminology, which is used in various areas of EU law, is universally accepted. Despite the quit successful attempts to streamline industry terminology at both the national and inter-sectoral levels, modern legal science has not developed a single terminology machine. Consequently, the problems of the use of legal terminology require further substantive research aimed at the formation of proposals concerning the introduction of terminology, especially in the Ukrainian legislation.

At the current stage in the national legislation of Ukraine and in the EU legislation there is no concept of «brand». The analysis of theoretical sources gives grounds to assert that in the legal science there is no unity in the definition of the concepts of «brand» and «trademark». There is no doubt about the presence in these terms of both common and distinctive features. The achievement of unity, uniqueness and consistency of legal terminology, elimination of excessive synonymy, contradictions, and discrepancies is important both theoretical and practical significance.

New scientific, technological, economic, social and environmental challenges require countries to properly position and target their assets in global markets for goods, services, finance, investment and innovation, the formation of internal and external positive image and competitive brand. The creation of conditions for the development of the national brand identity is relevant for Ukraine, given its Eurointegration and general civilization priorities.

Keywords: brand; trademark; brand features; brand features; brand and trade mark relationships.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КОЛЕГ



Pamuji Kadar,
*Lecturer, Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Grendeng-Purwokerto
e-mail: kادarpamuji@yahoo.co.id,
kadar.pamuji@unsoed.ac.id*

doi: 10.21564/2414–990x.141.133429
UDC 342.841

EARMARKING TAX POLICY AS AN INSTRUMENT OF PUBLIC SERVICE PROVISION IN REGIONAL DEVELOPMENT

Local taxes contribute to local revenue of around 50 %. The policy of earmarking tax in Law No. 28 of 2009 on Regional Tax affirms the use of tax for development fund that can be enjoyed directly by taxpayers. Earmarking tax ensures that tax revenues are used for development and sustainability of local development funding. Furthermore, local government cannot delay development activities on the reason of fund unavailability. The purpose of this article is to analyze the prospect of earmarking tax policy in supporting sustainable regional development. This study applied library research. Results of this study show that if earmarking tax policy is compared with the general tax definition as a non-lead payment, its contribution in tax payment is unjustifiable. However, if considering that the local tax is levied by local governments on the local taxpayer performing taxable acts and allocated to the local government budget for financing regional development, so it becomes important to assure that it will return to the community. Implementation of earmarking tax ensures that tax revenue is allocated to the most appropriate sectors and relevant with the objective of tax collection. In conclusion, the earmarking tax policy emphasizes the role of local taxes in supporting development in regions ensuring sustainability of regional development fund.

Keywords: earmaking tax; local taxes; local government; regional development.

Памуджу Кадар, преподаватель, юридический факультет, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, Гренденг-Пурвокерто.

e-mail : kادarpamuji@yahoo.co.id, kadar.pamuji@unsoed.ac.id

Целевая налоговая политика как инструмент финансирования регионального развития

Местные налоги составляют примерно 50 % местных доходов. Законом № 28 от 2009 г. о региональном налоге разрешается его использование для развития предпринимательской деятельности самих налогоплательщиков. Налоговый сбор обеспечивает использование налоговых поступлений для стабильного финансирования местных бюджетов. В свою очередь, органы местного самоуправления не имеют права влиять на развитие местного хозяйства из-за нехватки средств в местном бюджете. Цель этой статьи – проанализировать перспективы развития налоговой политики в поддержку устойчивого регионального развития. В работе использованы финансовые отчеты и документы органов местного самоуправления, результаты анализа которых позволяют сделать вывод о том, что если местный целевой налог приравнивается к неосновному платежу, его вклад в местный бюджет не оправдан. Однако с учетом того, что местные налоги взимаются местными органами власти с местного налогоплательщика, осуществляющего налогооблагаемую деятельность, и направляются в местный бюджет для финансирования регионального развития, очень важно иметь гарантии, что он вновь вернется в местный бюджет. Реализация налоговой политики обеспечивает распределение налоговых поступлений в нужных направлениях, что соответствует цели сбора налогов. Таким образом, целевая налоговая политика существенно повышает роль местных налогов в поддержке регионального развития, которые обеспечивают его стабильность и реализацию целей развития данной территории.

Ключевые слова: целевой налог; местные налоги; местное самоуправление; региональное развитие.

Introduction. The implementation of regional autonomy brings some consequences where regions have an authority to make a number of policies appropriate with the characteristics of the regions and the aspirations of the people.¹ One of the authorities granted to the regions is the authority to levy local taxes.

According H. Mat Jur, the main characteristic of a regions' power is on its financial capacity, it means that the autonomous region must have the authority and power to earn their own financial resources.² In addition, Taxes have a role as a budgetary function and also as a regulatory function.³

Data from the Statistics Board on the Realization of Regency/City Government Revenue from 2010 to 2015 and up to date data until October 2016, it is revealed that the local taxes are the source of local revenue which contributes a lot for PAD, close to 50 %.⁴

To build public trust and in order to reinforce the policy in using tax (local tax), the Government takes a policy in the form of earmarking tax under Law Number 28 Year 2009 concerning Regional Tax and Regional Retribution (*PDRD*), which is:

¹ Rosyadi, Slamet and Anwarudin, *Otonomi Daerah dan Mewujudkan Paradigma Pembangunan Berkelanjutan*, Jurnal Sosial Ekonomi Humaniora, 2, Number. 1, May-October 2008, p. 89.

² H. Mat Jur, Analisis Kontribusi Pajak Daerah Dan Retribusi Daerah Terhadap Pendapatan Asli Daerah (Pad) Kota Samarinda, Jurnal Eksis, Vol. 8, No. 1, March 2012, 2001 – 2181, p. 2021.

³ Ferry Susanawati, I Wayan Suparta, Muhammad Husaini, Analisis Potensi Pajak Daerah Sebagai Sumber Pendapatan Asli Daerah di Kota Metro, Jurnal Ekonomi Pembangunan, ISSN: 2302-9595, Vol. 3, No. 3, November 2014, p. 276.

⁴ BPS, Realisasi Pendapatan Pemerintah Kabupaten/Kota Se Indonesia, <http://www.Bps.go.id>. Accessed on 25th June 2017.

Table 1

Earmarking tax under Law No. 28 of 2009 on Regional Tax

Types of Earmarked Tax Area	Law Article	Amount of Allocation	Objectives of Allocation
Vehicle Tax	Article 8, Paragraph 5	Minimally 10 %	Road construction and/or maintenance Improvement of transportation facilities and infrastructure
Cigarette Tax	Article 31	Minimally 50 %	Funding public health services Law enforcement by apparatus
Street Lighting Tax	Article 56, paragraph 3	Partially	Provision of street lighting

The implementation of earmarking tax ensure tax admission allocated for the right sector and related with tax collection; moreover, it will provide more guarantee for the continuity of programs which receive earmarked taxes fund. Local government cannot postpone or stop an activity of a program with reason of no fund. This research will raise the issue on how to formulate policy of earmarking tax which later on will be used by local government as an instrument to hold public services.

Methodology. The research method focuses on library research. According to Soerjono Soekanto and Sri Mamudji, in legal research conducted by using library research or secondary data, this can be fathomed as normative legal research. Secondary data as primary data is obtained through library research which is processed and analyzed in line with interpretation of hermeneutic method.

Results.

1. Principle of Local Taxes. According to Teresa Minassian, taxes and user charges based on the principle of benefit which can be used sufficiently at all levels of government, the transfer of its collection authority to the region will be appropriate as long as its benefits can be localized to the local taxpayer.¹

The granting of authority to collect taxes, in connection with the implementation of regional autonomy in addition to taking into consideration the generally accepted tax criteria, should consider the accuracy of a tax as a local tax. A good local tax is a tax that will support the granting of authority to regions in the context of financing decentralization.

Associated with the granting of authority to the region, Roy Kelly in the Journal of Fiscal Federalism argues:

Effective decentralization requires that LBs be given discretion to allocate their resources (at the margin) in accordance with local preferences in order to maximize expenditure efficiency. Although the LSGA provides a set of mandates on both the

¹ Teresa Ter-Minassian dalam Utang Rosidin, Ibid.

revenue and expenditure aspects, including greater discretion in the planning and budgeting of those responsibilities, field visits suggest a lack of real local discretion in the budgeting process, both on the expenditure and the revenue side.”¹

2. Obstacles of Local Tax Management. The obstacle faced by local government in implementing local tax management arrangement especially caused by the strictness of central government’s supervision, moreover there are still central directives that must be followed by regions with the partition of authority between the central government and local government.

Content material that must be inputted in formulation of local law has been decided with limit in Law Number 28 Year 2009, including the obligations that must be done by local government before the formulation of local law where local tax is set as local law.

3. Initiated Expansion of Earmarking Tax Policy. The problem for PAD is the authority of taxing power which is very limited. This can only be done if taxing power is expanded.² On the other hand, region must prepare human resources for development, institution, technology, juridical instrument and also other supporting facilities and infrastructures.³ Other strategic plans that must be faced by local government is to build trust of taxing obligation to tax that has been paid.

Earmarking tax or also called as *hypotecation* means that every person get different things. Clague and Gordon stated, in subtle meaning, earmarking tax is some tax that intentionally separated from income wholly and can be used specifically for government programs and used thoroughly for those programs.⁴ In Bahasa, earmarking tax is tax that is saved for project or certain events payment.⁵

Local tax is tax levied by local government towards tax obligation from taxable deeds in region and the income goes for region cash (*APBD*) and *APBD* is arranged in order to build the region, so it becomes important to be noticed by region authorities that tax which is taken from citizen will be back to them.

According to Tjip Ismail, in order to reinforce the function of Regional Government as a local tax collector in the era of regional autonomy, the definition of local taxes should be changed with the addition of normative and assertive, namely that local tax must also be used to serve the interests of the tax sector concerned as a form of *kontraprestasi*.⁶

¹ Roy Kelly, Stock-taking of Fiscal Decentralization Policy in Nepal, Journal of Fiscal Federalism, Local Body Fiscal Commission (LBFC), Pulchok, Lalitpur, Government of Nepal, Year 1, Issue 1, July 2016, p. 17.

² Ferry Susanawati, at.all, Ibid.

³ Kadar Pamuji, *Implikasi Kebijakan Pendaerahan Pengelolaan PBB Setelah Berlakunya UU No. 28 Tahun 2009 Tentang PDRD*, Jurnal Dinamika Hukum, Fak Hukum Unsoed Purwokerto, Vol. 11, No. 1, Januari 2011, p. 125.

⁴ Lofie Bachtiar Almaghf, dkk, *Studi Pemikiran Penerapan Earmarking tax Pada Bea Perolehan Hak Atas Tanah Dan Bangunan (BPHTB) Di Kota Malang*, Jurnal Perpajakan (JEJAK)| PS Perpajakan, Jurusan Administrasi Bisnis, Fakultas Ilmu Administrasi, Universitas Brawijaya Malang, Vol. 9 No. 1 2016| Perpajakan.http://Studentjournal.Ub.Ac.Id hlm. 3. Diunduh, 1 Mei 2017.

⁵ Ibid.

⁶ Tjip Ismail, 2005, *Pengaturan Pajak Daerah di Indonesia*, Depkeu RI, Jakarta, p.179

Law Number 28 Year 2009 on the new PDRD mandated earmarked against one tax only for district / city, whereas earmarked is very open for other types of local taxes, namely:

Hotel Tax, Restaurant Tax, Entertainment Tax and Advertisement Tax: earmarked in the form of promotional facilitation, or providing incentives and easiness in investment development and business expansion.

Non-metallic minerals and rocks tax; Parking Tax; Groundwater Tax; Swiftlet's Nest Tax; Rural and Urban Land and Building Tax; And Customs Acquisition of Land and Building Rights: earmarked done in the form of ease and simplification of licensing.

Therefore, the alternative will bring public interest to pay taxes. Moreover, it will be more motivate for local authorities to perform well and accountable local tax management and also assert the responsibility to perform public services better.

Conclusion. Within the broader range of thinking, optimizing the excavation of revenue sources will ultimately strengthen regional economies and self-reliance and reduce regional dependence on subsidies from the central government. Regional financial policies are directed at increasing local revenues as a primary source of local revenue, although in reality, to date local own revenues have not been enough to contribute to regional growth. Therefore, this study draws conclusion as follows:

Local tax collection policy accompanied by an affirmation of the incentives provision related to local taxes that has been paid will increase public confidence.

The Earmarking Tax Policy outlined in Law No. 8 of 2009 affirms the role of local taxes in supporting development in the regions as well as supporting the function of the Regional Government as a public service.

References:

Books:

1. Ismail, Tjip. (2005). *Pengaturan Pajak Daerah di Indonesia*, Depkeu RI, Jakarta.
2. Khusaeni, Mohammad. (2006). *Ekonomi Publik, Desentralisasi Fiskal dan Pembangunan Daerah*, BPFE Unibrax, Malang.
3. Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. (1994), *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Rajagrafindo Pers, Jakarta,
4. Soemitro, Rochmat. (1982). *Pajak dan Pembangunan*, PT. Eresco, Bandung.
5. Utang Rosidin. 2010. *Otonomi Daerah dan Desentralisasi*, CV. Pustaka Setia, Bandung.

Journals:

6. Almaghfi, Lofie Bachtiar, dkk, *Studi Pemikiran Penerapan Earmarking tax Pada Bea Perolehan Hak Atas Tanah Dan Bangunan (BPHTB) Di Kota Malang*, Jurnal Perpajakan (JEJAK)| PS Perpajakan, Jurusan Administrasi Bisnis, Fakultas Ilmu Administrasi, Universitas Brawijaya Malang, Vol. 9, Issue 1 2016| <http://Studentjournal.Ub.Ac.Id> accessed. 3. Downloaded, 1 May 2017.
7. Carolina Surbakti, Christine, *Peramalan Sumber-Sumber Earmarking Penerimaan Daerah (Studi Kasus: Pembiayaan Pemeliharaan Jalan Kota di Kota Bandung)*, Jurnal Perencanaan Wilayah dan Kota, ITB Bandung, Vol. 22 Issue. 3, December 2011.
8. Fatkhurohman, *Implikasi Pembatalan Perda Terhadap Ketepatan Proporsi Teori Penegakan Hukum Dalam Sistem Peradilan di Indonesia*, *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 13, Issue 1, January 2013, Purwokerto, Law Faculty Unsoed.
9. Hamidi, Jazim, *Paradigma Baru Pembentukan dan Analisis Peraturan Daerah (Studi Atas Perda Pelayanan Publik dan Perda Keterbukaan Informasi Publik)*, *Jurnal Hukum*, Vol. 18, Issue 3, July 2011, Malang, Law Faculty Unibrax.

10. Mat Jur, H, *Analisis Kontribusi Pajak Daerah Dan Retribusi Daerah Terhadap Pendapatan Asli Daerah (PAD) Kota Samarinda*, Jurnal Eksis Vol.8 Issue. 1, ISSN : 0216-6437, March 2012, 2001 –2181,

11. Pamuji, Kadar, *Implikasi Kebijakan Pendaerahan Pengelolaan PBB Setelah Berlakunya UU No. 28 Tahun 2009 Tentang PDRD*, Jurnal Dinamika Hukum, Fak Hukum Unsoed Purwokerto, Volume 11, Issue. 1, January 2011.

12. *Kebijakan Pengelolaan Pajak Daerah Dalam Kerangka Penyelenggaraan Otonomi Daerah (Analisa Terhadap Implementasi Wewenang Pengelolaan Pajak Daerah oleh Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah)*, Jurnal Dinamika Hukum, FH Unsoed Purwokerto, Vol. 14, Issue 3, September Edition 2014.

13. Rosyadi, Slamet dan Anwarudin, *Otonomi Daerah dan Mewujudkan Paradigma Pembangunan Berkelanjutan*, Jurnal Sosial Ekonomi Humaniora, LPPM Unsoed Purwokerto, Vol.2, Issue 1, May-October 2008.

14. Susanawati, Ferry, I Wayan Suparta, Muhammad Husaini, *Analisis Potensi Pajak Daerah Sebagai Sumber Pendapatan Asli Daerah di Kota Metro*, Jurnal Ekonomi Pembangunan, Vol. 3, Issue 3, November 2014.

Laws:

15. Undang-undang Negara republic Indonesia Nomor 28 Tahun 2009 tentang Pajak Daerah dan Retribusi Daerah.

Internet:

16. <http://keuda.kemendagri.go.id/datin/index/1/2013>, accessed on 7 June 2013.

17. <http://ictoh-tscindonesia.com> Pusat Kebijakan Pendapatan Negara, Kebijakan Kementerian Keuangan dalam Cukai dan Pajak Rokok Badan Kebijakan Fiskal Kementerian Keuangan, Conference on Tobacco or Health, Jakarta, 31 May 2014. Accessed on 7 June 2017.

18. <http://www.Bps.go.id>. BPS, *Realisasi Pendapatan Pemerintah Kabupaten/Kota Se Indonesia*, accessed on 25 June 2017.

Памуджі Кадар, викладач, юридичний факультет, Університет імені генерала Судірман, Індонезія, Гренденг-Пурвокерто.

e-mail: kadarpamuji@yahoo.co.id, kadar.pamuji@unsoed.ac.id

Цільова податкова політика як інструмент фінансування регіонального розвитку

Місцеві податки складають майже 50 % місцевих доходів. Законом № 28 від 2009 р. про регіональний податок дозволяється його використання для розвитку підприємницької діяльності самих платників податків. Податковий збір забезпечує використання податкових надходжень з метою стабільного фінансування місцевих бюджетів. У свою чергу органи місцевого самоврядування не мають права впливати на розвиток місцевого господарства через брак коштів у місцевому бюджеті. Мета цієї статті – проаналізувати перспективи розвитку податкової політики в підтримку сталого регіонального розвитку. У роботі використано фінансові звіти та документи органів місцевого самоврядування, результати аналізу яких дозволяють зробити висновок, що якщо місцевий цільовий податок прирівнюється до неосновного платежу, його внесок до місцевого бюджету є невиправданим. Однак з урахуванням того, що місцеві податки стягуються місцевими органами влади з місцевого платника податків, який здійснює оподатковувану діяльність, і направляються до місцевого бюджету для фінансування регіонального розвитку, дуже важливо мати гарантії, що він знову повернеться до місцевого бюджету. Реалізація податкової політики забезпечує розподіл податкових надходжень у потрібних напрямках, що відповідає меті збору податків. Таким чином, цільова податкова політика істотно підвищує роль місцевих податків в підтримці регіонального розвитку, які забезпечують його стабільність і реалізацію цілей розвитку даної території.

Ключові слова: цільовий податок; місцеві податки; місцеве самоврядування; регіональний розвиток.

Надійшла до редколегії 15.05.2018 р.



Nwocha Matthew Enya,
*PhD, Senior Lecturer and Head,
Department of Jurisprudence and International Law,
Faculty of Law, Ebonyi State University,
Abakaliki, Nigeria
email: nwochaenyaeni@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.141.126349
UDC 341.23(33)–025.31

CONSTRAINTS AND SOLUTIONS IN THE IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL ECONOMIC RIGHTS

This Paper It has discussed economic rights contained in the major international economic instruments, namely the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the Declaration on the Right to Development; and the African Charter on Human and Peoples' Rights. The Paper came against the background that there is need for nations, institutions and the international community to pay equal attention to economic and social rights as it does civil and political rights for in the final analysis, human rights are indivisible, inter-related and inter-dependent. The objective of this Paper, therefore, is to draw attention to this reality in order to reposition individuals and nations for economic prosperity and development. The Paper found among other things that the implementational mechanisms of these instruments are weak and ineffectual. It has also recommended amendments to the law and better strategies of implementation.

Keywords: economic rights; economic development; progressive implementation; recommendations of a general nature.

Нвоча Маттгев Ения, доктор философии, юридический факультет, Эбонийский государственный университет, Нигерия, г. Абакалики.
e-mail : nwochaenyaeni@gmail.com

Ограничения и решения при реализации международных экономических прав

Рассматриваются проблемы реализации экономических прав, содержащихся в различных международных экономико-правовых документах, среди которых Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Декларация о праве на развитие, Африканская хартия прав человека и народов, существенно повлиявшие на развитие различных видов экономических прав. Указывается на существующие в документах противоречия, которые в сочетании со слабыми стратегиями реализации существенно ограничивают достижение поставленных целей. Сделано вывод, что странам, организациям и всему международному сообществу необходимо уделять равное внимание экономическим и социальным правам, поскольку в конечном итоге они

учитывают гражданские и политические права, а права человека неразделимы, взаимосвязаны и взаимозависимы.

Ключевые слова: экономические права; экономическое развитие; прогрессивная реализация; рекомендации общего характера.

Introduction. According to Vasak³, there are three generations of human rights. The first generation consists of civil and political rights such as the right to life, right to personal liberty, freedom of assembly, movement, speech, association, religion and conscience, right to fair hearing, right to private and family life and so forth. The second generation of human rights consists of economic, social and cultural rights such as the right to property, right to work, to just and favourable conditions of work, to join and form trade unions, to social security, to protection of and assistance to the family, to adequate standard of living, to education and to take part in the cultural life of the community. The third generation of human rights consists of collective rights which are enjoyed in group or collectively. They include the rights to development, self-determination, peace and security, to a general satisfactory environment, right to protection of cultural heritage and artifacts among others. The analysis contained in this Paper concentrates on the economic and development aspects of the so-called second and third generation of human rights. And this with a view to discovering, if not establishing, how the implementation of international economic rights particularly as contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, African Charter on Human and Peoples' Rights, and the Declaration on the Right to Development can impact on the economic prosperity of individuals and groups and by extension on the economic growth and development of nations⁴.

International Economic Rights. The most significant treaty on international economic rights is the United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In the preamble to the Covenant, the High Contracting Parties recognize that the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, among other things. By Article 1, all peoples have the right of self-determination which includes the right to freely determine their political status and pursue their economic, social and cultural development. In addition, all peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation based on the principle of mutual benefit and other principles of international law. Significantly, Article 1 also provides that *in no case may a people be deprived of its own means of subsistence*. Article 2 allows for a progressive realization of the rights contained in the covenant. In Article 3, States Parties undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights provided for under the covenant. Article 4 places limitations on the enjoyment of the rights guaranteed subject to law made with the objective of promoting the general welfare of people in a democratic society. Article 5 forbids individuals, groups or the State from undertaking activities capable of derailing or

destroying the rights guaranteed by the covenant. Article 6 secures the right to work including the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts. The State Parties to the covenant are enjoined to take steps to achieve the full realization of this right including initiating technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual. Article 7 recognizes the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work including fair wages and equal remuneration for work of equal value and decent living for workers and their families; safe and healthy working conditions; equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence; rest, leisure, and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay as well as remuneration for public holidays.

Article 8 secures the rights of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organization concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests; the right of trade unions to establish national federations or confederations and the right of the later to form or join international trade union organizations; the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country. However, Article 8 (2) allows the imposition of lawful restriction on the exercise of the rights provided under Article 8 by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State. Article 9 provides for the right of everyone to social security and social insurance. Article 10 protects family life, marriage, free consent of spouses and the education of children. It guarantees special protection to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period, working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits. Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of percentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their moral or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law.

Article 11 proclaims the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing and to the continuous improvement of living conditions. Everyone shall be free from hunger. Article 12 recognizes the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. States Parties to the covenant shall take steps to achieve the full realization of this right including provisions for the reduction of the still-birth rate and of infant mortality and for the healthy development of the child, the improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene; the prevention, treatment and control of epidemic, occupational and other diseases; the creation of conditions which would assure to him all medical services and medical attention in the event of sickness.

Article 13 guarantees the right to education which shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. In particular, primary education shall be compulsory and available free to all; secondary education in its different forms, including technical and vocational, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, especially by the progressive introduction of free education; higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, especially by the progressive introduction of free education; fundamental education shall be encouraged or identified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education; the development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, with adequate fellowship system established and the material conditions of teaching staff continuously improved. The liberty of parents and legal guardians, where applicable, to choose schools attended by their children is guaranteed. So also is the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions subject to the minimum standards laid down by the State. Article 14 enjoins States Parties to work out an action plan to implement compulsory primary education within specific timeline.

Article 15 secures the right of everyone to take part in cultural life; enjoy the benefit of scientific progress and its application; benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. In this wise, States are mandated to take steps aimed at the full realization of these rights including those necessary for the conservation, development, and diffusion of science and culture. The State shall respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.

These provisions are indeed bountiful and ennobling. But there are other provisions in the covenant that pose direct challenge to the realization of the rights contained therein. Although Article 25 of the Covenant posits that nothing in the covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources, we hold the view that this absolute statement could have been a cheering one if the disposition of the natural wealth and resources had been or could be targeted at ameliorating the economic conditions of the people in general and empowering them to create wealth and a better life. Moreover, the self-contradictions in the covenant make its objectives more cumbersome to attain. Article 2(1) of the covenant provides that:

Each state party to the present covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, a body established by the United Nations to supervise the implementation of the treaty has offered an interpretation of the above provision. In an analysis of Article 2(1), the committee

admitted that the covenant provided for a progressive realization of the rights contained in the covenant and acknowledged the constraints due to limits of available resources. It however emphasized that, although the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken, within a reasonable time after the covenant's entry into force for the State concerned. The committee also re-iterated that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State Party¹. Whereas these comments express the frustration of the committee with the covenant, the simple interpretation in the final analysis, is that States are not compelled but encouraged to progressively make non-justiciable economic rights justiciable as their economies advanced to maturity. Umozurike has observed that it is apparent that in the circumstances, developing countries are free to determine to what extent they can guarantee the economic rights having regard to the human rights and the state of their economy². This situation obviously throws up a number of questions. What becomes of the rights guaranteed under the covenant while the economy makes its way to maturity? How long will it take to advance the economy? Are advanced economies always ready to grant economic rights to their citizens or implement the ones guaranteed under international law? Is there any hope of *progressively* enjoying economic rights in Africa, Latin America and other third world countries? To the first poser, the reality is that in the world of today a dominant number of nations are economically backward and that may well provide an escape or excuse for not implementing the rights guaranteed under the covenant. Secondly, even in advanced countries budget deficits, recession, increased spending on security and defence are always offered as excuses by governments for avoiding welfare policies or at best reducing them to the barest minimum. Most economic rights are welfarist in nature. Third, most economies move forth and back and in and out of recession and are known to have done so for generations of human life. It is, therefore, almost indefinite when such economies can stabilize and advance towards maturity. Fourth, third world nations present almost a hopeless case in this regard. Corruption, political instability, mismanagement, poor technological base, mono-cultural economies, weak legal and institutional structures, epileptic and unstable energy and power, and poor infrastructures are some of the factors that militate against economic advancement such that to speak of implementing the covenant under these circumstances appears not quite realistic.

There are also other areas in which constraints to the implementation of the covenant are visible. The most significant of them is the weak implementational procedure. By Article 16 of the covenant, the States Parties undertake to submit reports on the measures which they have adopted and the progress made in achieving the observance of the rights recognized under the covenant to the Secretary-

¹ K. Vasak (1979). "For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity" Inaugural Lecture 10th Study Session of the International Institute of Human Rights, Strasbourg.

² Adopted and opened for signature, ratification and accession by the UN General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December, 1966; entered into force on 3rd January, 1976.

General of the United Nations who thereafter transmits copies to the Economic and Social Council for consideration. The Secretary-General also transmits copies of the reports to relevant specialized agencies of the United Nations. By Article 19, the Economic and Social Council may transmit the reports, to the Commission on Human Rights for study and general recommendation. And the States Parties and specialized agencies may submit comments based on the general recommendations to the Economic and Social Council under Article 20. Then the Economic and Social Council *may* submit from time to time to the General Assembly reports with recommendations of a general nature and a summary of the information received from the States Parties and specialized agencies on the measures taken and the progress made in achieving the observance of the rights recognized under the covenant. By Article 22, the Economic and Social Council advises specialized agencies on international measures likely to contribute to the effective progressive implementation of the covenant. And under Article 23, the States Parties agree that international action for the achievement of the rights recognized in the covenant includes such methods as the conclusion of conventions, the adoption of recommendations, the furnishing of technical assistance and the holding of regional meetings and technical meetings for the purpose of consultation and study organized in conjunction with the Governments concerned.

From the implementation strategies presented above, it is clear that the covenant is more advisory than obligatory. Without any form of penalty or coercion, States are at liberty to present reports that suit them. These reports are never questioned neither is there any provision for any type of fact finding to confirm the accuracy of the reports. The reports are merely submitted for consideration by the Economic and Social Council and thereafter *recommendations of a general nature* are made to specialized agencies and States Parties concerned. By this weak and watery implementation procedure, only a government focused on the welfare of its citizens can implement the covenant even *progressively*. The implementation procedure has left a lot of loopholes that may be exploited by aberrant regimes to avoid the rights guaranteed under the covenant, and this is a huge constraint.

Recognizing these defects, the United Nations adopted an optional protocol to the covenant in 2008¹. The protocol empowers the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to implement the rights guarantee under the covenant. However, the Committee shall not consider a communication unless it has ascertained that all available domestic remedies have been exhausted save where the application of such remedies is unreasonably prolonged². Economic rights are not justiciable in most countries, a fact that both covenant and protocol did not speak to. Both do not provide a specific approach to be followed where this is the case and this is a huge omission. There are other weaknesses of the protocol. Not all States Parties to the covenant are parties to the protocol and the Committee can only receive and

¹ See General Comment No. 3 (1990): Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Fifth Session, U.N DOC E/1991 23,E/C/2/1990/8, at 83 (1991)

² U.O Umzurike (2005) Introduction to International Law. Ibadan: Spectrum Books Ltd. Pg 146

consider communications if it concerns States Parties to the protocol¹. Even where it has considered a matter, the committee like the Economic and Social Council will end up with recommendations and advice². By the nature of international politics where international institutions avoid criticism or aggressive behaviour, these recommendations and advice usually turn out to massage the political ego of offending States. Even more worrisome is that any State Party may denounce the protocol at any time by written notification addressed to the Secretary -General of the United Nations³. From the foregoing, it is clear that the implementation mechanism of the protocol is itself weak and unreliable. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is therefore left to float in uncharted waters in capable of being anchored by the beneficiaries, particularly the ordinary people who are the principal target of the treaty.

The African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, is a very comprehensive human rights instrument. It contains both civil and political rights; economic, social and cultural rights; and group or collective rights. But of concern to us here are the economic rights which it provides. Incidentally, economic rights contained in the charter are also part and parcel of collective rights since the charter does not guarantee economic rights to individuals as we have it under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Article 21 provides thus:

All peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it.

In case of spoliation the dispossessed people shall have the right to the lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation.

Article 21(3), (4) and (5) caution that the disposition of such wealth and natural resources shall be exercised firstly without prejudice to the obligation of promoting international economic co-operation based on mutual respect, equitable exchange and the principles of international law; secondly, with a view to strengthening African unity and solidarity; and, thirdly, to eliminate all forms of foreign economic exploitation particularly that practiced by international monopolies so as to enable their peoples to fully benefit from the advantages derived from their national resources. In similar vein, Article 22 provides thus:

All peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind.

States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development.

These provisions are welcome indeed especially against the background of, if not need for, African States to shake off the ubiquitous clutches of economic

¹ UN Resolution No. A/RES/63/117 of 10 December 2008, created the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

² Article 3(1) of the Optional Protocol.

³ Article 1 of the Optional Protocol.

imperialism that has been the legacy of their past colonial domination. Multi-national corporations domiciled in the home countries of former colonial masters are everywhere in Africa exploiting and manipulating their economies. This is in addition to international financial institutions founded and controlled by world powers that continue to offer conditional financial and developmental assistance to African Nations all geared towards maintaining control of their client nations. Article 21 and of the African Charter is therefore aimed in part at the economic emancipation of African nations so that their peoples can fully enjoy the benefits of their natural endowments and resources. As noble and salutary as these provisions may be, implementation of its contents with particular reference to economic rights still poses a huge obstacle. The mandate of the African Commission under Article 45 is weighted towards implementation of civil and political rights rather than economic rights. Again, Article 46(3) of the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights only provides that the States Parties undertake to comply with the judgment of the court in any case to which they are parties within the time stipulated by the court and to guarantee its execution.¹ From the tone, spirit, and intendment of this article, there is a reasonable inference that what the charter has in contemplation is civil and political rights for the court cannot command the implementation of economic rights with time limits *ex cathedra*. Furthermore, Article 59 of the African Charter merely empowers the African Commission to publish its reports after it has been considered by the Assembly of Heads of State and Government and nothing more. Publication of the report does not compel obedience of the charter. Notwithstanding, Article 57 of the Protocol of the African Court mandates the court to submit to the Assembly of Heads of State and Government an annual report on its work during the previous year specifying in particular the cases in which a party has not complied with the judgment of the court. By Article 46(5) of the protocol, the Assembly *may* impose sanctions on the recalcitrant party. In practice, the report when submitted by the court to the Assembly may, in an atmosphere of mutual favour or otherwise conspiracy, be watered down if viewed as being too critical of a State Party. Secondly, the Assembly may decide within the law not to impose any sanctions and the matter ends there. From the foregoing analysis it is obvious that the legislative and institutional framework for the implementation of economic rights under the African charter is again weak and ineffectual.

The preamble to the United Nations Declaration on the Right to Development recognized that development is a comprehensive economic, social, cultural and political process which aims at the constant improvement of the wellbeing of the entire population and of all individuals on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom². It further recognized that the human person is the central

¹ The Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights was adopted in 2008. It replaced the 1998 and 2003 Protocols and merged the African Court on Human and Peoples' Rights and the Court of Justice of the African Union.

² The Declaration on the Right to Development was adopted on 4th December, 1986, through UN Resolution No. UNGA & A/RES/41/128. It has only 10 Articles.

subject of the development process and that development policy should make the human being the main participant and beneficiary of development¹. Article 1(1) provides thus:

The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.

The whole of Articles 1 to 8 enumerates various dimension of the right to development and the degrees of responsibility of the individual, groups and the State towards the achievement of the right to development. Article 8(1) instructively provides that:

States should undertake, at the national level, all necessary measures for the realization of the right to development and shall ensure, inter alia, equality of opportunity for all in their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment and the fair distribution of income. Effective measures should be undertaken to ensure that women have an active role in the development process. Appropriate economic and social reforms should be carried out with a view to eradicating all social injustices.

In spite of the beautiful provisions of this declaration, it is clear that the rights contained therein are merely advisory, hortatory or inspirational. This view finds support in Article 10 which merely advises that steps should be taken to ensure the full exercise and progressive enhancement of the right to development, including the formulation, adoption and implementation of policy, legislative and other measures at the national and international levels. Aside of the general provision in Article 8(1) above, the declaration does not contain any specific implementation strategy neither does it contain any penalties for States that neglect or decline to implement its provisions. There is also nothing in the language of the declaration that creates any impression of mandatoriness. For these and other reasons, much of the hope that the declaration has raised concerning the economic right to development appears to fade away in practice. Notwithstanding these shortcomings, like the earlier Universal Declaration of Human Rights, the Declaration on the Right to Development has prepared a roadmap for nations and the international community alike to initiate binding legislative and other actions aimed at the realization of the right to development. It has also established standards of achievement and evaluation for nations, international as well as regional organizations and institutions to measure their progress in terms of human and economic development.

Recommendations. Admittedly, it is to the merit and credit of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights that its provisions are to be applied or implemented by States Parties progressively. This is a realistic approach as it takes into account the disparities in the economic, social and institutional advancement as well as the national endowments of the various nations who are

¹ This is also the major plank of Article 2(1) to the effect that the human person is the central subject of development and should be the active participant and beneficiary of the right to development.

States Parties. But this recognition is, again, potentially capable of pushing the argument into a slippery slope especially as in this case the instrument has not provided any measurable parameter on the level of economic maturity upon which the rights contained therein shall become mandatorily applicable. For the covenant to achieve its objectives there must be a standardized and verifiable criterion to measure the indices of economic maturity, progress and stability enough to require the mandatory implementation of the right guaranteed by the covenant. With regard to the reports submitted to the Secretary-General of the United Nations under Article 16, there is need to go beyond the mere recommendations of a general nature made by the Economic and Social Council. Both the Council and Committee created by the 2008 optional protocol should undertake fact-finding missions to verify and confirm the authenticity, or otherwise credibility, of the reports so submitted. And lastly, the optional protocol should be made applicable to all States Parties to the covenant. This is to enable the Committee work in synergy with the Council to secure a stronger impact in the monitoring and implementation of the covenant.

Furthermore, the mandate of the African Commission and that of the African Court of Justice and Human Rights must be strengthened to pay equal attention to economic and social rights as it does to civil and political rights. The African Charter rightly observed in its preamble that the States Parties are convinced that:

... it is henceforth essential to pay particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfaction of economic, social and cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights.

Both the African Commission and Court should act in tandem with the above observation. Again, African governments should cultivate the political will to impose effective sanctions under Article 46(5) in appropriate cases where a report of infringement has been brought by the Commission or the Court against an offending State Party.

Finally, the Declaration on the Right to Development should be formulated into an obligatory and binding international treaty. Its contents are a strong foundation for economic rights in international law and so if the groundswell for the international recognition of economic rights must have appropriate and relevant impact, concerted efforts must be made to clothe the declaration with a binding force. And the advice offered under Article 10 to the effect that steps should be taken to ensure the full exercise and progressive enhancement of the right to development through the formulation, adaptation of policy, legislative and other measures at the national and international levels must be urgently heeded.

Conclusion. Instruments on international economic rights exist both at the regional and international levels. The African Charter on Human and Peoples' Rights; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; and the Declaration on the Right to Development have all provided profusely for various classes of economic rights. But there are self-contradictions in the instruments that,

coupled with weak implementational strategies, have constituted a huge constraint to the attainment of their set objectives. For the African Charter, there is need to strengthen the mandates of the African Court and the African Commission to pay equal attention to economic rights as they do civil and political rights. And African governments should develop the requisite political will that can impose effective sanctions on renegeing and recalcitrant States Parties. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights needs to be domesticated for its provisions to be effectively implemented among other things. The Declaration on the Right to Development needs to be formulated into a binding and obligatory instrument incorporating a workable and functional implementational strategy. When all these have been put in place economic rights shall receive the kind of boost that would result in economic prosperity for individuals, groups, and nations alike.

Bibliography:

1. General Comment No. 3. (1990): Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Fifth Session, U.N DOC E/1991/23, E/C/12/1990/8, at 83 (1991).
2. Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 2008.
3. Umzurike, U.O. (2005). *Introduction to International Law*. Ibadan: Spectrum Books Ltd.
4. Vasak, K. (1979). "For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity" Inaugural Lecture 10th Study Session of the International Institute of Human Rights, Strasbourg.

Нвоча Маттгев Енія, доктор філософії, юридичний факультет, Ебонійський державний університет, Нігерія, м. Абакалікі.

e-mail : nwochaenyaeni@gmail.com

Обмеження і рішення у реалізації міжнародних економічних прав

Розглянуто проблеми реалізації економічних прав, що містяться в різних міжнародних економіко-правових документах. Наголошено, що інструменти реалізації міжнародних економічних прав існують як на регіональному, так і міжнародному рівнях, серед яких Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Декларація про право на розвиток, Африканська хартія прав людини і народів, які істотно вплинули на розвиток різних видів економічних прав на Африканському континенті. Окреслено певні суперечності, існуючі в цих документах, що поєднані зі слабкими стратегіями реалізації істотно обмежують можливість досягнення задекларованих у них цілей. Зроблено висновок, що країнам, організаціям і всьому міжнародному співтовариству необхідно приділяти однакову увагу як економічним, так і соціальним правам, оскільки в кінцевому підсумку вони враховують цивільні й політичні права, а права людини – нероздільні, взаємопов'язані й взаємозалежні. Таким чином мета статті – привернути увагу до існуючої реальності з метою підвищення якості та рівня життя людей, а також економічного процвітання і розвитку цілих народів. Визначено слабкі та неефективні механізми реалізації цих нормативних актів, надано рекомендації та поправки, а також запропоновано більш ефективні стратегії їх здійснення.

Ключові слова: економічні права; економічний розвиток; прогресивна реалізація; рекомендації загального характеру.

Надійшла до редколегії 19.03.2018 р.

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 141

Мови видання: українська, англійська, російська

Відповідальний за випуск проф. *А. П. Гетьман*

Редактор *П. М. Львова*
Коректор *Н. Г. Залюбовська*
Комп'ютерна верстка *А. Г. Якишина*

Підп. до друку 08.06.2018 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 19,35. Обл.-вид. арк. 18,6.
Тираж 300 прим. Зам. № 18-06/1. Ціна договірна.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Редакційно-видавничий відділ наукових видань
Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 412
тел. (057) 704-92-99, 704-89-16
e-mail: problzakon@ukr.net ; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Віддруковано у ТОВ «Оберіг»
61140, м. Харків, проспект Гагаріна, 62, к. 97.
Свідоцтво про реєстрацію видавничої діяльності ДК № 3045 від 07.12.2007 р.