

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 144

**Харків
2019**

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 22.02.2019 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. *К. В. Гусаров* (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. *Ю. Г. Барабаш*; д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Битяк*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Комаров*; д-р юрид. наук, проф. *О. О. Гріненко*; д-р юрид. наук, проф. *М. І. Іншин*; канд. юрид. наук, доц. *А. М. Ісаєв*; д-р юрид. наук, проф. *Я. В. Лазур*; канд. юрид. наук, доц. *Л. В. Лейба*; д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Настюк*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Ортинський*; д-р юрид. наук, доц. *І. А. Тітко*; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Шевчук*; д-р юрид. наук, проф. *І. В. Яковюк*; д-р юрид. наук, проф. *О. М. Ярошенко*.

Іноземні члени редакційної колегії: д-р юрид. наук, проф. *С. О. Балашенко* (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, 2019. – Вип. 144. – 200 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 проводить 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 IIP, 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, 22.02.2019.

Editorial team: *Vasyl Tatsii* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Anatolii Getman* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Kostiantyn Gusarov* – Executive Editor, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – Dr. of Law, Prof.; *Viacheslav Komarov* – PhD in Law, Prof.; *Olena Hrinenko* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Inshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Arsen Isaiev* – PhD in Law, Associate Prof.; *Yaroslav Lazur* – Dr. of Law, Prof.; *Liudmyla Leiba* – PhD in Law, Associate Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Ortynskyi* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Titko* – Dr. of Law, Associate Prof.; *Viktor Shevchuk* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Yakoviuk* – Dr. of Law, Prof.; *Oleh Yaroshenko* – 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); *Łukasz 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 Matiuliene* – 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, 2019. – Issue 144. – 200 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 copy 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 Scopos 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 22.02.2019 г.

Редакционная коллегия: д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Тацкий* (отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. *А. П. Гетьман* (зам. отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. *К. В. Гусаров* (отв. секретарь); д-р юрид. наук, проф. *Ю. Г. Барабаш*; д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Битяк*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Комаров*; д-р юрид. наук, проф. *Е. А. Гриненко*; д-р юрид. наук, проф. *Н. И. Иншин*; канд. юрид. наук, доц. *А. Н. Исаев*; д-р юрид. наук, проф. *Я. В. Лазур*; канд. юрид. наук, доц. *Л. В. Лейба*; д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Настюк*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Ортинский*; д-р юрид. наук, доц. *И. А. Титко*; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Шевчук*; д-р юрид. наук, проф. *И. В. Яковюк*; д-р юрид. наук, проф. *О. Н. Ярошенко*.

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. Грущинский* (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. Тацкий. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2019. – Вып. 144. – 200 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 Copernicus 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>Козаченко А. І.</i> Принцип поділу державної влади за Конституцією Пилипа Орлика 1710 року та Польською Конституцією 1791 року.....	8
--	---

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Карнаух Б. П.</i> Іноземна валюта в позиковому зобов'язанні.....	18
<i>Серветник А. Г.</i> Окремі питання судової практики визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню.....	33

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

<i>Малолітнева В. К., Ліллемяе О. Е.</i> Горизонтальні цілі у публічних закупівлях як додаткова підстава для оцінки на відповідність правилам державної допомоги.....	45
<i>Косінова К. С.</i> Правові форми аутсорсингових відносин: корпоративний аспект.....	60

ТРУДОВЕ ПРАВО

<i>Ярошенко О. М.</i> Необгрунтована відмова у прийнятті на роботу: поняття, сутність, правові наслідки.....	71
<i>Ітшин М. І., Базрій В. А.</i> Проблеми реалізації принципу законності у трудових правовідносинах.....	81

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

<i>Лісова Т. В.</i> До питання про суб'єктів правовідносин щодо відновлення земель як складової предмета земельного права.....	93
<i>Шарапова С. В.</i> Правові аспекти невиснажливого використання земель.....	100

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>Бойко І. В.</i> До питання про виконання судових рішень в адміністративних справах.....	109
<i>Пурайте А., Сілінску Н.</i> Прилади, що фіксують зображення: загроза чи благо? (англійською мовою).....	120

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Радутний О. Е.</i> Адаптація кримінального та цивільного права у зв'язку з досягненнями науково-технічного прогресу (штучний інтелект, DAO та цифрова людина) (англійською мовою).....	138
<i>Філіптов С. О.</i> Віктимологічні аспекти запобігання домашньому насильству.....	153
<i>Нугрохо Хибну.</i> Превентивна модель заохочення працівників окружних судів в Індонезії (англійською мовою).....	162

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Капліна О. В.</i> Проблеми визначення та розподілу процесуальних витрат у кримінальному провадженні.....	170
---	-----

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Нвоча Метью Енья.</i> Забезпечення дотримання міжнародних договорів з прав людини в нігерійських судах: нові можливості для інтернаціоналізації (англійською мовою).....	179
<i>Планциус Іспанциус.</i> Зобов'язання уряду Індонезії щодо надання колишнім учасникам війни за звільнення південної провінції Східного Тимору Нуса Тенгара статусу борців за права людини (англійською мовою).....	190

РЕЦЕНЗІЇ

<i>Єрмолаєв В. М.</i> Нове актуальне дослідження права Київської Русі.....	196
--	-----

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Kozachenko A. I.</i> Principle of Separation of State Power under Constitution of Pylyp Orlyk of 1710 and Polish Constitution of 1791	8
--	---

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Karnaugh B. P.</i> Foreign currency in loan obligation	18
<i>Servetnik A. G.</i> Special questions of judiciary practice to recognize notarius executive notes unlesable....	33

ECONOMIC LAW

<i>Malolitneva V. K., Lillemiae O. E.</i> Horizontal aims in public procurements as an additional reason for assessment of conformity with state aid rules	45
<i>Kosinova K. S.</i> Legal forms of outsourcing relationships: the corporate aspect	60

LABOR LAW

<i>Yaroshenko O. M.</i> Groundless refusal to employment:concept, essence, legal consequences	71
<i>Inshyn M. I., Bagriy V. A.</i> Problems of realization of the principle of legality in labor relations	81

LAND LAW

<i>Lisova T. V.</i> To the issue of the subjects of the legal relations for restoration of land as a constituent of the subject of land law	93
<i>Sharapova S. V.</i> Legal aspects of non-exhaustive use of land.....	100

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE

<i>Boyko I. V.</i> On the issue of enforcement of court decisions in administrative cases	109
<i>Pūraite A., Šilinskė N.</i> Image capturing devices: threat or good?.....	120

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>Radutniy O. E.</i> Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (artificial intelligence, dao and digital human)	138
<i>Filippov S. O.</i> Victimological aspects of domestic violence prevention	153
<i>Nugroho Hibnu.</i> Gratification preventive model for law enforcers in district courts of Indonesia	162

CRIMINAL PROCEDURE

<i>Kaplina O. V.</i> Problems of determination and distribution of procedural costs in criminal proceedings ...	170
---	-----

INTERNATIONAL LAW

<i>Nwocha Matthew Enya.</i> Enforcing international human rights treaties in Nigerian courts: new frontiers for internationalization.....	179
<i>Plancius Isplancius.</i> Indonesian government responsibilities against the status of former East Timor independence fighters at East Nusa Tenggara in human rights perspective	190

REVIEWS

<i>Yermolaiev V. M.</i> New actual research of the law of Kievan Rus'	196
---	-----

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Козаченко А. И.</i> Принцип разделения государственной власти в Конституции Пилипа Орлика 1710 года и Польской Конституции 1791 года.....	8
--	---

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Карнаух Б. П.</i> Иностранная валюта в заемном обязательстве.....	18
<i>Серветник А. Г.</i> Отдельные вопросы судебной практики о признании исполнительной надписи нотариуса не подлежащей исполнению.....	33

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

<i>Малолетнева В. К., Лиллемяэ Е. Э.</i> Горизонтальные цели в публичных закупках как дополнительное основание для оценки на соответствие правилам государственной помощи.....	45
<i>Косинова Е. С.</i> Правовые формы аутсорсинговых отношений: корпоративный аспект.....	60

ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Ярошенко О. Н.</i> Необоснованный отказ в приеме на работу: понятие, сущность, правовые последствия.....	71
<i>Инишин Н. И., Багрий В. А.</i> Проблемы реализации законности в трудовых правоотношениях.....	81

ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Лисовая Т. В.</i> К вопросу о субъектах правоотношений в сфере восстановления земель как составляющей предмета земельного права.....	93
<i>Шарапова С. В.</i> Правовые аспекты неистощительного использования земель.....	100

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Бойко И. В.</i> К вопросу об исполнении судебных решений по административным делам.....	109
<i>Пурайте А., Силинску Н.</i> Приборы, фиксирующие изображения: угроза или благо? (на английском языке).....	120

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

<i>Радутный А. Э.</i> Адаптация уголовного и гражданского права в связи с достижениями научно-технического прогресса (искусственный интеллект, DAO и цифровой человек) (на английском языке).....	138
<i>Филиттов С. А.</i> Виктимологические аспекты предупреждения домашнего насилия.....	153
<i>Нугрохо Хибну.</i> Превентивная модель поощрения работников окружных судов в Индонезии (на английском языке).....	162

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Каплина О. В.</i> Проблемы определения и распределения процессуальных издержек в уголовном производстве.....	170
---	-----

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Нвоча Мэтью Энья.</i> Обеспечение соблюдения международных договоров по правам человека в нигерийских судах: новые возможности для интернационализации (на английском языке).....	179
<i>Планциус Испланциус.</i> Ответственность правительства Индонезии за предоставление бывшим борцам за освобождение южной провинции Восточного Тимора Нуса Тенгара статуса борцов за права человека (на английском языке).....	190

РЕЦЕНЗИИ

<i>Ермолаев В. Н.</i> Новое актуальное исследование права Киевской Руси.....	196
--	-----

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Козаченко Анатолій Іванович,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теоретико-правових дисциплін,
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Полтава
e-mail: a.i.kozachenko@ukr.net
ORCID 0000-0002-4568-7964

doi: 10.21564/2414–990x.144.154647

УДК 340.15

ПРИНЦИП ПОДІЛУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ЗА КОНСТИТУЦІЄЮ ПИЛИПА ОРЛИКА 1710 РОКУ ТА ПОЛЬСЬКОЮ КОНСТИТУЦІЄЮ 1791 РОКУ

Проведено аналіз компетенції вищих органів державної влади за Конституцією Пилипа Орлика 1710 р. та Конституцією Польщі 1791 р. щодо застосування принципу поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. Принцип поділу державної влади запроваджено у цих конституціях спираючись на власний державно-правовий досвід та ідеї західноєвропейської політико-правової думки періоду просвітництва. Метою конституювання поділу державної влади в українській та польській конституціях XVIII ст. було удосконалення державного механізму та запобігання можливості узурпації влади всередині країни.

Ключові слова: Конституція Пилипа Орлика; орган державної влади; поділ влади; законодавча влада; виконавча влада; судова влада.

Козаченко А. И., доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теоретико-правовых дисциплин, Полтавский юридический институт Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Полтава.

e-mail : a.i.kozachenko@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4568-7964

Принцип разделения государственной власти в Конституции Пилипа Орлика 1710 года и Польской Конституции 1791 года

Проведен анализ компетенции высших органов государственной власти предусмотренных Конституцией Пилипа Орлика 1710 г. и Конституцией Польши 1791 г. относительно использования принципа деления государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Принцип деления государственной власти установлен в этих конституциях опираясь на соб-

ственный государственно-правовой опыт и идеи западноевропейской политико-правовой мысли периода просветительства. Целью конституирования деления государственной власти в украинской и польской конституциях XVIII в. было усовершенствование государственного механизма и предотвратить возможность узурпирования власти внутри страны.

Ключевые слова: Конституция Пилипа Орлика; орган государственной власти; разделение властей; законодательная власть; исполнительная власть; судебная власть.

Постановка проблеми. Дослідження історії виникнення, становлення і розвитку вітчизняного конституціоналізму є новим напрямком історико-правової науки. Як відомо на кінець XVIII ст. припадає початок практичного використання принципу поділу державної влади на три гілки у Конституції США 1787 р. та Конституції Франції 1791 р. Але вперше втілити у конституційну практику принцип розподілу державної влади намагалися розробники Конституції Пилипа Орлика 1710 р. А ухвалена 1791 р. Польська Конституція стала першою у Європі конституцією, що за своєю структурою спиралася на принцип поділу влади.

Актуальність теми дослідження зумовлюється необхідністю вивчення витоків вітчизняного конституціоналізму. Запровадження принципу поділу державної влади на три гілки у Конституції Пилипа Орлика 1710 р. і Конституції Польщі 1791 р. слід розглядати у контексті намагання України та Польщі підвищити ефективність державної влади у найкритичніші періоди своєї історії з метою збереження власної державності. Проблема удосконалення механізму державної влади за умов зовнішніх загроз залишається для України актуальною і у наш час.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження історії вітчизняного конституціоналізму є тим напрямом історико-правової науки, що набув розвитку у пострадянський період. Лише на початку XXI ст. з'явилися перші праці українських науковців, предметом дослідження яких стала Конституція Польщі 1791 р. та порівняльний аналіз української і польської конституцій XVIII ст. – Конституції Пилипа Орлика 1710 р. і Конституції Польщі 1791 р. Історико-правові дослідження зазначених проблем проводили В. Д. Гончаренко (V. D. Honcharenko), О. В. Зінченко (O. V. Zinchenko), В. С. Журавський (V. S. Zhuravskiy), В. М. Єрмолаєв (V. M. Yermolaiev), С. Г. Кресін (S. H. Kresin), О. М. Мироненко (O. M. Myronenko), В. О. Рум'янцеv (V. O. Rum'iantsev), М. М. Страхов (M. M. Strakhov), Б. Й. Тищик (B. Y. Tyshchuk), С. В. Шевчук (S. V. Shevchuk). Конституцію Польщі 1791 р. досліджували польські науковці Ю. Бардах (Yu. Bardakh), Б. Леснодарський (B. Lesnodarskiy), Є. Ковальські (Ye. Kovalski), А. Коробович (A. Korobovych), М. Пістрчак (M. Pistrchak) та ін.

Метою статті є порівняльно-правовий аналіз розвитку конституційної думки про поділ влади на три гілки впродовж XVIII ст., теорія та практика втілення цих ідей в українській Конституції 1710 р. та польській Конституції 1791 р.

Виклад основного матеріалу. Конституційна теорія та практика сучасних демократичних країн спирається на поділ державної влади на три гілки –

класичну тріаду законодавчої, виконавчої і судової влади. Розподіл державної влади це той механізм, що неуможливорює узурпацію влади окремою посадовою особою, політичною партією або органом держави. Водночас теорія народного суверенітету передбачає єдність влади, адже народ визнається єдиним джерелом державної влади. Поділ влади доповнюється системою стримувань і протигаг. Механізм взаємних стримувань і протигаг між органами законодавчої і виконавчої влади забезпечує їх співробітництво як гілок єдиної державної влади.

Ідея поділу державної влади належить давньогрецькому мислителю Аристотелю. Теоретичне обґрунтування ідеї поділу влади на три гілки здійснив Джон Локк (1632–1704 рр.). Класичного завершення вона набула у XVIII ст. у працях Шарля Луї Монтеск'є, Іммануїла Канта, Бенжамена Константа, Олександра Гамільтона, Джеймса Медісона. Як відомо, вперше принцип поділу державної влади був реалізований у Конституції США 1787 р. Однак перші спроби конституційного закріплення розподілу влади на три гілки були здійснені у процесі становлення українського та польського конституціоналізму у XVIII ст.

У середині XVI ст. український священник-гуманіст Станіслав Оріховський, спираючись на вчення Аристотеля, обґрунтував ідею природного права та поділу влади [1, с. 167]. Наприкінці XVI ст. та у XVII ст. ідеї суспільного договору, природних прав та обмеження влади набули розвитку у працях українських філософів, просвітителів та релігійних полемістів Йосипа Верещинського, Івана Вишенського, Христофора Філарета, Теодосія Сафоновича [1, с. 168–171].

Як стверджує В. М. Матях, політико-правові погляди Пилипа Орлика формувалися під впливом викладача Києво-Могилянської академії Стефана Яворського, котрий отримав блискучу освіту в колегіумах Львова, Любліна, Познані та Віленській академії [2, с. 119]. О. В. Кресін, серед джерел Конституції Пилипа Орлика 1710 р. називає Зборівську угоду 1649 р. і Переяславську угоду 1654 р., західноєвропейську політико-правову думку, тогочасну українську політико-правову думку, – конституційні акти Речі Посполитої, що уклалися між королем і сенатом, після виборів короля [3, с. 195].

Визначальними факторами, що спонукали творців Конституції Пилипа Орлика 1710 р. на запровадження принципу поділу державної влади, щонайперше було намагання підвищити ефективність державного механізму для відновлення державного суверенітету України та боротьби проти російської агресії. У справі конституювання принципу поділу влади не варто применшувати роль соратників Пилипа Орлика – козацьких старшин А. Войнаровського, К. Гордієнка, І. Ломиковського, Ф. Мировича, І. Максимовича та інших [3, с. 193]. Вони виходили з того, що конституція – це угода між гетьманом і козацькою старшиною, котра повинна передбачати обмеження влади гетьмана. Так, ст. VI Конституції Пилипа Орлика 1710 р. обґрунтовувала необхідність обмеження влади Гетьмана тим, що у другій половині XVII ст. «деякі Гетьмани Війська Запорозького узурпували владу, порушували всіляке природне право й рівність» [4, с. 18]. Окрім цього розробники Конституції Пилипа Орлика 1710 р.

враховували позитивний досвід обмеження королівської влади у Польщі та його антипод – абсолютизм Московського царства.

Вагомим учасником конституційного процесу, що вплинув на закріплення принципів обмеження влади, стало запорозьке козацтво на чолі із кошовим отаманом К. Гордієнком. Запорожці прагнули поширити демократичні принципи військового самоврядування Запорозької Січі на всю Україну. Як стверджує Д. І. Яворницький, у Конституції Пилипа Орлика 1710 р. було реалізовано «ідеал политических стремлений, который передовые люди из запорожского войска хотели видеть осуществленным в Малороссии и заодно с ней в Запорожьи» [5, с. 347].

У тексті Конституції Пилипа Орлика 1710 р. (Пакти і конституції прав і свобод Війська Запорозького) відсутня норма, яка б прямо закріплювала поділ державної влади на законодавчу, виконавчу та судову. Проте аналіз тексту Конституції, як вважають дослідники, дає підстави стверджувати, що поділ влади було покладено в основу організації державної влади [6, с. 6]. Вищі органи державної влади закріплено у статтях VI–IX Конституції Пилипа Орлика 1710 р. До них належали Генеральна рада, Гетьман та Генеральні старшини і Генеральний Суд.

Генеральна рада – орган законодавчої влади. Конституція прямо не вказує на формування Генеральної ради шляхом виборів. За ст. VI участь у роботі Генеральної ради була обов'язком для полковників, сотників та генеральних радників – виборних представників від полків, а також представників від Запорозької Січі [4, с. 19]. Генеральна рада скликала за рішенням Гетьмана тричі на рік на Різдво, Великдень і Покрову, як це передбачало козацьке звичаєве право Запорозької Січі. Конституційне закріплення термінів скликання Генеральної ради мало за мету обмеження влади Гетьмана і зумовлювалося тим, що наприкінці XVII – початку XVIII ст. гетьмани І. Самойлович та І. Мазепа фактично відмовилися від скликання Генеральної ради. У Конституції Пилипа Орлика 1710 р. відсутня норма, згідно з якою Генеральна рада мала право обирати Гетьмана та звільняти його із займаної посади, що пояснюється усталеною практикою на підставі козацького звичаєвого права таких повноважень у Генеральної ради. За ст. VI Конституції Пилипа Орлика 1710 р. Генеральна рада могла вимагати від Гетьмана «звіту щодо порушення законів і вольностей батьківщини» [4, с. 20].

Таким чином, Генеральну раду не варто вважати органом парламентського типу, адже за механізмом формування, складом та порядком функціонування вона мала ознаки станово-представницького органу. Але Генеральна рада була наділена функціями і повноваженнями, що характерні для парламенту.

Виконавча влада за Конституцією Пилипа Орлика 1710 р. належала Раді генеральних старшин та Гетьману. Рада генеральних старшин мала виконувати функції уряду – вищого органу виконавчої влади. Без погодження із Радою генеральних старшин Гетьман не мав права ухвалювати управлінські рішення. Як зазначено у ст. VI, «щоб у нашій батьківщині першість належала Генеральній старшині» [4, с. 18]. Найбільше уваги конституція приділяє врегулюванню

статусу Гетьмана – глави держави. У ст. VI передбачено, що Гетьман «наділяється певною свободою і впливом» [4, с. 19]. Стаття X зазначає, що Гетьману «належить керувати й наглядати за порядком щодо всього Війська Запорозького» [4, с. 22]. Гетьман зберігав за собою повноваження командувача козацького війська. Військову та адміністративну владу Гетьман здійснював через козацьких старшин – полковників, сотників, отаманів та інших урядників, які повинні були «вірно служити» йому. Конституція Пилипа Орлика 1710 р. у ст. X заборонила Гетьманові призначати на посади козацьких старшин, але він мав право затверджувати старшин, обраних козацькими радами [4, с. 23]. Запровадження інституту Генерального скарбника передбачало обмеження фінансових повноважень Гетьмана та здійснення контролю за використанням державної власності і бюджету [4, с. 21].

Судову владу Конституція Пилипа Орлика 1710 р. врегульовувала лише у загальних рисах. Згідно зі ст. VII Конституції Пилипа Орлика 1710 р. Гетьман втрачав право здійснювати судочинство. Судова влада належить Генеральному суду, який мав діяти незалежно від Гетьмана [4, с. 20]. Як зазначає Р. Б. Бедрій, «Генеральний суд мав розглядати справи за скаргами на гетьмана, генеральну старшину, полковників, генеральних радників, знатних товаришів чи інших урядовців» [7, с. 4]. Такі норми конституції варто кваліфікувати як запровадження принципу незалежності судової гілки влади.

Конституція Пилипа Орлика 1710 р. містить низку положень, що забезпечують систему стримувань і противаг між органами законодавчої і виконавчої влади. Так, за ст. VI генеральні старшини, полковники і генеральні радники повинні були скласти присягу на вірність Гетьману. Але якщо у діях Гетьмана буде помічено «таке, що відхиляється від законів або завдає шкоди вольностям і небезпечне для батьківщини», вони мали право на Генеральній Раді вимагати «звіту щодо порушення законів і вольностей батьківщини» [4, с. 20]. Діяльність Гетьмана та його повноваження обмежувалися виборними, колегіальними органами – Генеральною радою і Радою генеральних старшин.

Травнева Конституція Польщі 1791 р., що мала назву «Закон про управління» (*Ustawa Rządowa*), – результат кодифікації конституційних законів Польщі другої половини XVI–XVIII ст. Польський сейм ухвалив Конституцію за умов гострої політичної боротьби між прихильниками та противниками державно-правової реформи, яка мала усунути недоліки в організації державної влади. Такими найсуттєвішими недоліками вважалися нерегульований механізм формування влади короля та принцип «*liberum veto*» у Сенаті. Удосконалення державної влади шляхом прийняття конституції мало за мету посилити Польську державу за умов загрози агресії з боку Австрійської імперії, Російської імперії та Пруссії.

Важливим джерелом польської Конституції 1791 р. стала теорія і практика конституціоналізму США. Конституція Польщі 1791 р. розроблялася під впливом ідей французької революції, зокрема Декларації прав людини і громадянина 1789 р. Спираючись на теорію суверенітету народу Ж. Ж. Руссо, дже-

релом влади Конституція Польщі 1791 р. проголошувала народ – «вся влада у людському суспільстві витікає з волі народу» [8, с. 110]. Водночас Конституція Польщі 1791 р. зберегла монархічну форму правління та становий поділ суспільства на шляхту, міщан і селян. Конституція Польщі 1791 р. у частині врегулювання державної влади побудована згідно з принципом поділу влади на три гілки. Джерелами травневої Конституції Польщі щодо поділу влади стали польські національні ідеї обмеження державної влади та західно-європейська політико-правова думка, зокрема ідеї Джона Локка і Шарля Луї Монтеск'є.

Згідно зі ст. VI законодавча влада надавалася двопалатному станово-представницькому органу – Сеймові [9, с. 98–101]. Конституція значною мірою спиралася на державно-правовий досвід функціонування Сейму впродовж XVII–XVIII ст. Він складався із двох палат – посольської ізби та сенату. Верхня палата – Посольська ізба – складалася із 204 послів, яких обирали місцеві сеймики, та 24 представників обраних від міст. Нижня палата – Сенат формувалася королем у складі 132 осіб з числа вищих урядовців та єпископів. Як зазначає Е. Ковальські, прогресивною новелою травневої Конституції стало те, що депутат Сейму визнавав представником народу, а не лише шляхти [10, с. 9]. Депутати сейму виконували свої функції впродовж двох років і не мали права перебувати у складі органів виконавчої влади.

Законодавчу діяльність Сейму Конституція Польщі 1791 р. розмежовує на дві частини. До першої належать «права конституційні, цивільні, кримінальні і стосовно встановлення вічних податків» [9, с. 99]. Законопроекти готувалися від імені короля і надходили на розгляд посольської ізби. Після схвалення посольською ізбою законопроект надходив на розгляд сенату. За умови якщо Сенат відхиляв законопроект, він повертався на повторний розгляд до посольської ізби. За умови повторного схвалення законопроекту він набував чинності. До другої частини законодавчої діяльності Сейму конституція відносила справи війни і миру, державного бюджету та грошової емісії, ратифікації та денонсації міжнародних угод, тимчасових податків, державних нагород і шляхетських титулів та інше [9, с. 99]. Важливою новелою конституції слід вважати ліквідацію інституту «*liberum veto*», який починаючи із XVII ст. зводив нанівець законодавчу діяльність сейму, та запровадження механізму ухвалення рішень більшістю голосів [9, с. 101].

У статті VII «Король, влада виконавча» Конституція Польщі 1791 р. врегульовувала інститут монарха і уряду [9, с. 102–108]. З огляду на негативні наслідки для польської державності інституту виборної монархії, конституція детально врегульовувала механізм успадкування трону в межах легітимної правлячої династії, яку започатковано Фредериком Августом. Статті IX і X Конституції були присвячені питанням регентства та виховання королівських дітей. Особа короля проголошувалася «священною і недоторканною» [9, с. 110–111]. Під час коронації король присягав перед Богом і народом та брав зобов'язання зберігати конституцію. Відповідно до ст. VII Конституції польський король отримував обмежені повноваження. Він «не повинен бути самодержцем,

а головою і батьком народів» [8, с. 113]. Король очолював уряд, який отримав назву Сторожа законів. Він вносив на затвердження Сейму кандидатури членів уряду – вотум довіри уряду. Сеймові належало право 2/3 голосів обох палат відправити уряд у відставку. Під час ухвалення постанов уряду голос короля був визначальним. Тому урядові акти ухвалювалися від імені короля і ним підписувалися. Водночас постанову уряду підписував і відповідний міністр (принцип конрасигнатури), який брав на себе відповідальність за виконання ухваленого рішення і звільняв від відповідальності короля (король не несе відповідальності за діяльність уряду) [10, с. 10]. Але король не мав права самостійно управляти країною. Він повинен діяти у межах конституції і не мав права законодавчої ініціативи [10, с. 9]. Уряд здійснював нагляд за виконанням законів, йому підпорядковувалися всі магістратури – вищі та місцеві органи влади і місцевого самоврядування. Однак уряд не мав права тлумачити закони, встановлювати податки, брати державні позики, вирішувати питання війни і миру, укладати міжнародні угоди. Конституція Польщі 1791 р. запровадила принцип відповідальності уряду перед парламентом та парламентський вотум недовіри міністрам, що тягнуло за собою відкликання їх із займаних посад.

Судову владу закріплювала ст. VIII Конституції Польщі 1791 р. [9, с. 108–110]. Органи судової влади мали діяти незалежно від законодавчої та виконавчої влади. Суди воєводств, земель, повітів і міст повинні були формуватися шляхом виборів місцевими сеймиками та органами міського самоврядування. Статус найвищого суду отримував сеймовий суд, який обирався під час відкриття роботи кожної нової сесії сейму.

Висновки. Конституція Пилипа Орлика 1710 р. стала першою спробою у практиці європейського конституціоналізму ухвалення такої конституції, яка б передбачала поділ державної влади на три гілки законодавчу, виконавчу і судову та систему стримувань і противаг. Метою запровадження такого механізму державної влади було намагання козацької старшини посилити ефективність державної влади та не допустити узурпацію влади як гетьманом, так і окремими угрупованнями козацьких старшин. З огляду на сучасну конституційну практику реалізації поділу державної влади на три гілки та системи стримувань і противаг Конституція Пилипа Орлика 1710 р., безперечно, мала низку вад. Так, зокрема, Гетьман одночасно очолює органи законодавчої і виконавчої влади. Генеральні старшини, полковники, сотники – гетьманські урядовці є членами Генеральної Ради. Тому, Конституцію Пилипа Орлика 1710 р. слід вважати ранньою спробою встановлення конституційного державного ладу, що спирався на принцип поділу влади на три гілки у період європейського просвітництва.

Конституція Польщі 1791 р. передбачала встановлення парламентської монархії, адже король лише формально мав статус глави уряду, але не отримав реальних повноважень у галузі виконавчої влади. Водночас відбулося конституційне зміцнення інституту спадкової монархії як гаранта наступності та безперервності польської державності. Ієрархічна модель державної влади

за Конституцією Польщі 1791 р. мала наступний вигляд: сильний парламент і слабкий уряд.

Конституція Польщі 1791 р. ґрунтувалася на ідеї верховенства влади народу, який є єдиним джерелом влади та ідеї розподілу державної влади на три гілки: законодавчу, виконавчу і судову. Органи законодавчої влади – Сейм, виконавчої – король і уряд, судової влади – місцеві та вищі суди – є автономними по відношенню один до одного. Жоден із органів державної влади не міг привласнити повноваження іншого органу. Механізм системи стримувань і протипаг діяв завдяки парламентському бікамералізму, формуванню уряду королем і сеймом, участі короля у діяльності уряду, депутати Сейму не мали права займати посади у органах виконавчої влади, різних термінів повноважень органів законодавчої, виконавчої та судової влади. Такий механізм мав за мету не допустити узурпацію влади окремим органом чи особою і, що найважливіше, підвищити ефективність державного механізму з метою виведення країни із політичної кризи та зміцнення польської державності.

Однак слід зауважити, що передбачений Конституцією Польщі 1791 р. державний механізм мав низку вад. Так, механізм системи стримувань і протипаг не міг ефективно діяти за умов, коли Сейм мав суттєві переваги над королем і урядом, що суперечить принципу рівності органів законодавчої та виконавчої влади. Надавши обмежені повноваження уряду, конституція знижувала можливість оперативного ухвалення рішень урядом, що у свою чергу негативно впливало на ефективність діяльності уряду загалом. Сеймовий суд не міг бути незалежним від законодавчої влади і виконувати функцію арбітра між Сеймом і урядом за умови, якщо він обирався під час відкриття роботи кожної нової сесії сейму.

Конституції Пилипа Орлика 1710 р. і Конституції Польщі 1791 р. передбачали запровадження принципу поділу державної влади на три гілки, спираючись на власний державно-правовий досвід та ідеї західноєвропейської політико-правової думки періоду просвітництва. Конституювання поділу державної влади мало забезпечити удосконалення державного механізму, запобігти можливості узурпації влади всередині країни, що сприяло б збереженню національної державності.

Список літератури:

1. Мірошніченко М. І., Мірошніченко В. І. Історія вчень про державу і право : навч. посіб. Київ : Атіка, 2001. 224 с.
2. Матях В. М. Гетьман в еміграції Пилип Орлик: історико-історіографічний портрет політика. *Український історичний журнал*. 2011. № 4. С. 116–131.
3. Кресін О. В. Пакти й конституції законів і вольностей Запорозького Війська 1710 р. *Український історичний журнал*. 2005. Вип. 2. С. 192–204.
4. Історія конституційного законодавства України : зб. док. / упоряд. В. Д. Гончаренко. Харків : Право, 2007. 256 с.
5. Яворницький Д. І. Історія запорозьких козаків : у 3 т. / редкол. П. С. Сохань та ін. Т. 3. Київ : Наук. думка, 1991. 560 с.

6. Тодика Ю. М. Політико-правове значення Конституції Пилипа Орлика для розвитку українського конституціоналізму. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2006. Вип. 11. С. 3–9.
7. Бедрій Р. Б. Розподіл влад за Конституцією Пилипа Орлика. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2008. Вип. 3. С. 1–6.
8. Тищик Б. Й. До питання про розробку, прийняття та суть першої конституції Польщі від 3 травня 1791 року. *Вісник Львівського університету*. 2006. № 42. С. 103–115.
9. Konstytucja 3 maja 1791. Statut zgromadzenia przyjaciol Konstytucji / Opracował Jerzy Kowceki. Warszawa : Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1991. 147 p.
10. Ковальски Е. С. Зарождение европейского и польского конституционализма в XVIII веке. *Всероссийский научно-практический журнал «Юстиция»*. 2016. № 1. С. 1–12.

References:

1. Miroschnichenko, M.I., Miroschnichenko, V.I. (2001). *Istoria vchen pro derzhavu i pravo*. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
2. Matiah, V.M. (2011). Getman v emigracij Pylyp Orlyk: istoryko-istoriografichnyj portret polityka. *Ukrainskij istorichnyj zhurnal – Ukrainian historical journal*, 4, 116–131 [in Ukrainian].
3. Kresin, O.V. (2005). Pakty j konstytucij zakoniv i volnostej Zaporozkogo Vijska 1710 r. *Ukrainskij istorichnyj zhurnal – Ukrainian historical journal*, 2, 192–204 [in Ukrainian].
4. *Istoria konstytucijnogo zakonodavstva Ukrajinj: zb. dok.* V.D. Goncharenko (Ed.). (2007). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Javornyckyj, D.I. (1991). *Istoria zaporozkikh kozakiv*. P.S. Sohan (Ed.). (Vols. 1–3); Vol. 3. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].
6. Todyka, U.M. (2006). Polityko-pravove znachenia Konstytucij Pylypa Orlyka dla rozvytku ukrajnskogo konstytucjonalizmu. *Derzhavne budivnytvo ta misceve samovraduvannia – State building and local self-government, issue 11*, 3–9 [in Ukrainian].
7. Bedrij, R.B. (2008). Rozpodil vlad za Konstytucieju Pylypa Orlyka. *Naukovyj visnyk Lvivskogo derzhavnogo universytetu vnutrishnih sprav – Scientific announcer of the Lviv state university of internal affairs, issue 3*, 1–6 [in Ukrainian].
8. Tyszhyk, B.J. (2006). Do pytania pro rozrobku, pryjniattia ta sut pershoj konstytucij Polzhi vid 3 travnia 1791 roku. *Visnyk Lvivskogo universytetu – Announcer of the Lviv university*, 42, 103–115 [in Ukrainian].
9. Konstytucja 3 maja 1791. (1991). Statut zgromadzenia przyjaciol Konstytucji. Opracował Jerzy Kowceki. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe [in Poland].
10. Kovalski, E.S. (2016). Zapozhdenie evropejskogo i polskogo konstytucjonalizma v XVIII veke. *Vserossijskij nauchno-prakticheskij zhurnal «Usticia» – An all-russian research and practice journal is «Justice»*, 1, 1–12 [in Russian].

Kozachenko A. I., Doctor of Law, Assistant Professor, Head of the Department of Theoretical Legal Subjects, Poltava Law Institute of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Poltava. e-mail : a.i.kozachenko@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4568-7964

Principle of Separation of State Power under Constitution of Pylyp Orlyk of 1710 and Polish Constitution of 1791

The article analyzes the supreme bodies of state power under the Constitution of Pylyp Orlyk of 1710 and the Constitution of Poland of 1791 concerning the application of the principle of separation of state power into legislative, executive and judicial braches. The principle of separation of state power was introduced in these constitutions which were based on the own state and legal experience and ideas of the Western European political and legal thought of the Age of Enlightenment. In practice of the European constitutionalism, the Constitution of Pylyp Orlik of 1710 was the first attempt to adopt a constitution providing separation of state power into three branches (legislative, executive and judicial) as well as

a system of checks and balances. Introducing the state power mechanism was aimed at the attempts of Cossack officers to increase the efficiency of state power and prevent usurpation of power by both a hetman and particular groups of Cossack officers.

The Polish Constitution of 1791 was based on the idea of rule of the people, which is the only source of power, and the idea of separation of state power into three branches: legislative, executive and judicial. The legislature – the Seim, the executive power – the King and Government and the judiciary – local and higher courts are autonomous towards each other. None of the public powers could assign another body's authorities. The mechanism of the system of checks and balances operated through parliamentary bicameralism, the Government formation by the King and Seim, participation of the King in the Government, the Seim deputies did not have the right to hold positions in executive bodies, different terms of authorities of the legislative, executive and judicial bodies. Such a mechanism was intended to prevent the usurpation of power by a single body or person and, most importantly, to improve the effectiveness of the state mechanism in order to withdraw the country from the political crisis and strengthen the Polish statehood.

Constituting the separation of state power in the Ukrainian and Polish Constitutions of the eighteenth century was aimed at improving the state mechanism, preventing the possibility of usurpation of power within the country, increasing the effectiveness of the state mechanism in order to withdraw the country from the political crisis.

Keywords: Constitution of Pylyp Orlyk; government body; separation of powers; legislature; executive power; judiciary.

Рекомендоване цитування: Козаченко А. І. Принцип поділу державної влади за Конституцією Пилипа Орлика 1710 року та Польською Конституцією 1791 року. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 8–17. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154647>.

Suggested Citation: Kozachenko, A.I. (2019). Pryntsyp podilu derzhavnoi vlyady za Konstytutsiieiu Pylypa Orlyka 1710 roku ta Polskoiu Konstytutsiieiu 1791 roku [Principle of Separation of State Power under Constitution of Pylyp Orlyk of 1710 and Polish Constitution of 1791]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144*, 8–17. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154647> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 18.01.2019 р.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Карнаух Богдан Петрович,
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

doi: 10.21564/2414–990x.144.156506
УДК 347.455

ІНОЗЕМНА ВАЛЮТА В ПОЗИКОВОМУ ЗОБОВ'ЯЗАННІ

Статтю присвячено дослідженню проблем, пов'язаних із використанням іноземної валюти в договорах позики між фізичними особами. Зроблено висновок, що слід розмежовувати дві ситуації: перша – коли іноземна валюта виступає предметом зобов'язання, друга – коли предметом зобов'язання є національна валюта, а вказівка на еквівалент в іноземній валюті має розцінюватися як «таке, що малося на увазі» валютне застереження.

Ключові слова: позика; грошове зобов'язання; іноземна валюта; валютне застереження.

Карнаух Б. П., кандидат юридических наук, асистент кафедри громадянського права № 1, Національний юридический університет імени Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков.
e-mail : karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Иностранная валюта в заемном обязательстве

Статья посвящена исследованию проблем, связанных с использованием иностранной валюты в договорах займа между физическими лицами. Сделан вывод о том, что следует различать две ситуации: первая – когда иностранная валюта выступает предметом обязательства, вторая – когда предметом обязательства выступает национальная валюта, а указание на эквивалент в иностранной валюте должен быть расценен как подразумеваемая валютная оговорка.

Ключевые слова: займ; денежное обязательство; иностранная валюта; валютная оговорка.

Вступ. Згідно з визначенням договору позики (ст. 1046 ЦК України) позичальник зобов'язується повернути позичодавцеві таку ж суму грошових коштів, як була ним отримана. Однак через інфляційні процеси договір позики містить у собі істотний ризик для позичодавця: внаслідок знецінення національної

валюти може статися, що сума коштів, яка повертається позикодавцеві, має значно меншу купівельну спроможність, аніж вона мала, коли була передана позичальникові.

Передбачаючи такі ризики, сторони договору позики часто прагнуть у той або інший спосіб «прив'язати» суму позики до еквівалента в іноземній валюті. Та оскільки договір позики досить часто укладається шляхом видачі небагатослівної розписки, вказівка на іноземну валюту у такій розписці спричиняє різнотлумачення й спори.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Позиковим відносинам у широкому розумінні приділяється чимало уваги як на сторінках наукової літератури, так і в різноманітних актах судового тлумачення. Проте як у науці, так і в судовій практиці у фокусі здебільшого кредитні правовідносини, тоді як позики між фізичними особами залишається менш дослідженою. Питання, пов'язані з позикою, розглядаються також у контексті ще більш загальної категорії – грошових зобов'язань. Серед найновіших розвідок, присвячених позиковим відносинам, слід назвати публікації О. В. Кривенди (O. V. Kryvenda), Д. Д. Луспенника (D. D. Luspenyk), В. Є. Макоди (V. Ye. Makoda), О. М. Соловійова (O. M. Soloviov), М. О. Ткалича (M. O. Tkalych), Н. Якімлюка (N. Yakimliuk), В. П. Янишена (V. P. Yanyshen) та ін.

Утім, після сформування нового Верховного Суду усталені раніше підходи до вирішення справ із договорів позики зазнають істотних змін. Оновлюється й законодавство. Ці процеси інтенсивного реформування правового середовища позикових відносин потребують своєчасного наукового осмислення.

Мета статті – на основі аналізу судової практики з'ясувати, як має тлумачитися вказівка на іноземну валюту у розписці, якою підтверджується укладення договору позики між фізичними особами. Для цього пропонується розглянути дві модельні ситуації. У першій моделі в розписці вказано лише одну валюту – іноземну; у другій – дві валюти: іноземну й національну.

Виклад основного матеріалу. Модель перша: «Одна валюта». Уявімо, що дві фізичні особи (надалі – Позикодавець і Позичальник), які є громадянами України, уклали договір позики. На підтвердження укладеного договору Позичальник склав розписку такого змісту: «01 вересня 2018 року я, Позичальник, отримав від Позикодавця 10 000 доларів США. Зобов'язуюся повернути зазначену суму коштів не пізніше 01 січня 2019 року». Згідно з ч. 2 ст. 1047 ЦК України та усталеною практикою українських судів (Див. : [1; 2; 3]) така розписка визнається належним і достатнім доказом факту укладення договору й факту передання коштів. У тексті розписки, яка визначає зміст обов'язку Позичальника, згадано лише одну валюту, – долари США, проте виникає питання, чи може суд у разі порушення позикового зобов'язання стягнути із Позичальника грошові кошти в іноземній валюті.

До цього часу відповідь на означене питання була заперечною. Така позиція міцно усталилася в українській судовій практиці. В обґрунтуванні цієї позиції суди поклалися на положення ст. 99 Конституції, ст. 3 Декрету КМУ «Про

систему валютного регулювання і валютного контролю», ст. 192, 533 ЦК України та ст. 198 ГК України. При цьому припис ч. 1 ст. 533 ЦК України, за яким «грошове зобов'язання *має бути* виконане у гривнях», тлумачився як імперативна норма із наголосом на словосполучі «має бути» в значенні «повинно обов'язково бути» (виконане у гривнях). Відступ від цього правила визнався допустимими лише у випадках прямо передбачених законом, як наприклад, у разі надання валютного кредиту комерційним банком, що отримав для цього індивідуальну ліцензію від Національного банку України¹. Відтак, незважаючи на те, що в розписці Позичальника йшлося про долари США, у разі порушення позикового зобов'язання за позикодавцем визнавалося право вимагати стягнення грошових коштів виключно в національній валюті.

Однак усталена правова позиція нещодавно була змінена Великою Палатою Верховного Суду на протилежну: у постанові від 19.01.2019 р. у справі № 373/2054/16-ц було зроблено висновок, що «у разі отримання у позику іноземної валюти позичальник зобов'язаний, якщо інше не передбачене законом чи договором, повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики), тобто таку ж суму коштів *у іноземній валюті*, яка отримана у позику» [5] (курсів наш. – Б. К.). Підставою для такого висновку стали два міркування. По-перше, відповідно до статей 1046 і 1049 ЦК України позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості, як і речі, що були ним отримані. Це положення вимагає, щоб кількісні та якісні показники речей, що їх позичальник повертає позикодавцеві, були тотожними кількісним та якісним показникам речей, які позичальник отримав від позикодавця. Тож застосовно до нашої моделі це означає, що Позичальник, отримавши долари США, має і повернути долари США, а в разі невиконання цього обов'язку суд ухвалює рішення про стягнення з Позичальника суми позики в доларах США.

По-друге, Велика Палата по-новому підійшла до тлумачення Декрету КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю». Раніше Декрет тлумачився крізь призму спеціально-дозвільного принципу: дозволяється вчиняти лише ті валютні операції, які прямо передбачені в Декреті як такі, що потребують отримання ліцензії. Згідно з таким підходом якщо певна валютна операція у Декреті не передбачена, або хоча й передбачена, але особа вчинила її, не отримавши відповідної ліцензії, то це має вважатися порушенням чинного законодавства.

¹ Так, Касаційний цивільний суд у постанові від 25 липня 2018 р. у справі № 308/3824/16 зазначив: «Незалежно від визначеної сторонами валюти боргу у зобов'язанні (тобто грошової одиниці, в якій обчислена сума зобов'язання), валютою платежу, тобто засобом погашення грошового зобов'язання і фактичного його виконання, є виключно національна валюта України – гривня – у разі відсутності у сторін відповідної ліцензії НБУ. Таким чином, рішення суду про стягнення з відповідача суми боргу в іноземній валюті за відсутності у позивача індивідуальної ліцензії на здійснення валютних операцій є неправомірним й недопустимим способом захисту цивільних прав, оскільки іноземна валюта у спірних правовідносинах між названими сторонами спору може бути виключно валютою боргу, втім не валютою платежу» [4].

На противагу зазначеному, Велика Палата інтерпретувала Декрет крізь призму загально-дозвільного принципу. Згідно з цим принципом, якщо у Декреті не передбачено необхідності отримання ліцензії на здійснення тієї або іншої валютної операції, то така операція може вчинятися суб'єктами валютних відносин вільно, без будь-яких обмежень. Велика Палата зауважила: «... у частині четвертій статті 5 Декрету № 15-93 наведено вичерпний перелік обставин, за яких особа, яка здійснює валютну операцію, має отримати на її здійснення індивідуальну ліцензію. Декретом № 15-93 не передбачено обов'язку в отриманні індивідуальної ліцензії на передачу/отримання між фізичними особами – резидентами/нерезидентами, які перебувають в Україні, іноземної валюти в позику» [5]. Тому було виснувано, що «заборони на виконання грошового зобов'язання у іноземній валюті, у якій воно зазначено у договорі, чинне законодавство не містить» [5]. Та оскільки Декрет все ж передбачає низку обмежень (зокрема, необхідність отримання індивідуальної ліцензії для використання іноземної валюти на території України як засобу платежу (пп. г п. 4 ст. 5 Декрету)), далі в тексті постанови цей висновок було уточнено: «Відсутня заборона на укладення цивільних правочинів, предметом яких є іноземна валюта, крім використання іноземної валюти на території України як засобу платежу або як застави, за винятком оплати в іноземній валюті за товари, роботи, послуги, а також оплати праці, на тимчасово окупованій території України» [5].

При цьому не можна не звернути увагу на те, що вислів «використання іноземної валюти як засобу платежу» допускає різні тлумачення. Якщо «платіж» розуміти широко, як передання коштів на погашення будь-якого грошового зобов'язання, то слід було б дійти висновку, що поняттям «платежу» охоплюються в тому числі й дії позичальника щодо повернення отриманих у позику грошей, а, отже, такі дії потребують ліцензії. Якщо ж «платіж» розуміти вузько, як сплату покупної ціни за надані товари, роботи або послуги, то в такому разі позикові правовідносини не потрапляють до обсягу цього поняття. У постанові від 19.01.2019 р. у справі № 373/2054/16-ц проблема різних тлумачень не була виразно проартикульована, однак, цілком очевидно, що Велика Палата виходила із останнього – вузького – тлумачення поняття «платіж». І в цьому ще один вкрай важливий (хоч і менш помітний через брак аргументації) аспект новизни висловленої Великою Палатою правової позиції.

Цікаво, що ідея тлумачення Декрету через призму загально-дозвільного принципу цілком суголосна із положенням ЗУ «Про валюту і валютні операції», який прийшов на зміну Декретові і набрав чинності через 18 днів після ухвалення Великою Палатою аналізованої постанови. У цьому Законі свобода здійснення валютних операцій проголошена одним із принципів валютного регулювання (п. 1 ч. 1 ст. 2), а в ст. 4 зазначено, що «валютні операції здійснюються без обмежень відповідно до законодавства України, крім випадків, встановлених законами України...».

Отже, відповідно до нового вектору судової практики, що був заданий постановою Великої Палати від 19.01.2019 р. у справі № 373/2054/16-ц, правова

кваліфікація першої, простої моделі позикових правовідносин є такою. Позикодавець має право вимагати від Позичальника передання грошових коштів в іноземній валюті, що визначена у розписці. У разі невиконання Позичальником своїх обов'язків за договором суд, за позовом Позикодавця, має ухвалити рішення про стягнення з Позичальника грошових коштів в іноземній валюті, що визначена у розписці. Порядок виконання такого рішення передбачено у ч. 3 ст. 49 ЗУ «Про виконавче провадження».

Модель друга: «Дві валюти». Як і в першій моделі, Позикодавець і Позичальник, які є громадянами України, укладають договір позики. Однак тепер текст розписки викладено дещо інакше. У ній вказано: «01 вересня 2018 року я, Позичальник, отримав від Позикодавця *10 000 доларів США / 282 794 грн (у перерахунку за офіційним курсом НБУ станом на 01 вересня 2018 року)*. Зобов'язуюся повернути зазначену суму коштів не пізніше 01 січня 2019 року». На відміну від попередньої моделі, тут у розписці вказано дві валюти, що на практиці спричиняє чимало різотлумачень.

Такої розписки достатньо, щоб довести факт укладення договору, утім, її не достатньо для того, щоб точно визначити зміст цього договору. Подібна розписка – це фрагмент, за яким суд має відтворити повну картину правовідносин сторін, використовуючи усі доступні йому засоби, як-то: тлумачення розписки як правочину, дослідження інших доказів та заповнення прогалин у домовленості сторін шляхом застосування норм права.

На наш погляд, у річці висловленої Великою Палатою правової позиції перше питання, яке має бути досліджено судом, це питання про те, в якій валюті отримав кошти Позичальник. Адже якщо договір позики за визначенням, *ab definitio*, вимагає тотожності того, що було передано в позику, і того, що повертається, то звідси слідує, що в разі отримання Позичальником доларів США поверненню підлягають саме долари США.

Тож якщо обидві сторони спору визнають, що Позичальникові було передано кошти в іноземній валюті – справа перестає бути складною. Проте як бути, якщо Позичальник наполягає на тому, що отримав гривні, тоді як Позикодавець стверджує, що долари? Гадаємо, що як непрямий доказ може бути використаний той факт, що в розписці одне із чисел є круглим, тоді як інше – ні. У нашому випадку маємо 10 000 доларів США і 282 794 грн. Вірогідно, що Позичальник отримав кошти в тій валюті, у якій сума виражена круглим числом. Таке припущення з більшою мірою є вірогідним у тих випадках, коли круглим числом виражено суму коштів в національній валюті, адже купюри іноземної валюти дрібного номіналу зустрічаються в українському обігу рідше. Однак варто зазначити, що українські суди досі не завважували цієї обставини. Вочевидь це варто пояснювати тим, що саме питання про те, у якій валюті позичальник отримав кошти, досі не розглядалося судами як релевантне.

Як уже зазначалося, в українській судовій практиці розписка розглядається як документ, що підтверджує факт отримання коштів. Тож видається логічним, що за тим, як сформульовано текст розписки, можна судити про валюту, в якій

було отримано кошти. У нашій моделі обидві валюти вказані через косу лінію, що не дає вагомих підказок, окрім хіба що тієї, що валюта, вказана першою, з більшою імовірністю була реальною валютою позики. Однак на практиці у розписці можуть бути використані інші формулювання, наприклад: «отримав від позикодавця 10 000 доларів США, що за офіційним курсом НБУ станом на 01 вересня 2018 року становить 282 794 грн» або «отримав від позикодавця 300 000 грн, що за офіційним курсом НБУ станом на 01 вересня 2018 року еквівалентно 10 611 доларів США». Синтаксис першого формулювання спонукає до висновку, що валютою позики був долар, синтаксис другого – спонукає до висновку, що валютою позики була гривня.

Зазначені міркування стосуються тлумачення тексту розписки. Однак, з'ясовуючи питання факту – у якій валюті отримав кошти позичальник – суд не повинен обмежуватися виключно тлумаченням тексту розписки; натомість підлягають дослідженню усі обставини справи в сукупності. Помічним може стати установлення мети, задля якої було отримано позику, та цілей, на які ця позика була в подальшому фактично використана.

Але так чи інакше, повертаючись до другої моделі, ми можемо зробити перший висновок: якщо суд установить, що Позичальник отримав кошти в іноземній валюті – доларах США – то змістом обов'язку Позичальника є повернення коштів саме в цій іноземній валюті. Відповідно, в резолютивній частині рішення має бути постановлено про стягнення з Позичальника коштів у відповідній іноземній валюті.

Припустімо, однак, що суд під час розгляду справи установив, що кошти були передані Позичальникові в національній валюті. Як у такому випадку слід тлумачити той факт, що в розписці згадується іноземна валюта? Перший варіант: еквівалент в іноземній валюті згаданий лише «між іншим», довідково і не впливає на зміст обов'язку Позичальника. У такому разі Позичальник зобов'язаний повернути Позикодавцеві точно ту суму грошових коштів у національній валюті, що їй вказано у розписці, незалежно від коливання курсу національної валюти до долара США. Такий варіант видається маловірогідним, принаймні тому, що він суперечить правилу, за яким при тлумаченні тексту жодна його частина не повинна вважатися такою, що написана «просто так», безцільно.

А проте, судова практика знає подібні випадки. У цьому контексті заслуговує на увагу справа № 753/11000/14-ц. За обставинами цієї справи між сторонами було укладено договір купівлі-продажу квартири. У пунктах 4, 5 договору було передбачено, що продаж квартири здійснено за 22 277,00 грн, що на момент здійснення операції складає 11 763 умовні одиниці за курсом Національного банку України на день укладання договору, які покупець зобов'язувався виплатити продавцю протягом п'ятнадцяти років з моменту укладання договору. Однак у подальшому між сторонами виник спір стосовно тлумачення зазначених пунктів. На думку покупця, його обов'язок полягав у тому, щоб виплатити 22 277,00 грн і крапка. Натомість продавець вважав, що пункти договору слід тлумачити так, що покупець зобов'язаний сплатити суму,

еквівалентну 11 763 умовним одиницям за офіційним курсом станом на день остаточного розрахунку. Оскільки розстрочка становила п'ятнадцять років, різниця між сумами була більш ніж значною. Верховний Суд, вирішуючи цю справу, послався на принцип *contra proferentem* (тлумачення всупереч інтересам автора). Верховний Суд визнав, що спірні пункти договору дійсно допускають різнотлумачення, однак зазначив, що, оскільки ці пункти були включені в договір за ініціативою продавця, саме він повинен нести ризик, пов'язаний із двозначністю запропонованих ним формулювань, а, отже, перевагу слід віддати тлумаченню на користь покупця. Іншими словами, Верховний Суд вказав, що якщо продавець хотів, щоб покупна ціна була прив'язана до курсу долара, то йому слід було висловитися чіткіше [6].

Цікаво порівняти цю справу з іншою знаковою справою, яку нещодавно розглядала Велика Палата Верховного Суду. Так, у справі № 761/12665/14-ц стягувач оскаржував дії державного виконавця. У резолютивній частині рішення суду першої інстанції було зазначено: стягнути із Авіакомпанії-відповідача «308 доларів США, що в еквіваленті за офіційним курсом НБУ станом на 17 листопада 2014 року (день ухвалення рішення. – Б. К.) становить 4 746,28 грн». Через дев'ять місяців, 16 липня 2015 р., Авіакомпанія перерахувала стягувачеві 4 746,28 грн, у зв'язку з чим державний виконавець постановив про закінчення виконавчого провадження. Стягувач оскаржив дії державного виконавця, мотивуючи це тим, що, оскільки за дев'ять місяців курс долара значно зріс, сплачена йому сума в 4 746,28 грн за актуальним курсом становить лише 173,46 долара США, а, отже, рішення суду не можна вважати виконаним.

Велика Палата визнала, що зазначення двох валют у резолютивній частині судового рішення «внесло двозначність до розуміння суті обов'язку боржника», і при цьому дійшла висновку, що «у разі зазначення у судовому рішенні про стягнення суми коштів в іноземній валюті з визначенням еквіваленту такої суми у гривні стягувачеві має бути перерахована вказана у резолютивній частині судового рішення сума в іноземній валюті, а не її еквівалент у гривні» [7].

Порівнявши висновки у двох вищенаведених справах отримаємо таке. Якщо у договорі купівлі-продажу ціна визначена у двох валютах (іноземній та національній), то вказівкою на іноземну валюту можна знехтувати, адже якщо покупець хотів би прив'язати ціну до іноземної валюти – він мав би вказати на це прямо і однозначно. Натомість, якщо в резолютивній частині рішення сума стягнення визначена у двох валютах, то стягненню підлягає сума коштів в іноземній валюті. Звісно, можна зауважити на тому, що фактичні обставини двох справ досить різні, але так чи інакше в обох справах ідеться про тлумачення тексту (в першій справі – договору, у другій – судового рішення). Чи повинні підходи до тлумачення договору і тлумачення судового рішення відрізнятися? Якщо так, то в чому і наскільки? Це, здається, проблема для окремої дискусії з правничої герменевтики.

Однак окрім нехтування вказівкою на іноземну валюту, існує й інший варіант тлумачення згадки про неї у розписці Позичальника. Вказівку на іноземну

валюту можна потрактувати як «таке, що малося на увазі» (*implied*) валютне застереження. Іншими словами, вказавши у розписці доларовий еквівалент отриманої в позику суми, сторони мали на увазі, що Позичальник зобов'язується повернути Позикодавцеві отриману суму коштів в національній валюті, але сума, що підлягає поверненню, не повинна бути меншою, аніж еквівалент певної суми в іноземній валюті станом на день платежу.

У цьому контексті доречно згадати справу *Федоренко проти України*. За обставинами цієї справи заявник продав свій будинок обласному управлінню юстиції за 35 000 грн. У договорі було визначено, що 5 000 грн мають бути виплачені за три тижні, а решта 30 000 грн – ще за три місяці. Договір також містив пункт, який встановлював, що «у випадку падіння валютного курсу гривні загальна сума, що підлягає сплаті, не може бути меншою за гривневий еквівалент 17 000 доларів США». Управління юстиції остаточно розрахувалося за договором лише через два роки, виплативши в підсумкові 36 000 гривень, що на дату платежу становило тільки 10 457,50 доларів США.

Європейський суд з прав людини зазначив: «заявник очікував отримати певний прибуток від цієї угоди. Він намагався прив'язати свої майбутні прибутки до твердої валюти, щоб знизити ризики, можливі при здійсненні комерційних угод під час економічного безладу, що мав місце в Україні в кінці дев'яностих років. Тому ця умова була важливою частиною договору для заявника, який в іншому разі міг би мати серйозні застереження щодо продажу». На цій підставі ЄСПЛ виснував, що «дії Управління можна розцінити як такі, що звели нанівець законні сподівання заявника за договором і позбавляють його, зокрема, умови, на яку він погодився під час укладання угоди» [8].

На відміну від нашої моделі, у справі *Федоренко проти України* валютне застереження було передбачене в тексті договору прямо і чітко. Тож питання в тому, чи може суд на підставі самої лише вказівки в розписці на еквівалент в іноземній валюті (без точного опису зобов'язань позичальника) дійти висновку про те, що сторони, хоч і не висловили цього розлого, насправді мали на увазі валютне застереження, подібне до того, як малося у справі *Федоренко*.

Українська правозастосовна практика знає чимало випадків, коли суди ствердно відповідали на це питання. Такий підхід заснований на положенні ч. 2 ст. 533 ЦК України: «якщо у зобов'язанні визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті, сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом». Суди фактично тлумачать цю норму так: простої вказівки у договорі на «грошовий еквівалент в іноземній валюті» достатньо для того, щоб діяла ст. 533 ЦК України, яка вимагає від боржника сплати не тієї суми, яка визначена в договорі в національній валюті, а суми коштів у національній валюті, що була б еквівалентна визначеній у договорі сумі іноземної валюти за курсом на день платежу [10].

Якщо інтерпретувати другу модель з такої точки зору, то отримуємо, що Позичальник зобов'язаний повернути Позикодавцеві суму в національній валюті, еквівалентну 10 000 доларів США за курсом на день платежу, тобто за курсом на 1 січня 2019 р. Напевне, зайве говорити, що подеколи різкі коливання курсів валют здатні призвести до того, що різниця між двома числами (сумою коштів, що була передана в позику, і сумою, що має бути повернута) може стати більш ніж відчутною.

Тим не менше, на наше переконання, саме такий підхід найповніше забезпечує захист законних сподівань кредитора в позиковому зобов'язанні. Застосування такого підходу, однак, вимагає визначення конкретного календарного числа, за яким має визначитися курс гривні до відповідної іноземної валюти. У ст. 533 ЦК України вказується на «день платежу». Під днем платежу слід розуміти день здійснення операції із переказу коштів, їх внесення на рахунок у готівковій формі або фізичного передання коштів кредитором. Положення ст. 533 ЦК України не викликає жодних непорозумінь доти, доки йдеться про своєчасне і добровільне виконання позичальником свого обов'язку. Натомість, якщо кошти в належний строк не повернуто, ситуація перестає бути такою однозначною. У такому разі самого платежу немає, а отже, і визначитися із сумою стає складніше.

Перший теоретично можливий вихід із ситуації – тлумачити положення ч. 2 ст. 533 ЦК України стосовно «дня платежу» як таке, що має на увазі «*належний день платежу*», тобто день, у який платіж, *мав* бути здійснений. У такому випадку, як би довго позичальник не зволікав із поверненням коштів, «тіло боргу» залишатиметься тим же, оскільки воно буде обраховуватися за фіксованим курсом. Така ситуація вигідна для кредитора лише за умови, що іноземна валюта поступово знецінюється по відношенню до гривні.

Українською судовою практикою такий спосіб тлумачення ч. 2 ст. 533 ЦК України не було сприйнято. Натомість судами вироблено позицію, згідно з якою у разі пред'явлення позову, де сума боргу визначена як гривневий еквівалент іноземної валюти, суд має ухвалити рішення, беручи до уваги курс відповідної валюти на *день пред'явлення позову або на день ухвалення рішення* [9; 10]. У цьому контексті судова практика суголосна із положеннями ЦК України, що визначають порядок обчислення збитків. Так, відповідно до ч. 3 ст. 623 ЦК України збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення. Аналогія з цією статтею видається доречною, якщо взяти під увагу, що обмінний курс – не що інше як ціна іноземної валюти, виражена у валюті національній.

Утім підхід, вироблений судовою практикою, не позбавлений недоліків. По-перше, через те, що між ухваленням судового рішення і його реальним

виконанням може пройти чимало часу. Якщо за цей час гривня істотно здешевшає по відношенню до відповідної іноземної валюти, то в такому разі кінцевий результат судового провадження навряд чи можна буде визнати ефективним захистом прав кредитора.

Під цим кутом зору заслуговує на увагу справа № 750/8676/15-ц. У цій справі суд ухвалив стягнути із відповідача суму заборгованості за кредитом, отриманим в іноземній валюті, – доларах США. При цьому сума стягнення була розрахована судом у національній валюті за курсом на день ухвалення рішення. Рішення було виконано через чотири місяці. Кредитодавець пред'явив новий позов, вимагаючи відшкодувати «курсову різницю», тобто різницю між сумою, яка була йому фактично виплачена, і еквівалентом за курсом станом на день виплати. Цікаво, що така різниця склала 481 тис. грн при тому, що судом було присуджено 523 тис. грн. На обґрунтування своїх вимог кредитодавець зазначав, що курсова різниця, яка утворилась, є упущеною вигодою і тому підлягає відшкодуванню на підставі ст. 22 ЦК України.

Однак Велика Палата Верховного Суду не погодилася з такою аргументацією, зазначивши таке. «Пред'явлення вимоги про відшкодування неoderжаних доходів (упущеної вигоди) покладає на кредитора обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними, а дійсно були б ним отримані. Позивач повинен довести також, що він міг і повинен був отримати визначені доходи, і тільки неправомірні дії відповідача стали єдиною і достатньою причиною, яка позбавила його можливості отримати прибуток. <...> Тобто, «курсова різниця» жодним чином не може бути упущеною вигодою, оскільки кредитор міг і не отримати такі доходи. Коливання курсу валют, що призвело до курсової різниці, не можна розцінювати як неправомірні дії боржника, що призвели до позбавлення кредитора можливості отримати прибуток» [11].

Однак, на наше переконання, позиція кредитодавця у цій справі не позбавлена слушності. Так, звісна річ, коливання курсів валют не можна поставити на карб боржникові, однак якби боржник своєчасно виконав судове рішення, то, отримавши гроші, кредитодавець міг би обміняти їх на іноземну валюту і в такий спосіб захиститися від ризику подальшого знецінення гривні. Натомість через тривале невиконання судового рішення він був позбавлений такої можливості.

А якщо припустити, що тривале невиконання судового рішення сталося внаслідок дій державного виконавця, то постає питання про можливість відшкодування «курсової різниці» за рахунок Державного бюджету (на підставі положень ст. 1174 ЦК України). Однак у такому разі стягувач був би змушений ініціювати новий судовий процес, витрачаючи на нього ресурси часу, зусиль і коштів. Подібних ускладнень можна було б уникнути, якби суд у резолютивній частині рішення вказував, що стягненню підлягає сума коштів у національній валюті, еквівалентна такій-то сумі в іноземній валюті, за офіційним курсом НБУ станом на день фактичного виконання цього рішення. У такому разі обмінний курс визначався б уже на стадії виконавчого провадження.

Іншим недоліком усталеного підходу до визначення обмінного курсу є його недостатня гнучкість. Продемонструємо це на кількох графічних моделях.

Уявімо спершу, що ціна іноземної валюти по відношенню до гривні поступово зростає, як це показано на рис. 1 (де t_1 – належний день платежу, t_2 – день пред'явлення позову, t_3 – день ухвалення судового рішення, t_4 – день виконання судового рішення). За умови, що сума боргу становить 10 000 в іноземній валюті, отримаємо, що якщо боржник виконує зобов'язання в належний строк (t_1), то він має сплатити 150 000 грн; якщо кошти будуть стягнуті із нього примусово за курсом на день пред'явлення позову (t_2), то він муситиме сплатити 200 000 грн; якщо кошти будуть стягнуті із нього примусово за курсом на день ухвалення рішення (t_3), то він муситиме сплатити 250 000 грн; якщо кошти будуть стягнуті із нього примусово за курсом на день реального виконання судового рішення (t_4), то він муситиме сплатити 300 000 грн (див. рис. 1). Таким чином, що довше боржник зволікає із платежем, то більшу суму в гривнях він повинен буде сплатити. Якщо тренд (здорожчання іноземної валюти) відомий боржникові, боржник має стимул сплатити кошти якнайшвидше. Проте за умови, що діє усталене в практиці правило визначення валютного курсу (на день пред'явлення позову або ухвалення судового рішення) цей стимул існує лише доти, доки не ухвалено рішення. Оскільки судове рішення «фіксує» обмінний курс, боржник матиме стимул зволікати із його виконанням.

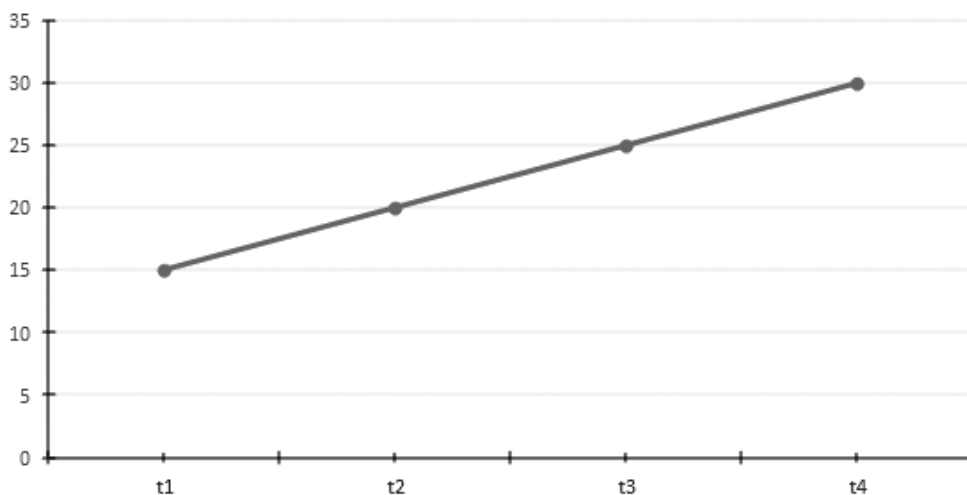


Рис 1. Графік зростання курсу іноземної валюти по відношенню до гривні

Уявімо тепер протилежну ситуацію, у якій курс іноземної валюти по відношенню до гривні поступово падає, як це показано на рис. 2.

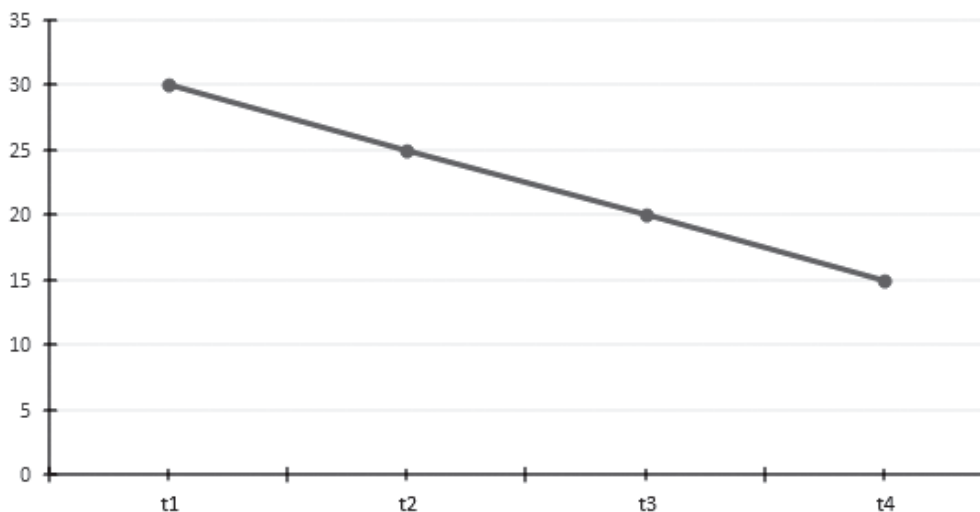


Рис. 2. Графік зниження курсу іноземної валюти по відношенню до гривні

За таких обставин, що довше боржник зволікає із платежем, то меншу суму в гривнях він повинен буде сплатити. Це означає, що в такій ситуації усталене правило визначення валютного курсу не є оптимальним, оскільки воно робить зволікання із платежем вигідним для боржника. За умови, що боржникові відомий тренд валютного курсу, він свідомо може використовувати зволікання як економічну стратегію.

Гнучкий підхід, який дає змогу подолати означену проблему, передбачено в міжнародному комерційному праві. Так, відповідно до ст. 6.1.9(4) Принципів УНІДРУА (2016), «якщо боржник не здійснив оплату в належний строк, кредитор може вимагати платежу за курсом на день, коли оплата мала бути здійснена, або за курсом на день фактичної оплати». Аналогічне правило передбачене у Принципах європейського договірної права (ст. 7:108(3)) і Проекті Загальної системи підходів (ст. III.-2:109(3)).

Це правило дає кредиторові змогу обирати більш вигідний для нього курс іноземної валюти, і тим самим покладає ризик коливання курсу валют на несправного боржника. В автентичному коментарі до Проекту загальної системи підходів з цього приводу вказується таке. «Керівний принцип для справедливого вирішення проблеми полягає в тому, що саме несправний боржник, а не кредитор, має нести ризик знецінення валюти після спливу строку для належного виконання грошового зобов'язання. Якби кредиторові було сплачено вчасно, то кредитор ніс би всі ризики, пов'язані зі знеціненням валюти, і він міг би уникнути будь-яких передбачуваних валютних ризиків шляхом обміну отриманих у слабкій валюті коштів на кошти у сильній валюті» [12, с. 343]¹.

¹ ДЦФР, 343.

Таке правило забезпечує необхідну гнучкість правового регулювання, адже в яку б сторону не змінився курс іноземної валюти, пов'язані із цим втрати будуть покладені на несправного боржника, який тим самим буде позбавлений можливості на шкоду кредиторів спекулювати на валютному курсі шляхом свідомого зволікання із виконанням своїх грошових зобов'язань.

Цікаво (однак не несподівано), що наведений підхід своїм корінням сягає давньоримського права. Так, якщо продавець своєчасно не передавав товар, то він повинен був відшкодувати покупцеві його вартість. При цьому вартість визначалася або за цінами, що існували на день продажу, або за цінами на день закінчення судового розгляду – залежно від того, яка ціна була вищою. Помпоній у дев'ятій книзі «Коментарів до Сабіна» писав: «Якщо продавцем вина допущене прострочення, і він не вчинив передання, то його має бути присуджено до сплати ціни вина, яку воно мало в той час, коли коштувало дорожче, і вибір здійснюється між часом продажу і часом, коли спір було закінчено присудженням» (Dig.19.1.3.3).

Застосування означеного підходу в українських реаліях потребує внесення відповідних змін до ст. 533 ЦК України. Однак подібні зміни видаються нам цілком виправданими, позаяк тільки такий, гнучкий, підхід дає змогу забезпечити ефективний і повний захист законних очікувань кредитора у грошовому зобов'язанні, незалежно від напрямку коливань валютного курсу на конкретному проміжку часу.

Висновки. Вказівка на іноземну валюту у розписці позичальника може бути кваліфікована по-різному, залежно від обставин конкретної справи. Так, вона може означати, що саме іноземна валюта є предметом зобов'язання. Такого висновку слід дійти в тому разі, коли буде встановлено, що кошти, отримані позичальником, були передані йому в іноземній валюті. За таких обставин у разі невиконання зобов'язання позичальником із нього має бути стягнуто «в натурі» суму коштів у відповідній іноземній валюті.

Якщо ж суд установлює, що фактично кошти були передані позичальникові в національній валюті, то вказівка в розписці на еквівалент в іноземній валюті може бути розцінена як «таке, що малося на увазі» (*implied*) валютне застереження. У такому разі обов'язок позичальника полягає в тому, щоб повернути таку суму коштів у гривнях, яка була б еквівалентною вказаній у розписці сумі коштів в іноземній валюті за курсом на день платежу. Якщо позичальник своєчасно не виконує цього обов'язку, то найбільш оптимальним з точки зору ефективного й повного захисту законних очікувань позикодавця є таке правило: позикодавець має право вимагати від позичальника сплати коштів за курсом на день, коли зобов'язання мало бути виконано, або за курсом на день фактичного виконання.

Список літератури:

1. Постанова Верховного Суду України від 13 грудня 2017 року у справі № 309/3458/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71344011>.

2. Постанова Верховного Суду від 25 квітня 2018 року у справі № 303/218/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73660880>.
3. Постанова Верховного Суду від 26 вересня 2018 року у справі № 641/3238/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78326764>.
4. Постанова Верховного Суду від 25 липня 2018 року у справі № 308/3824/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75691380>.
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19.01.2019 р. у справі № 373/2054/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79382745>.
6. Постанова Верховного Суду від 18 квітня 2018 року у справі № 753/11000/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73500675>.
7. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018 р. у справі № 761/12665/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75296546>.
8. *FEDORENKO V. UKRAINE*, no. 25921/02, ECHR 1 June 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75599>.
9. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 року. № 14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>.
10. Постанова Верховного Суду від 13 червня 2018 року у справі № 750/12868/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74777379>.
11. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 травня 2018 року у справі № 750/8676/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74537186>.
12. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf.

References:

1. Decision of Supreme Court of Ukraine 13 Dec. 2017, case no. 309/3458/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71344011>.
2. Decision of Supreme Court 25 Apr. 2018, case no. 303/218/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73660880>.
3. Decision of Supreme Court 26 Sep. 2018, case no. 641/3238/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78326764>.
4. Decision of Supreme Court 25 July 2018, case no. 308/3824/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75691380>.
5. Decision of the Grand Chamber of Supreme Court 19 Jan. 2019, case no. 373/2054/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79382745>.
6. Decision of Supreme Court 18 Apr. 2018, case no. 753/11000/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73500675>.
7. Decision of the Grand Chamber of Supreme Court 04 July 2018, case no. 761/12665/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75296546>.
8. *Fedorenko v. Ukraine*, no. 25921/02, ECHR 1 June 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75599>.
9. Ruling of the Plenum of Supreme Court of Ukraine 18 Dec. 2009 no. 14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>.
10. Decision of Supreme Court 13 June 2018, case no. 750/12868/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74777379>.
11. Decision of the Grand Chamber of Supreme Court 30 May 2018, case no. 750/8676/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74537186>.
12. Principles, Definitions And Model Rules Of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing

EC Private Law (Acquis Group). URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf.

Karnaugh B. P., PhD in Law, Teaching Assistant of Department of Civil Law No. 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : karnaugh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Foreign currency in loan obligation

The article is devoted to the study of problems associated with the use of foreign currency in loan agreements between physical persons. It is concluded that two situations should be distinguished: first, when a foreign currency constitutes the subject of an obligation; second, when the subject of an obligation is a national currency, and an indication of the equivalent in foreign currency should be regarded as an implied currency clause.

In order to conclude which exact situation is at hand in a particular case the court has to find out in which currency the loan was given to the borrower. As long as the borrower gets the loan in foreign currency, he is obliged to return the money in the same foreign currency.

But whenever the court finds out that the loan in fact was given in national currency the question arises: how to treat the fact that in the obligatory writing two currencies are mentioned. First option: the mention of foreign currency can be disregarded as being made inter alia. Second option: it can be treated as an implied monetary clause, pursuant to which the sum of money to be returned in national currency cannot be less than agreed sum in foreign currency converted according to the rate of exchange prevailing at the day of payment. It is concluded that the second option is more plausible.

Special attention is paid to the problem of defining the exact rate of exchange that has to be applied in a case when the borrower fails to perform the obligation. It is concluded that existing rule (under which the rate of exchange prevailing at the day of court decision applies) is not optimal, since whenever the foreign currency depreciates this rule in fact encourages the borrower to delay payment. Therefore it is proposed to set the rule under which in case of non-performance the creditor could choose between the two rates of exchange: prevailing at the date of due payment or prevailing at the date of actual payment.

Keywords: loan; monetary obligation; foreign currency; monetary clause.

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Іноземна валюта в позиковому зобов'язанні. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 18–32. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156506>.

Suggested Citation: Karnaugh, B.P. (2019). Inozemna valiuta v pozyskovomu zobov'iazanni [Foreign currency in loan obligation]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 18–32*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156506> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 13.02.2019 р.



Серветник Анна Геннадіївна,
ад'юнкт кафедри цивільного права і процесу,
Національна академія внутрішніх справ,
Україна, м. Київ
e-mail: annaservetnik@ukr.net

doi: 10.21564/2414–990x.144.154665
УДК 347.961

ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВИЗНАННЯ ВИКОНАВЧОГО НАПISУ НОТАРІУСА ТАКИМ, ЩО НЕ ПІДЛЯГАЄ ВИКОНАННЮ

На підставі аналізу доктринальних джерел і матеріалів судової практики розглянуто питання захисту інтересів боржників у нотаріальних правовідносинах із вчинення виконавчого напису. Надано характеристику визнанню виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, як способу захисту прав та інтересів боржника. Проаналізовано особливості розгляду судами окресленої категорії справ. Виявлено найбільш типові помилки нотаріусів, які стають підставою вирішення справ на користь боржників.

Ключові слова: виконавчий напис нотаріуса; захист цивільних прав нотаріусом; визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню; розгляд судами окремих категорій справ; оскарження нотаріальних дій.

Серветник А. Г., ад'юнкт кафедри гражданского права и процесса, Национальная академия внутренних дел, Украина, г. Киев.
e-mail : annaservetnik@ukr.net

Отдельные вопросы судебной практики о признании исполнительной надписи нотариуса не подлежащей исполнению

На основании анализа доктринальных источников и материалов судебной практики рассматриваются вопросы защиты интересов должников в нотариальных правоотношениях по совершению исполнительной надписи. Охарактеризовано признание исполнительной надписи нотариуса такой, что не подлежит исполнению, как способа защиты прав и интересов должника. Проанализированы особенности рассмотрения судами указанной категории дел. Выявлены наиболее типичные ошибки нотариусов, которые становятся основанием разрешения дел в пользу должников.

Ключевые слова: исполнительная надпись нотариуса; защита гражданских прав нотариусом; признание исполнительной надписи нотариуса такой, что не подлежит исполнению; рассмотрение судами отдельных категорий дел; обжалование нотариальных действий.

Постановка проблеми. Вчинення виконавчого напису нотаріусом є одним із дієвих механізмів стягнення заборгованості боржника у безспірному порядку, який виступає альтернативою судовій формі захисту порушених прав. Головною особливістю вказаної процедури є те, що вона відбувається за відсутності одного з учасників – боржника й здійснюється за умови подання стягувачем необхідного пакету документів, якими підтверджується безспірність заборгованості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід відзначити, що проблемам вчинення виконавчих написів приділялося достатньо уваги на сторінках юридичної літератури. Окреслені питання ставали предметом дослідження в роботах таких учених, як В. В. Баранкова (V. V. Barankova), Н. В. Василина (N. V. Vasylyna), М. М. Дякович (M. M. Diakovych), Ю. В. Желіховська (Yu. V. Zhelikhovska), Д. В. Журавльов (D. V. Zhuravlov), Р. А. Майданик (R. A. Maidanyk), В. В. Комаров (V. V. Komarov), І. С. Мельник (I. S. Melnyk), Н. В. Сучкова (N. V. Suchkova), С. Я. Фурса (S. Ya. Fursa) та ін. Водночас окремі аспекти вказаної проблематики, зокрема захисту прав та інтересів учасників нотаріальних правовідносин з вчинення виконавчого напису, залишаються недостатньо дослідженими. Остання обставина зумовлює необхідність у проведенні подальших наукових розробок у відповідному напрямі.

Враховуючи викладене, **метою статті** є аналіз окремих аспектів захисту інтересів боржника при використанні такого способу захисту права, як визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню.

Виклад основного матеріалу. Виконавчий напис нотаріуса, вчинений на борговому документі, поєднує у собі властивості нотаріального акта та виконавчого документа. Остання властивість надає стягувачу право звернути виконавчий напис до виконання одразу після його отримання. Разом із тим у разі порушення нотаріусом вимог закону при вчиненні виконавчого напису законодавство дає боржнику можливість захистити свої права та інтереси шляхом подання до суду позову про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню.

Зазначимо, що пред'явлення такого позову є єдиним адекватним способом захисту порушених прав боржника, на відміну від «визнання виконавчого напису нотаріуса недійсним», «скасування виконавчого напису», «оскарження виконавчого напису», які зустрічаються доволі часто у судовій практиці та є заздалегідь помилковими.

Дослідження такого способу захисту як визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, на наше переконання, доцільно здійснювати крізь призму особливостей розгляду вказаної категорії справ судами.

Зокрема, в юридичній літературі пропонується розкривати такі особливості через конструкцію так званої «формули» окремої категорії справи. Як зазначає С. В. Васильєв, кожна справа, яка розглядається в суді, індивідуальна, вона характеризується самостійними вимогами та метою, суб'єктивним складом, предметом доказування, колом засобів доказування, розміром судових витрат тощо [1, с. 4]. Враховуючи це, на думку вченого, правильне застосування регу-

лятивних норм є можливим завдяки встановленню загальної процесуальної формули, до складу якої він пропонує включати такі елементи: 1) правові норми, що підлягають застосуванню при вирішенні справи; 2) підсудність справи; 3) розмір ставки судового збору; 3) особи, які беруть участь у справі; 4) предмет доказування; 5) приблизний перелік необхідних доказів [1, с. 4–5].

На нашу думку, відносно такої категорії справ, як визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, вищевказану «формулу» можна дещо видозмінити й розширити, запропонувавши включити до її складу такі елементи: 1) юрисдикція; 2) підсудність справи; 3) коло осіб, які беруть участь у справі; 4) предмет доказування у справі; 4) засоби доказування у справі; 5) розмір ставок судового збору.

Розмежування *юрисдикції* судів стосовно розгляду окремих категорій справ здійснено у процесуальних кодексах (ст. 19 ЦПК України, ст. 20 ГПК України, ст. 19 КАС України), правилами яких передбачені критерії такого розмежування. Аналіз положень вищевказаних кодексів дозволяє прийти до висновку, що справи про визнання виконавчих написів нотаріусів такими, що не підлягають виконанню, можуть розглядатися в порядку цивільного або господарського судочинства як такі, що виникають із відносин приватноправового характеру. При цьому базовим критерієм, за допомогою якого має визначатись юрисдикція належного суду, в таких випадках є суб'єктний склад учасників спору – кредитора і боржника.

Так, якщо обидві сторони спору є юридичними особами або фізичними особами-підприємцями, відповідний спір підлягає розгляду в суді господарської юрисдикції. У інших випадках – судом загальної юрисдикції у порядку цивільного судочинства.

Правила *підсудності* вказаної категорії справ визначаються ч. 12 ст. 28 ЦПК України та ч. 4 ст. 29 ГПК України.

Відповідно до ч. 12 ст. 28 ЦПК України позови до стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса, можуть пред'являтися також за місцем його виконання.

Таким чином, за своїм характером підсудність справ про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, є альтернативною, й з огляду на положення ст. 27 ЦПК України передбачає право позивача при пред'явленні позову обирати між двома судами першої інстанції: за місцем проживання (місцезнаходженням) відповідача або за місцем виконання виконавчого напису.

Згідно з ч. 1 ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження» місцем виконання виконавчого документа є місце проживання, перебування, роботи боржника або місцезнаходження його майна. Разом із тим у судовій практиці іноді виникають суперечності стосовно тлумачення поняття «місце виконання» у контексті застосування положень ЦПК України стосовно правил підсудності вказаної категорії справ.

Так, ухвалою Дзержинського районного суду м. Харкова від 24 листопада 2016 р. у справі № 638/18932/16 було повернуто позовну заяву О. про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню. В обґрунтування прийнятого процесуального рішення суд послався на те, що позивачем не надано доказів, що підтверджують наявність у Дзержинському ВДВС ГТУЮ в Харківській області, на території району якого проживає позивач, виконавчого провадження з виконання оспорюваного виконавчого напису нотаріуса, а тому відповідно до вимог п. 4 ч. 3 ст. 121 ЦПК України, в редакції чинній на час розгляду справи, позовна заява підлягає поверненню позивачеві [2]. Таким чином, повертаючи позовну заяву, суддя прив'язав поняття «місце виконання» до місця, в якому має бути відкрито виконавче провадження з виконання виконавчого напису. Скасовуючи вищевказану ухвалу як таку, що була постановлена з порушенням норм процесуального права, Апеляційний суд Харківської області зазначив, що суд першої інстанції не врахував положень ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження» та не звернув уваги на те, що місцем виконання оспорюваного виконавчого напису є Дзержинський район м. Харкова, внаслідок чого дійшов помилкового висновку про непідсудність справи Дзержинському районному суду м. Харкова [3]. Іншими словами, суд апеляційної інстанції визначив, що законодавство не пов'язує визначення місця виконання виконавчого напису з фактом відкриття виконавчого провадження та звернення до виконання документа за місцем виконання.

Про розгляді досліджуваної категорії справ не менш важливе значення має й правильне *визначення кола осіб, які беруть участь у справі*. Відповідно до ч. 1 ст. 42 ЦПК України у справах позовного провадження учасниками справи є сторони та треті особи.

Як було зазначено в п. 8 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 10 від 24 жовтня 2011 р. «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам», спори між боржниками і стягувачами, а також спори за позовами інших осіб, прав та інтересів яких стосуються нотаріальні дії чи акт, у тому числі про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню повністю або частково, про повернення стягнутого за виконавчим написом, вирішуються господарським судом за позовами боржників або зазначених осіб до стягувачів [4]. Аналогічні правила поширюються й на справи, які розглядаються в порядку цивільного судочинства.

При цьому важливо зазначити, що нотаріус, який вчинив виконавчий напис, може залучатись до участі у справі лише як третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, на стороні відповідача. Нотаріус не може бути відповідачем при розгляді окресленої категорії справ, оскільки предметом позову є спір про право, зокрема позивач заперечує наявність у нього суми заборгованості перед кредитором, яка вказана у виконавчому написі.

Разом із тим судовій практиці відомі випадки, коли у справах про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, нотаріуси помилково визначались позивачами як відповідачі або співвідповідачі у справі [5].

На нашу думку, виправлення вказаної помилки є можливим через застосування процесуального механізму заміни неналежного відповідача у процесі. При цьому у разі незгоди позивача на заміну неналежного відповідача належним суд має роз'яснити йому, що пред'явлення позову до неналежного відповідача є самостійною підставою для відмови у задоволенні позову, незалежно від обґрунтованості вимог.

Центральне місце при розгляді справ про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, посідає правильне *визначення предмета доказування та приблизного переліку засобів доказування*, які мають бути використані позивачем для доведення підставності свого позову.

Предметом доказування у справах про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, постають факти, що підтверджують відсутність умов для вчинення виконавчого напису, перелічених у ст. 88 Закону України «Про нотаріат». Іншими словами, у судовому процесі перед позивачем-боржником стоїть завдання довести або поставити під обґрунтований сумнів безспірність вимог стягувача.

Аналіз судової практики розгляду вказаної категорії справ дозволяє виокремити найбільш типові випадки задоволення позовів боржників.

Зокрема, однією з найпоширеніших причин задоволення позову про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, є вчинення нотаріусами написів за відсутності необхідних документів, передбачених Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів № 1172 від 29 червня 1999 р. (далі – Перелік). Як правило, це стосується таких випадків:

- подання стягувачем нотаріусу інших документів для підтвердження безспірності вимог, аніж ті, що передбачені в Переліку;
- вчинення виконавчого напису при поданні неповного пакета документів, передбачених Переліком.

Кожна підстава для вчинення виконавчого напису передбачає власну специфіку документального підтвердження безспірності вимог стягувача. У першому випадку мова йде про заміну одних документів, які передбачені Переліком, іншими, які Перелік не передбачає. Другий випадок передбачає ситуацію, коли стягувач подає документи, які відповідають Переліку, водночас їх обсяг є недостатнім для підтвердження безспірності вимог.

Як приклад, можна навести рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 5 червня 2015 р. у справі № 686/5110/15-ц, яке згодом було залишене в силі судами вищих інстанцій. Задовольняючи позов А. до ТОВ «Порше Лізинг України» про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, суд послався на те, що відповідно до п. 8 Переліку серед документів, якими підтверджується безспірність вимог лізингодавця, є копія рахунку, направленою лізингоодержувачу з відміткою про несплату платежів після вручення письмового повідомлення. Разом із тим при

вчиненні виконавчого напису, нотаріусом було долучено виписку з особового рахунку боржника (лізингоодержувача) із зазначенням сум сплачених коштів з відміткою відповідача про те, що рахунки не сплачені. Оскільки такий документ не передбачений Переліком, використання його замість рахунку, зазначеного в п. 8 Порядку, свідчить про незаконність виконавчого напису, а тому напис слід визнати таким, що не підлягає виконанню [6].

Іноді причиною визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, стає спірність розміру заборгованості, яка може вникати внаслідок погашення боржником частини заборгованості до моменту вчинення виконавчого напису і приховування цього факту стягувачем від нотаріусу. Разом із тим важливо мати на увазі, що нотаріуси при вчиненні виконавчого напису не встановлюють прав та обов'язків учасників правовідносин, а лише перевіряють наявність необхідних документів. Розбіжність у сумі заборгованості, що зазначена у повідомленні стягувача про заборгованість, надісланій боржнику і безпосередньо у виконавчому написі, не завжди може свідчити про наявність спору між сторонами та бути підставою для задоволення позову. У таких випадках слід виходити також з того, що загальна сума заборгованості може змінюватися щоденно в сторону збільшення залежно від тривалості затримки сплати боргу й на момент вчинення виконавчого напису бути іншою. Саме таку правову позицію висловив Верховний Суд України в постанові від 20 травня 2015 р. у справі № 6-158цс15 [7].

Доволі часто беззаперечною підставою для задоволення позову про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, стає приховування стягувачем факту розгляду спору між ним та боржником у судовому порядку. При цьому відповідний судовий процес має бути закінченим або тривати на момент вчинення виконавчого напису.

Стосовно наведеної ситуації доцільно навести правову позицію Верховного Суду України, яка була висловлена в постанові від 11 березня 2015 р. у справі № 6-144цс14. Переглядаючи справу, найвищий судовий орган акцентував увагу на тому, що на момент вчинення виконавчого напису нотаріуса справа за позовом ПАТ «ПроКредитБанк» до *Б.Б.*, *Б.В.* про стягнення заборгованості за кредитним договором у розмірі 308 728,10 грн уже перебувала в суді першої інстанції. Вказана обставина спростовує безспірність заборгованості боржника, а тому рішення судів нижчих інстанцій про відмову в задоволенні позову про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, були визнані незаконними і скасовані Верховним Судом України [8].

Серед інших причин задоволення позовів боржників, що часто зустрічаються у судовій практиці, є вчинення виконавчого напису при пропущенні стягувачем строків пред'явлення вимоги, встановлених ст. 88 Закону України «Про нотаріат». Особливо це стосується випадків стягнення заборгованості за кредитними договорами.

Цікавим прикладом з практики визначення порушення строків пред'явлення вимоги може також слугувати рішення Індустріального районного суду

м. Дніпропетровська від 6 липня 2017 р. у справі № 202/2409/17 за позовом Є. до ПАТ КБ «ПриватБанк». Обґрунтовуючи необхідність задоволення позову про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, суд зазначив, що строк, за який проводилось стягнення за виконавчим написом, становив 8 років 11 місяців 3 дні, а саме з 29 вересня 2006 р. по 1 вересня 2015 р. Разом із тим, незважаючи на те, що кредитний договір був чинним на момент вчинення напису, вимога щодо стягнення частини заборгованості вже перебувала за межами строків позовної давності. Пов'язано це з тим, що умовами кредитного договору був передбачений обов'язок боржника щомісячного повернення кредитних коштів рівними частинами. У таких випадках трирічний строк пред'явлення вимог вираховується щодо кожного такого платежу, й відповідно для певної частини заборгованості, яка була стягнена за виконавчим написом, він вже минув [9].

Вищенаведений приклад демонструє важливість перевірки нотаріусом не тільки дотримання загальних строків пред'явлення вимоги стягувачем, а й ретельного аналізу умов кредитного договору на предмет наявності в ньому графіка повернення кредитних коштів, що впливатиме на інший порядок вираховування вказаного строку.

Наведені випадки характеризують найбільш поширені помилки нотаріусів чи стягувачів, які стають причинами визнання вчинених виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню. Крім цього, серед інших, менш поширених помилок, яких припускаються нотаріуси, можна також виділити вчинення виконавчого напису при невідповідності боргового документа вимогам законодавства чи інших документів, якими стягувач обґрунтовує безспірність своїх вимог. Так, наприклад, виписка з банківського рахунку, яка подається стягувачем для стягнення заборгованості за кредитним договором, повинна відповідати вимогам п. 5.5. Положення про організацію операційної діяльності в банках України, затвердженого Постановою Правління Національного банку України № 254 від 18 червня 2003 року. Інакше невідповідність виписки вказаним вимогам може стати окремою підставою для оспорювання виконавчого напису у суді.

Таким чином, предмет доказування у досліджуваній категорії справ формують будь-які факти, що свідчать про наявність спору між стягувачем та боржником й, відповідно, вказують на відсутність умов, передбачених ст. 88 Закону України «Про нотаріат» та п. 3 гл. 16 розд. II Порядку.

Водночас доведення таких фактів передбачає насамперед правильне визначення позивачем засобів доказування у справі (доказового арсеналу).

Слід зазначити, що специфіка природи нотаріального провадження з вчинення виконавчого напису зумовлює те, що належними та допустимими доказами у справах про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, є здебільшого тільки письмові докази.

Розмірковуючи над питанням про визначення приблизного переліку засобів доказування, які мають бути використані при розгляді справи про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, приходимо до

висновку, що незалежно від конкретних підстав вчинення оспорюваного виконавчого напису, предметом судової оцінки обов'язково мають стати:

- 1) оспорюваний виконавчий напис нотаріуса;
- 2) письмові докази, зміст яких спростовує безспірність вимог стягувача або іншим чином вказує на порушення нотаріусом вимог закону при вчиненні виконавчого напису.

Останніми можуть бути, зокрема, копії судових рішень, якими підтверджується факт розгляду спору щодо заборгованості між сторонами; розрахункові документи (квитанції, чеки, платіжні доручення); листування тощо.

Важливо також додати, що судами вищих інстанцій, зокрема Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Вищим господарським судом України, неодноразово висловлювалася правова позиція, що належними доказами, які підтверджують наявність чи відсутність заборгованості, а також установлюють розмір заборгованості, можуть бути виключно первинні документи, оформлені відповідно до вимог ст. 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність», зокрема, первинні документи, які фіксують факти здійснення господарських операцій [10, с. 25].

Окрему увагу слід також приділити проблемам забезпечення можливості боржника доводити обґрунтованість своїх вимог. Найбільш актуальною ця проблема постає при необхідності надання до суду головного доказу – виконавчого напису нотаріуса. Оскільки виконавчий напис вчиняється в одному примірнику, його оригінал перебуває у стягувача або державного виконавця у разі звернення стягнення за ним. Отже, боржник фактично позбавлений можливості самостійно надати до суду вказаний документ.

У свою чергу звернення боржника до нотаріуса з метою отримання належним чином засвідченої копії виконавчого напису також залишається безрезультатним, оскільки відповідно до ч. 7 ст. 8 Закону України «Про нотаріат» довідки про вчинені нотаріальні дії та копії документів, що зберігаються у нотаріуса, видаються нотаріусом виключно фізичним та юридичним особам, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії.

Таким чином, єдиним процесуально допустимим механізмом долучення до матеріалів справи оспорюваного виконавчого напису є використання інституту витребування доказів, передбаченого ст. 84 ЦПК України та ст. 81 ГПК України. Задля цього позивач має подати до суду вмотивоване клопотання, на підставі якого суд постановляє ухвалу про витребування виконавчого напису.

Зауважимо також, що витребування доказів від нотаріуса повинно здійснюватися з урахуванням вимог Закону України «Про нотаріат», згідно з ч. 6 ст. 8 якого довідки про вчинені нотаріальні дії та інші документи надаються нотаріусом протягом 10 робочих днів на обґрунтовану письмову вимогу суду (письмовий запит або ухвала суду), прокуратури, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування у зв'язку з кримінальним провадженням, цивільними, господарськими, адміністративними справами, справами про адміністративні правопорушення, що знаходяться

в провадженні цих органів, з обов'язковим зазначенням номера справи та прикладенням гербової печатки відповідного органу.

Окрім наведеного, практикою розгляду цієї категорії справ був вироблений й інший спосіб витребування виконавчого напису – шляхом надсилання судом запиту до підрозділу державної виконавчої служби з вимогою надання засвідченою відділом копії виконавчого напису, який знаходиться на примусовому виконанні.

Досліджуючи особливості розгляду судами справ про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, не можна оминати увагою й питання про нотаріуса як окремого суб'єкта доказування в судовому процесі. Як зазначалося вище, у вказаних справах нотаріуси можуть брати участь лише як треті особи, які не заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору. Вони не є стороною у справі, а тому на них не покладається тягар доказування як на сторін. Однак як треті особи нотаріуси мають право висловити суду власну точку зору, надати відповідні пояснення та докази, обґрунтовуючи правдивість вчинення виконавчого напису, який оспорив боржник. Варто вказати, що активна позиція нотаріуса у процесі розгляду справи є дуже доцільною, оскільки задоволення позову може понести за собою й низку негативних наслідків для самого нотаріуса. Зокрема, встановлення під час розгляду справи умисного порушення нотаріусом закону при вчиненні виконавчого напису може стати підставою для постановлення судом окремої ухвали стосовно нотаріуса з подальшим притягненням його до дисциплінарної відповідальності. На превеликий жаль, судова практика свідчить, що нотаріуси дуже рідко користуються правами, наданими їм у процесі як третій особі, зазвичай просто ігноруючи сам судовий процес як такий.

Останнім елементом досліджуваної формули такої категорії справ, як визнання виконавчого напису нотаріусу таким, що не підлягає виконанню, що потребує характеристики, є *визначення розміру судового збору*. Законодавством передбачено, що подання позовної заяви до суду несе обов'язок позивача сплатити судовий збір за ставками, встановленими Законом України «Про судовий збір». Вимога про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, за своєю природою належить до немайнових вимог. Аналіз положень Закону України «Про судовий збір» вказує на те, що розмір ставки судового збору залежатиме від того, хто є суб'єктом подання позовної заяви. Якщо позивачем у справі є фізична особа, розмір ставки судового збору для неї складатиме 0,4 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. У разі якщо до суду з відповідним позовом звертається юридична особа, судовий збір складатиме для неї у розмірі одного прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

При вирахованні розміру судового збору слід пам'ятати, що за базу розрахунку береться розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановлений законом на 1 січня календарного року, в якому відповідна позовна заява подається до суду. Перелік осіб, яким надаються пільги по сплаті судового збору, визначено у ст. 5 Закону України «Про судовий збір».

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, є окремим способом судового захисту прав боржника у разі його вчинення всупереч вимогам закону, при наявності спору між боржником та стягувачем. Відповідний захист здійснюється за правилами цивільного або господарського судочинства в порядку позовного провадження.

Окремо варто наголосити, що задоволення позову боржника із подальшим визнанням виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, не позбавляє стягувача права на стягнення заборгованості у судовому порядку, а лише констатує неможливість захисту його порушених прав у нотаріальному порядку.

Аналіз матеріалів судової практики розгляду судами вказаної категорії справ демонструє, що найбільш поширеними причинами задоволення позовів боржників є: вчинення виконавчих написів за відсутності необхідних документів, передбачених Переліком; вчинення виконавчого напису при наявності спору щодо заборгованості, яка перебувала чи перебуває на розгляді в суді; вчинення виконавчого напису при пропущенні стягувачем строків пред'явлення вимоги та ін.

Така тенденція обумовлює необхідність звернення окремої уваги на типові помилки нотаріусів при вчиненні виконавчих написів на рівні керівних роз'яснень Міністерства юстиції України та вищих судових інстанцій. Останнє, на наше переконання, дозволить мінімізувати кількість судових справ про визнанням виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, та сприятиме забезпеченню єдності нотаріальної практики.

Список літератури:

1. Васильєв С. В. Особливості розгляду окремих категорій цивільних справ : навч. посіб. Харків : Еспада, 2012. 480 с.
2. Ухвала Дзержинського районного суду м. Харкова від 24.11.2016 р. у справі № 638/18932/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63250805> (дата звернення: 01.11.2018).
3. Ухвала Апеляційного суду Харківської області від 30.01.2017 р. у справі № 638/18932/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64493427> (дата звернення: 01.11.2018).
4. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 10 від 24.10.2011 р. «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-11> (дата звернення: 01.11.2018).
5. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 р. «Про судову практику розгляду справ про оскарження нотаріальних дій або відмов у їх вчиненні». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00137.html (дата звернення: 01.11.2018).
6. Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 05.06.2015 р. у справі № 686/5110/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44993340> (дата звернення: 01.11.2018).
7. Постанова Верховного Суду України від 20.05.2015 р. у справі № 6-158цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45855991> (дата звернення: 01.11.2018).
8. Постанова Верховного Суду України від 11.03.2015 р. у справі № 6-141цс14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43203790> (дата звернення: 01.11.2018).
9. Рішення Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 06.07.2017 р. у справі № 202/2409/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67646183> (дата звернення: 01.11.2018).

10. Пономарьов М. М., Косткіна Ю. Ю. Особливості розгляду господарськими судами справ про визнання виконавчих написів нотаріусів такими, що не підлягають виконанню. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2012. Вип. 20. Ч. 2, т. II. С. 25–28.

References:

1. Vasyliiev, S.V. (2012). Osoblyvosti rozghliadu okremykh katehorii tsyvilnykh sprav. Kharkiv: Espada [in Ukrainian].
2. Ukhvala Dzerzhynskoho raionnoho sudu m. Kharkova vid 24.11.2016 r. u spravi № 638/18932/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63250805>.
3. Ukhvala Apeliatsiinoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 30.01.2017 r. u spravi № 638/18932/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64493427>.
4. Postanova Plenumu Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy № 10 vid 24.10.2011 r. «Pro deiaki pytannia pidvidomchosti i pidsudnosti sprav hospodarskym sudam». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-11>.
5. Lyst Vyshchoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvilnykh i kryminalnykh sprav vid 07.02.2014 r. «Pro sudovu praktyku rozghliadu sprav pro oskarzhennia notarialnykh dii abo vidmovu u yikh vchynenni». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00137.html.
6. Rishennia Khmelnytskoho miskraionnoho sudu Khmelnytskoi oblasti vid 05.06.2015 r. u spravi № 686/5110/15-ts. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44993340>.
7. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 20.05.2015 r. u spravi № 6-158ts15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45855991>.
8. Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 11.03.2015 r. u spravi № 6-141ts14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43203790>.
9. Rishennia Industrialnoho raionnoho sudu m. Dnipropetrovska vid 06.07.2017 r. u spravi № 202/2409/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67646183>.
10. Ponomarov, M.M., Kostkina, Yu.Yu. (2012). Osoblyvosti rozghliadu hospodarskymy sudamy sporiv pro vyznannia vykonavchykh napisiv notariusiv takymy, shcho ne pidlihaiut vykonanniu. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Serii: Pravo, issue 20, part 2, vol. II, 25–28* [in Ukrainian].

Servetnik A. G., Adjunct of the Department of Civil Law and Process, National Academy of Internal Affairs, Ukraine, Kyiv.

e-mail : annaservetnik@ukr.net

Special questions of judiciary practice to recognize notarius executive notes unlesable

In the article, on the basis of the analysis of doctrinal sources and materials of the judicial practice, are considered issues of protection of debtors' interests in notarial legal relations in relation to executing inscription execution. A characteristic is given to the recognition of the executive inscription as not being enforceable as a method of protecting the debtor's rights and interests. The peculiarities of consideration by the courts of the defined category of cases are analyzed. The most typical mistakes of notaries, which become the basis for solving cases in favor of debtors, are revealed.

Thus, the recognition of the executive inscription of the notary as not being enforced is a separate way of judicial protection of the rights of the debtor in cases of its commission contrary to the requirements of the law, in the presence of a dispute between the debtor and the collector. The relevant protection is carried out in accordance with the rules of civil or economic proceedings, in the procedure of legal proceedings.

It should be emphasized separately that the satisfaction of the debtor's claim with the subsequent recognition of the executive inscription as not being enforced does not deprive the taxpayer of the right to collect the debt in court, but merely states that it is impossible to protect his violated rights notarially.

An analysis of court case studies by the courts of this category of cases shows that the most common reasons for satisfaction of debtors' claims are: execution of executive inscriptions in the absence of the necessary documents envisaged by the List; execution of an executive inscription in the event of a dispute

over arrears that was or is being considered in court; execution of an executive inscription in case of missed application of time limits for making a claim, etc.

This tendency necessitates paying special attention to typical mistakes of notaries in the execution of executive inscriptions at the level of the guidance clarifications of the Ministry of Justice of Ukraine and the higher courts. The latter, according to our opinion, will minimize the number of court cases on the recognition of executive writings as non-enforceable and will promote the unity of notarial practice.

Keywords: executive inscription; protection of civil rights by a notary; recognition of the executive inscription as not subject to execution; consideration by courts of certain categories of cases; appeal of notarial acts.

Рекомендоване цитування: Серветник А. Г. Окремі питання судової практики визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 33–44. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154665>.

Suggested Citation: Servetnik, A.G. (2019). Okremi pyttannia sudovoi praktyky vyznannia vykonavchoho napisu notariusu takim, shcho ne pidlihaie vykonanniu [Special questions of judiciary practice to recognize notarius executive notes unlessable]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 33–44*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154665> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 15.01.2019 р.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО



Малолітнева Веста Костянтинівна,
кандидат юридичних наук, учений секретар,
Інститут економіко-правових
досліджень НАН України, Україна, м. Київ
e-mail: vestamalolitneva@gmail.com
ORCID 0000-0001-9678-1750



Ліллемя Олена Едуардівна,
кандидат юридичних наук,
головний спеціаліст Департаменту моніторингу
і контролю державної допомоги,
Антимонопольний комітет України,
молодший науковий співробітник,
Інститут економіко-правових
досліджень НАН України, Україна, м. Київ
e-mail: lillemiae@gmail.com
ORCID 0000-0003-4899-107X

doi: 10.21564/2414–990x.144.154611
УДК 346.546

ГОРИЗОНТАЛЬНІ ЦІЛІ У ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЛЯХ ЯК ДОДАТКОВА ПІДСТАВА ДЛЯ ОЦІНКИ НА ВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВИЛАМ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ

Розглянуто проблеми реалізації горизонтальних цілей у публічних закупівлях, зокрема у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту, у контексті правил про державну допомогу. Детально досліджено питання застосування «тесту покупця на ринкових умовах» для визначення наявності або відсутності невиправданої економічної переваги у закупівлях із горизонтальними цілями, які часто призводять до здорожчання закупівлі. Проведено детальний аналіз досвіду Європейського союзу (ЄС), практики Суду ЄС у визначенні співвідношення публічних

закупівель та державної допомоги, і вирішенні питань, чи становлять публічні закупівлі із горизонтальними цілями державну допомогу, яка є недопустимою для конкуренції. Розроблено конкретні пропозиції та рекомендації для проведення аналізу та визначення замовниками, а також Антимонопоольним комітетом України, чи становить закупівля із горизонтальними цілями державну допомогу, яка може спотворювати або загрожувати спотворенням економічної конкуренції.

Ключові слова: економічна конкуренція; публічні закупівлі; державна допомога; горизонтальні цілі; економічна перевага; Угода про асоціацію з ЄС.

Малолетнева В. К., кандидат юридических наук, учений секретарь, Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Україна, г. Київ.

e-mail : vestamalolitneva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9678-1750

Лиллемяэ Е. Э., кандидат юридических наук, главный специалист Департамента мониторинга и контроля государственной помощи, Антимонопольный комитет Украины, младший научный сотрудник, Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Україна, г. Київ.

e-mail : lillemiae@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4899-107X

Горизонтальные цели в публичных закупках как дополнительное основание для оценки на соответствие правилам государственной помощи

Статья посвящена проблемам реализации горизонтальных целей в публичных закупках, в частности в сфере охраны окружающей среды и социальной защиты, в контексте правил о государственной помощи. Подробно исследованы проблемы применения «теста покупателя на рыночных условиях» для определения наличия или отсутствия неоправданного экономического преимущества в закупках с горизонтальными целями, которые часто приводят к подорожанию закупки. Проведен детальный анализ опыта Европейского союза (ЕС), практики Суда ЕС в определении соотношения публичных закупок и государственной помощи, и решения вопросов, представляют ли публичные закупки с горизонтальными целями государственную помощь, которая является недопустимой для конкуренции. Разработаны конкретные предложения и рекомендации для проведения анализа и определения заказчиками, а также Антимонопольным комитетом Украины, представляет ли закупка с горизонтальными целями государственную помощь, которая может искажать или угрожать искажением экономической конкуренции.

Ключевые слова: экономическая конкуренция; публичные закупки; государственная помощь; горизонтальные цели; экономическое преимущество; Соглашение об ассоциации с ЕС.

Вступ. Останнім часом усе більше країн світу використовують публічні закупівлі стратегічно як засіб реалізації цілей за різними напрямками державної політики, наприклад з охорони навколишнього середовища. Такі цілі у публічних закупівлях називають «горизонтальними» [1, с. 150], оскільки вони реалізуються паралельно з основною метою закупівель – придбання товарів, робіт та послуг на найкращих умовах, що в основному передбачає закупівлю товарів, робіт та послуг найвищої якості за найменшу ціну. Для України стратегічне використання публічних закупівель не є новим явищем, коли під час закупівель реалізовувалась політика з підтримки вітчизняних товаровиробників. Наразі в умовах обмеженості державних коштів публічні закупівлі використовуються переважно як засіб забезпечення ефективного використання таких коштів. Утім, з огляду на виконання вимог Угоди про асоціацію з ЄС та викликів, що постають зараз перед кожною країною світу, зокрема необхідності захисту навколишнього середовища та підвищення соціальних стандартів, стратегічне

використання закупівель набуває нового значення. Так, згідно з «дорожньою картою» реформування публічних закупівель Україна взяла на себе зобов'язання з адаптації законодавства до вимог ЄС у сфері закупівель, що передбачатиме також і поступове запровадження, наприклад, «зелених» та соціально відповідальних закупівель, що матиме наслідком застосування горизонтальних цілей у закупівлях із соціального захисту та захисту навколишнього середовища [2]. При цьому стратегічне використання публічних закупівель потребуватиме зваженого підходу, оскільки у деяких випадках такі закупівлі можуть становити державну допомогу, яка за загальним правилом є недопустимою для конкуренції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У ЄС питання співвідношення державної допомоги та публічних закупівель, а також реалізації горизонтальних цілей у закупівлях відповідно до правил про державну допомогу виступають предметом як широкої наукової дискусії, так і практичної діяльності [3; 4, с. 207–249; 5]. В Україні це питання наразі не виступає предметом наукових досліджень.

Мета і завдання дослідження. Враховуючи глобальні процеси зі сталого розвитку, до яких приєдналась Україна, а також зобов'язання, які взяла на себе наша держава відповідно до вимог Угоди про асоціацію з ЄС, стратегічне використання публічних закупівель зростатиме, що потребує детального дослідження та розробки пропозицій з метою попередження випадків надання під час здійснення таких закупівель державної допомоги, яка може бути недопустимою для конкуренції. У ЄС здійснення публічних закупівель має відповідати основним принципам Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЕС) та Директив ЄС у сфері публічних закупівель. Дані Директиви прямо не визначають правила, які б попереджували можливість надання державної допомоги, яка може бути недопустимою для конкуренції, під час закупівель. Однак це не означає, що замовники звільняються від обов'язку запобігання отримання економічної вигоди, яка, як наслідок, може спотворювати або загрожувати спотворенням економічної конкуренції, під час здійснення закупівель. Поки що у жодній справі, яка розглядалась Судом ЄС, не визначено, чи становить реалізація горизонтальної політики шляхом проведення публічних закупівель державну допомогу. У цьому контексті важливо встановити, як правила про державну допомогу можуть впливати на реалізацію горизонтальних цілей у публічних закупівлях? Чи не вважатиметься надання замовником опосередкованої економічної переваги переможцю закупівлі, якщо укладається договір на основі горизонтального критерію? Вказане визначає мету та обумовлює актуальність проведення даного дослідження.

Виклад основного матеріалу. У ЄС правила з публічних закупівель та державної допомоги мають одну спільну мету – попередити порушення відповідними органами влади конкуренції на внутрішньому ринку. І хоча концепція конкуренції займає центральне місце як серед правил з публічних закупівель, так і правил про державну допомогу, вона створює різні зобов'язання у межах

правил про публічні закупівлі та державну допомогу. Так, концепція конкуренції відповідно до правил із закупівель передбачає створення конкуренції між учасниками шляхом забезпечення рівного доступу для участі у закупівлі. Таким чином, концепція конкуренції у цьому аспекті має за мету підвищити кількість потенційних учасників, тобто створити більшу конкуренцію за можливість стати переможцем закупівлі. Правила з публічних закупівель забороняють надавати дискримінаційні права та привілеї у формі договорів про закупівлю. Згідно з преамбулою Закону України «Про публічні закупівлі» одна з цілей даного Закону передбачає створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель.

У свою чергу концепція конкуренції відповідно до правил про державну допомогу спрямована на захист або збереження вже існуючої конкуренції на ринку, таким чином маючи за мету забезпечити, щоб конкуренція між учасниками ринку не була порушена шляхом надання переваг. Правила з державної допомоги забороняють дискримінаційне надання державних ресурсів. Преамбула Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» визначає, що Закон спрямований на забезпечення захисту та розвитку конкуренції. Хоча дані цілі можна вважати взаємовиключними, державна допомога та публічні закупівлі можуть співпадати.

Необхідно зазначити, що за загальним правилом державна допомога суб'єктам господарювання є недопустимою для конкуренції. Для того, щоб захід взагалі було визнано державною допомогою, необхідне кумулятивне виконання декількох критеріїв:

- підтримка надається суб'єкту господарювання;
- фінансування державної підтримки здійснюється за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;
- підтримка створює переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;
- підтримка спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції.

Однак державна допомога може бути визнана допустимою для конкуренції, наприклад, у разі її надання для горизонтальних цілей, які досягаються у тому числі шляхом проведення процедури публічних закупівель.

У практиці Європейської комісії та науковій літературі існує позиція, що дотримання правил з публічних закупівель, встановлених у Директивах ЄС з публічних закупівель, презюмує відповідність таких закупівель правилам з державної допомоги [6; 7]. Дотримання процедур з публічних закупівель запобігає наданню економічної переваги і, таким чином, забезпечує, що публічні закупівлі не становлять державну допомогу. Навіть якщо неможливо уникнути державної допомоги, закупівельні процедури обмежують розмір допомоги, що робить допомогу пропорційною, а отже, й сумісною з внутрішнім ринком [8]. Утім, ситуація змінюється, якщо учасник все ж таки отримує під час закупівель невинуватну економічну вигоду. Часто вважається, що використання горизонтального критерію удорожчує закупівлю, тому замовник сплачує більшу суму, тобто більшу, ніж він мав платити без використання горизонтального критерію.

Таке удорожчання пояснюється тим, що крім ціни за самі товари, роботи та послуги, які необхідні замовнику для виконання його функцій, він додатково сплачує за реалізацію певних цілей, які безпосередньо не пов'язані з його функціональними обов'язками, наприклад, охорони навколишнього середовища, адже, наприклад, «зелені» товари часто є дорожчими за товари такого ж функціонального призначення, але без обмеженого впливу на довкілля. І для того, щоб визначити наявність або відсутність невинуватої економічної переваги, а отже, надання державної допомоги у публічних закупівлях із горизонтальним критерієм, можна застосувати «тест покупця на ринкових умовах».

Правила з державної допомоги певною мірою ідентифікують державу як інвестора або кредитора, а у межах публічних закупівель держава розглядається як покупець товарів, робіт та послуг [9]. Але у обох випадках держава може пройти тест «принцип інвестора/кредитора/покупця, який діє в умовах ринкової економіки», тобто він має діяти як суб'єкт господарювання, який очікує на прибуток, або як приватний покупець, який шукає найкраще співвідношення ціни та якості. Цей тест застосовується для визначення, чи була отримана економічна перевага, яка не була б одержана ним за «нормальних ринкових умов». Тобто, якщо розсудливий приватний інвестор вніс би інвестиції, то можна вважати, що такий же захід з боку країни-члена ЄС не становить державну допомогу. Такий тест застосовувався для оцінки, наприклад, приватизації державних підприємств, згідно з яким у разі якщо розсудливий приватний продавець вважав би прийнятною ціну, за яку державне майно продається, то такий захід не вважається державною допомогою. Таким же чином у публічних закупівлях закупівля не становить державну допомогу, якщо розсудливий приватний покупець купив би відповідні товари, роботи та послуги за таких же умов. Якщо відповідь негативна, оскільки приватний покупець вважав би для себе таку ціну високою, закупівля може вважатися такою, що надає надмірну компенсацію учаснику і може охоплюватись правилами державної допомоги. Взагалі приватний інвестор навряд чи передбачає досягнення горизонтальних цілей, виходячи з того, що останні за визначенням мають неекономічну природу.

Отже, можна припустити, що горизонтальний критерій не відображає дійсну ринкову вартість товарів чи послуг. І оскільки вважається, що включення горизонтального критерію удорожчує закупівлю, такий інвестор навряд чи буде готовий заплатити додаткову вартість за нього. Таким чином, укладення договору про закупівлю на основі неекономічного (горизонтального) критерію передбачатиме економічну перевагу учаснику, коли інша пропозиція, яка ґрунтується не на горизонтальному критерії, була більш економічно вигідною. Як наслідок, економічна перевага – це різниця між ціною для задоволення горизонтального критерію та ціною учасника, якого не було обрано через невідповідність такому горизонтальному критерію, однак якого обрав би приватний покупець. Тобто це фактично передбачає, що держава платить суб'єкту господарювання за те, що він відповідає тій політиці, яку держава проводить, наприклад, у сфері охорони навколишнього середовища.

Наслідки застосування такого тесту будуть несприятливими для реалізації горизонтальних цілей через закупівлі. Як і у ЄС, в Україні існує система контролю і моніторингу надання державної допомоги. Якщо закупівля та використання горизонтальних критеріїв будуть мати ознаки державної допомоги, замовники, які виявлять бажання здійснити таку закупівлю, повинні будуть подати повідомлення до Уповноваженого органу з питань державної допомоги (Антимонопольного комітету України) до моменту її здійснення, адже допомога може бути визнана недопустимою для конкуренції і як, наслідок, визнана незаконною. Однак в той же час замовники мають право самі проводити *ex ante* аналіз на наявність ознак, яким має відповідати державна допомога, і не подавати повідомлення до Антимонопольного комітету України. Це призводить до ситуації, що горизонтальний критерій не може братися до уваги навіть у тих випадках, коли замовник дотримується всіх правил із закупівель, адже включення горизонтального критерію до закупівлі призводить до їх удорожчання, що може розглядатися як надання економічної переваги.

У такому разі визначення валового еквівалента гранту (далі – ВЕГ) є принципово важливим моментом. Термін ВЕГ описує у грошовому еквіваленті економічну перевагу, яка підприємству фактично приносить користь, простіше кажучи – це фактичний розмір суми державної допомоги, яку суб'єкт господарювання отримує. ВЕГ також називають як «цінність (значення) допомоги» [10, с. 6]. Отже, сумою допомоги у випадку удорожчання закупівлі буде різниця між ринковою вартістю закупівлі та тією, що сформувалася з урахуванням горизонтальних критеріїв.

Важливо зазначити, що державна допомога може існувати у разі удорожчання закупівлі, яке обов'язково повинно спричинити надання економічної переваги підприємству, де існує або може існувати конкуренція. Тобто коли така перевага може покращити конкурентну позицію одержувача в порівнянні з іншими суб'єктами господарювання, з якими він конкурує на ринку. Це може бути і у разі, коли національний закон певної держави на ринку, де конкуренція є обмеженою, дозволяє використовувати розрахунок ціни на підставі собівартості, а не ринкової процедури щодо товару, послуги. Наприклад, відповідно до законодавства Німеччини щодо публічного ціноутворення встановлення ринкової ціни вимагає існування фактичної конкуренції. Там, де конкуренція відсутня або є обмеженою, ціна формується на підставі собівартості і може відрізнитися від такої, яка встановлена шляхом конкурентної, прозорої, недискримінаційної та безумовної процедури тендеру, і тому цілком ймовірним є невідповідність ціни звичайним ринковим умовам у розумінні норм ЄС, незважаючи на її потенційну відповідність національному законодавству про публічне ціноутворення [11, с. 271].

Такі ситуації можуть провокувати отримання опосередкованої економічної переваги, яка може впливати на конкурентне середовище, зокрема, навіть у разі обмеженої конкуренції на ринку. Але оскільки за європейськими нормами формування ринкової ціни закупівлі все ж таки має відбуватися шляхом конкурент-

ної, недискримінаційної та безумовної процедури тендеру, економічна перевага у такому випадку має бути відсутня.

Утім, чи завжди приватний інвестор або покупець керується лише економічними міркуваннями? У сучасному житті зі зростанням зовнішніх викликів, таких як, наприклад, забруднення навколишнього середовища, можна припустити, що приватний покупець готовий заплатити більшу ціну за більш екологічно чисті товари, або навіть із моральних міркувань відмовитись від товарів з певних країн, бойкотуючи їх. Крім того, практикою Суду ЄС визнано, що для проходження такого тесту необхідно порівнювати державний захід лише з поведінкою інвестора, який має довготривалі цілі і навіть готовий понести задля цього короткострокові втрати. Оскільки горизонтальні політики, як правило, переслідують саме довгострокові цілі [12; 13], це може бути одним із аргументів виключення публічних закупівель із горизонтальними критеріями з-під дії правил державної допомоги, однак, звичайно, це є недостатнім. З іншого боку, для оцінки наявності державної допомоги також важливо, щоб довгострокові цілі приносили і певну індивідуальну вигоду для нього. А реалізація горизонтальних цілей часто передбачає задоволення саме загальних інтересів суспільства або окремих його груп, а не індивідуальних інтересів замовника. Взагалі, країни-члени ЄС мають право, а в деяких випадках зобов'язані, реалізовувати неекономічні цілі за допомогою публічних закупівель. Так, наприклад, встановлено обов'язок державних замовників під час укладення договорів з публічних закупівель дорожнього транспорту брати до уваги рівень споживання енергії, викидів CO₂ та інших забруднюючих речовин. Таке зобов'язання закріплено у Директиві 2009/33/ЄС з підтримки чистого та енергоефективного дорожнього транспорту. Це говорить про те, що закупівля автоматично не може вважатися державною допомогою лише тому що, вона була здійснена з використанням горизонтального критерію. У іншому разі замовник тоді ніколи не зможе придбати, приміром, машину з низьким рівнем споживання палива з метою захисту навколишнього середовища, бо автоматично буде ставити учасника з машиною, у якої більший рівень споживання палива, у невігідне становище.

Важливо зазначити, що лише підтримка, яка призводить до створення переваг, що ставить отримувача у більш вигідне становище у порівнянні з іншими учасниками, становить державну допомогу. Однак це може стосуватися ситуацій, коли є переплата (завищена ціна) за товари та послуги, які закуповуються, тобто коли рівновага між ціною та товаром порушена. Оскільки збільшення ціни через застосування горизонтального критерію обумовлено, як правило, більшими виробничими витратами, то це навряд чи можна вважати переплатою. У цьому випадку більша ціна лише відображає специфічні ознаки товару, що закуповується. Тобто питання має ставитись не про те, чи приватний покупець, який не переслідує горизонтальні цілі, однак бере до уваги лише економічні критерії, придбав би товари та послуги за таку ж саму ціну. А про те, чи приватний покупець, який намагається реалізувати горизонтальну політику, заплатив би таку ж саму ціну [14].

Важливо зазначити, що якщо укладення договору про закупівлю на основі горизонтального критерію буде результатом вільної конкуренції та критерій буде застосовуватись на недискримінаційній основі, дана закупівля не буде вважатися державною допомогою. Наприклад, у справі Суду ЄС *London Underground* зазначено, що коли угода про інфраструктуру укладена з дотриманням відкритої, прозорої і недискримінаційної процедури, тоді даний проект можна розглядати як той, що представляє ринкову ціну за його виконання, і таким чином не передбачає наявності державної допомоги [7]. Практика Суду ЄС дозволяє використання горизонтальних критеріїв у публічних закупівлях. Наприклад, Суд ЄС у справі *Concordia Bus* [15] дозволив включати екологічні вимоги до критерію оцінки пропозиції навіть за умови, що він не має прямої економічної вигоди для замовника. При цьому Суд встановив умови, за яких такий критерій може застосовуватись. По-перше, критерій має відповідати загальним принципам рівного ставлення та прозорості, по-друге, замовник має чітко зазначити про цей критерій у повідомленні про закупівлю та у всій закупівельній документації, щоб учасники заздалегідь були проінформовані про особливі вимоги. Одна із найбільш важливих умов, за яких горизонтальний критерій може застосовуватись, полягає у тому, що він має бути пов'язаний із предметом договору про закупівлю. Отже, при використанні горизонтальних критеріїв замовник має дотримуватися низки умов, здатних убезпечити від виникнення ознак, за яких такий захід може бути визнано державною допомогою.

У цьому контексті важливо зазначити, що для встановлення того, чи становить публічна закупівля з горизонтальними критеріями державну допомогу, слід вказати на наявність такої ознаки, як пов'язаність таких критеріїв або вимог із предметом договору про закупівлю. Питання розмежування вимог у публічних закупівлях, які пов'язані чи виходять за межі предмета договору про закупівлю, не є предметом цього дослідження. Втім, слід коротко зазначити, що, як правило, вимоги, які пов'язані з предметом договору про закупівлю, впливають або можуть відобразитися на споживчих якостях та характеристиках предмета закупівлі. Якщо ж вимоги не стосуються виконання самого договору про закупівлю, а наприклад, загальної діяльності суб'єкта господарювання в цілому, зокрема загального рівня забруднюючих речовин підприємства, вони не є пов'язаними із предметом договору про закупівлю.

Деякі автори не проводять розмежування, виходить вимога за межі предмета договору про закупівлю чи ні, оскільки, якщо застосовувати тест приватного інвестора, тобто яку суму приватний інвестор заплатить за товари та послуги разом з горизонтальним критерієм, тоді вже немає необхідності проводити таке розмежування, позаяк один і той же тест буде застосовуватись у обох випадках [14]. Однак все ж таки такий поділ може мати вплив на визначення закупівель із горизонтальними критеріями як державну допомогу. Виходячи із проведеного аналізу, у разі якщо вимоги у закупівлі, наприклад, щодо захисту навколишнього середовища, не виходять за межі предмета договору про закупівлю,

тобто коли замовник діє як закупівельник, і предмет закупівлі придбавається на основі ринкової ціни, така закупівля не становить державної допомоги.

Вихід за межі предмета договору про закупівлю може відіграти значну роль у контексті оцінки заходу на наявність ознак державної допомоги. Горизонтальні критерії, які не пов'язані з предметом договору про закупівлю, мають більший вплив на торгівлю, оскільки можуть вплинути на всю діяльність суб'єкта господарювання, і таким чином вплинути на рішення щодо участі у закупівлі, що може призводити до зменшення кількості потенційних учасників. Як правило, під час застосування таких критеріїв замовник вже діє не як закупівельник, а як державний регулятор, тобто застосовуючи публічні закупівлі як засіб державного регулювання, а не лише як механізм, який забезпечує придбання необхідних товарів, робіт та послуг на найкращих умовах. Саме публічні закупівлі з горизонтальними критеріями, які виходять за межі предмета договору про закупівлю, можуть становити державну допомогу, оскільки можуть призводити до спотворення конкуренції, як це було у справі Суду ЄС EVN. У цій справі критеріями оцінки пропозиції учасників виступали ціна та обсяги електроенергії (більше 22,5 ГВт кожного року), які учасник зможе поставляти з відновлювальних джерел енергії. 22,5 ГВт є обсягом електроенергії, який за оцінками буде потрібен за договором про закупівлю. Переможцем мав стати той учасник, який би міг поставляти з відновлювальних джерел більше електроенергії, ніж була необхідна для договору, тобто більше ніж 22,5 ГВт. Суд ЄС зазначив, що встановлення такого критерію, який стосується обсягів електроенергії, які учасник спроможний постачати взагалі (і для інших клієнтів у тому числі), а не обсягів, які учасник зможе постачати спеціально для замовника, який закуповує електроенергію, є неправомірним. Такий критерій згідно з позицією Суду ЄС спрямований просто на підвищення загального рівня енергозабезпечення із використанням відновлювальних джерел на ринку, а не на те, як учасник виконає договір про закупівлю. Такий критерій може призвести до дискримінації тих учасників, які відповідають всім вимогам, що пов'язані із виконанням договору, втім, не зможуть конкурувати з підприємствами, які внаслідок наявних більших виробничих та постачальницьких можливостей, можуть поставити більші обсяги електроенергії, ніж інші [16].

Установлюючи вимоги, спрямовані просто на підвищення загального рівня енергозабезпечення із використанням відновлювальних джерел на ринку, а не на те, як учасник виконає договір про закупівлю, замовник виступає вже не як закупівельник, а вже як регулятор. У цьому контексті постає питання щодо доцільності застосування до замовника як до регулятора тесту «покупця на ринкових умовах». Адже встановити у цьому разі, що замовник діяв таким же чином, як і звичайний покупець, що керується тільки комерційними міркуваннями, є складним завданням, що призводить до труднощів виключення наявності державної допомоги лише на основі «тесту покупця на ринкових умовах».

Таким чином, якщо закупівля з горизонтальним критерієм здійснюється із дотриманням закупівельних процедур і горизонтальний критерій не виходить

за межі предмета закупівлі, це дає підстави стверджувати про відсутність державної допомоги, навіть якщо ціна такої закупівлі є вищою за «традиційні» закупівлі без використання горизонтального критерію, адже більша ціна лише відображає специфічні ознаки товару, що закуповується. Тобто замовник не повинен повідомляти про таку закупівлю до Уповноваженого органу з питань державної допомоги. А у разі виходу горизонтального критерію за межі предмета закупівлі, навіть за умов здійснення закупівельних процедур, такі закупівлі разом із нормами публічних закупівель мають обов'язково відповідати вимогам правил про державну допомогу. Це положення підтверджується і практикою Суду ЄС. Так, у справі Суду *Beentjes*, у якій зазначено, що свобода країни-членів ЄС обмежена у виборі критеріїв оцінки пропозиції, які безпосередньо не відносяться до договору про закупівлю, наголошуючи, що вибір обмежено критерієм визначення пропозиції, яка є найбільш економічно вигідною (це стосувалось конкретних меж справи). Суд також указав, що укладення договору про закупівлю на основі інших критеріїв оцінки пропозиції, ніж тих, які визначені у Директивах ЄС про закупівлі, має відповідати вимогам ст. 107 ДФЄС. Суд, установлюючи зв'язок між правилами про публічні закупівлі та державну допомогу, зазначає, що застосування таких критеріїв оцінки пропозиції можливе лише як виняток і повинно відповідати правилам про державну допомогу. Таким чином, у разі виходу горизонтальних вимог у публічних закупівлях за межі предмета договору про закупівлю, замовники повинні оцінювати таку закупівлю на відповідність правилам про державну допомогу.

Крім того, досліджуючи можливість реалізації горизонтальних цілей у публічних закупівлях, може постати наступне питання. Так, державна допомога може бути визнана допустимою для конкуренції у випадках її надання для горизонтальних цілей, які також досягаються і через публічні закупівлі, наприклад, сприяння соціально-економічному розвитку регіонів, рівень життя в яких є низьким або рівень безробіття є високим. Відповідно до Стратегії ЄС «Європа 2020» і публічні закупівлі, і державна допомога визнаються засобами досягнення цілей, установлених у Стратегії, наприклад, розвитку інноваційної та «зеленої» економіки. Згідно з частиною другою статті 6 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» Кабінет Міністрів України визначає критерії оцінки допустимості окремих категорій державної допомоги, що надається для цілей, передбачених частиною першою цієї статті, зокрема, таких категорій як допомога та захист навколишнього природного середовища, підтримка середнього та малого підприємництва тощо. Постає питання, якщо досягнення таких цілей дозволено у межах правил про державну допомогу, чому воно не може бути дозволеним у межах правил про публічні закупівлі? Оскільки практичні напрацювання в Україні з цього питання наразі відсутні, для ґрунтовного вивчення даного аспекту необхідно звернутись до досвіду та нормативно-правових актів ЄС, згідно з вимогами яких Україна має адаптувати національне законодавство.

Наприклад, для публічних закупівель Суд ЄС відхилив регіональний розвиток як мету для виправдання перешкоди торгівлі, навіть з урахуванням того, що політика з розвитку регіонів може мати важливі соціальні цілі. Дане питання було розглянуто у справі *Du Pont de Nemours* [17], яка полягала у тому, що італійський замовник у сфері охорони здоров'я зарезервував 30 % необхідних йому товарів, зокрема радіологічну плівку та спеціальну рідину, для учасників зі збіднілого регіону Південної Італії. Це рішення було прийнято відповідно до закону Італії, згідно з яким італійські замовники мали резервувати 30 % своїх товарів, які закуповуються, для суб'єктів господарювання, що були засновані та мали постійне місце знаходження у Південній Італії, і пропонували товари, які хоча б частково були вироблені у цьому регіоні. Розвиток бідніших регіонів виступає метою ЄС, яка має бути досягнута через допомогу країн-членів у певних випадках, навіть за умови, що державна допомога взагалі є недопустимою для конкуренції. Норми ДФЄС, зокрема ст. 107, дозволяють Європейській Комісії надавати згоду на надання допомоги, яка спрямована на підтримку економічного розвитку територій, де рівень життя є надзвичайно низьким, або де існує високий рівень безробіття, навіть якщо вона впливає на внутрішній ринок. У цьому разі переваги від зменшення регіональних нерівностей переважають над торговельними інтересами, але у справі *Du Pont de Nemours* Суд ЄС зазначив, що закупівлі, які перешкоджають торгівлі, не можуть бути виправдані. Суд визнав такі заходи перешкодою для торгівлі, оскільки товари, які походять з інших країн-членів, попадають під дискримінацію, незалежно від того факту, що вищезазначені вимоги охоплювали також й італійську продукцію з інших регіонів. Згідно з позицією Італії такі заходи виходять за протекціоністські цілі і спрямовані на зменшення «соціального та економічного» дисбалансу регіону, таким чином така мета буде співпадати з метою ЄС – допомоги регіону з надзвичайно низьким рівнем життя відповідно до ст. 107 ДФЄС (раніше ст. 87 Договору про заснування ЄС). Однак Суд відхилив цей аргумент стверджуючи, що загальні інтереси не можуть виступати підставою для застосування заходів, що призводять до прямої дискримінації, а отже, перешкоджають торгівлі.

Хоча у справі *PreussenElektra* [18] Суд зайняв іншу позицію і дозволив застосування таких заходів, виходячи із необхідності захисту навколишнього середовища. Однак є невирішеним питання у разі саме заходів, які призводять до непрямой дискримінації (тобто різне ставлення до суб'єктів господарювання в однакових ситуаціях) і перешкоджають торгівлі, наприклад, коли договір про закупівлю укладається із суб'єктами господарювання, які певну частину своєї діяльності здійснюють у конкретному регіоні незалежно від національності. При цьому важливо зазначити, у справі *Du Pont de Nemours* Суд ЄС не розглянув питання, чи такі закупівлі самі по собі становили державну допомогу, оскільки одразу було встановлено, що вони порушують ст. 30 Договору про заснування ЄС (зараз ст. 28 ДФЄС) щодо вільного руху товарів. Із цього можна зробити висновок, що у разі закупівель, якщо це прямо шкодить торгівлі і не може бути виправдано випадками, встановленими у ст. 36 ДФЄС (наприклад на підставі

супільної моралі, порядку та безпеки), такі закупівлі навіть не розглядають у контексті відношення її до державної допомоги, яка цілком може бути допустимою для конкуренції.

Тут постає інше питання, а якщо самі закупівлі, які спрямовані на досягнення, наприклад, регіонального розвитку, або інших промислових цілей, визначених у ст. 107 ДФЕС, можуть становити державну допомогу та бути схваленими Європейською комісією? Але у цьому разі Суд зазначив, що незалежно від того, що публічні закупівлі можуть бути охарактеризовані як державна допомога відповідно до ст. 107 ДФЕС (колишня ст. 87 Договору про заснування ЄС), вони не можуть бути виправдані відповідно до правил ЄС з державної допомоги, якщо вони порушують правила вільного руху товарів, робіт та послуг. І проста кваліфікація як державної допомоги сама по собі не виключає закупівлі з правил про вільну торгівлю [19]. Але рішення Суду ЄС не пояснює, чому певні заходи, наприклад, фінансова допомога, яка може перешкоджати торгівлі, може бути визнана як допомога і дозволена Європейською комісією, а інші, як закупівлі, не можуть. Таким чином, можна зробити висновок, що наразі згідно з правилами ЄС дискримінаційні заходи у публічних закупівлях заборонені, навіть якщо спрямовані на досягнення таких горизонтальних цілей, як регіональний розвиток та захист навколишнього середовища, якщо вони перешкоджають вільній торгівлі. Такі закупівлі є недопустимими та навіть не розглядаються у відношенні їх до державної допомоги, яка цілком може бути допустимою для конкуренції. Тобто реалізація горизонтальних цілей у закупівлях можлива лише за дотримання всіх вимог законодавства про публічні закупівлі, що не допускає проявів дискримінації навіть на підставі досягнення різних соціально важливих цілей. Тобто наразі захист внутрішнього ринку залишається пріоритетною метою регулювання відносин у сфері публічних закупівель.

Висновки. Фактично публічні закупівлі з горизонтальним критерієм дають додаткові підстави звертатися до правил державної допомоги для оцінки такого заходу через високу вірогідність отримання суб'єктом господарювання опосередкованої економічної переваги, яка може вплинути на конкуренцію.

Якщо замовником дотримано всіх правил з публічних закупівель і горизонтальний критерій не виходить за межі предмета закупівлі, тоді більша ціна закупівлі з горизонтальним критерієм у порівнянні із закупівлею без нього є відображенням специфіки виробничих процесів і не становить невиправдану економічну вигоду. Таким чином, укладення договору про закупівлю з горизонтальним критерієм не передбачає державну допомогу. Для точного визначення, чи становить таке удорожчання економічну вигоду, слід застосувати «тест приватного покупця», однак питання слід ставити про те, чи приватний покупець, який намагається реалізувати горизонтальну політику, заплатив би таку ж саму ціну.

Якщо за дотримання всіх основних вимог у сфері закупівель щодо прозорості та недискримінації горизонтальних критерій виходить за межі предмета договору про закупівлі, існує ризик надання невиправдані економічної переваги суб'єкту господарювання-переможцю закупівлі. У цьому разі така закупівля має

відповідати правилам про державну допомогу. Оскільки застосовувати «тест приватного покупця» недоцільно, адже замовник у цьому разі діє як регулятор, слід оцінювати відповідність такої закупівлі правилам з державної допомоги в кожному конкретному випадку окремо.

У будь-якому випадку у разі отримання інформації з будь-яких джерел або з власної ініціативи з обґрунтованих підстав Антимонопольний комітет України має повноваження відкрити справу для поглибленого аналізу. Так і замовники мають повне право проводити самостійний аналіз заходу на наявність ознак державної допомоги і не подавати повідомлення до Уповноваженого органу з питань державної допомоги.

Список літератури:

1. Arrowsmith S. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. 2010. Vol. 10. Issue 2. P. 149–186.
2. Про Стратегію реформування системи публічних закупівель («дорожню карту»): розпорядження КМУ № 175-р від 24.02.2016 р. *Урядовий кур'єр*. 2016. № 62.
3. Petersen C. F. Award of public contracts as a means to conferring state aid. A legal analysis of the interface between public procurement law and state aid law. PhD Series. Doctoral School of Business and Management. Copenhagen Business School. 2018. 312 p. URL: <https://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/9614/Cecilie%20Fanше%20Petersen.pdf?sequence=1> (last accessed: 08.12.2018).
4. Martinic S., Kozina A. “Europe 2020” and the EU public procurement and state aid rules: good intentions that pave a road to hell? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2016. Vol. 12. P. 207–249.
5. On aid measure which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station: Commission Decision (EU) 2015/658. 2014. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/60110181-ed6e-11e4-892c-01aa75ed71a1/language-en> (last accessed: 12.11.2018).
6. Graells A. Public procurement and state aid: reopening the debate? URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768 (last accessed: 08.12.2018).
7. London Underground public private partnership: Commission decision № 264/2002 of 2 December 2002. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N264_2002 (last accessed: 03.12.2018).
8. Nicolaidis P. Public Procurement and State Aid. State Aid Hub.eu. URL: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299> (last accessed: 03.12.2018).
9. Bartosch A. The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance: The Toughest Standard Applies? *Common market law review*. 2002. Vol. 39. № 3. P. 551–576.
10. Büsching K., Wiese T., Both C. European State Aid Law: a Compendium for Practical Application. 2012. 83 p.
11. Koenig C., Wilden B. Re-Communalisation: The Impact of the In-House Privilege and National Public Pricing Law on European State Aid Law. *EStAL*. 2018. № 2. P. 264–273.
12. Joined Cases T-129/95, T-2/96 and T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH and Lech-Stahlwerke GmbH v Commission of the European Communities [1999] ECR II-00017. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61995TJ0129> (last accessed: 08.12.2018).
13. Case C-303/88, Italian Republic v Commission of the European Communities [1999]. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:646add17-002b-4472-962a-566ca01ee064.0002.03/DOC_2&format=PDF (last accessed: 08.12.2018).
14. Priess H., Merveldt M. The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions: monograph / eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. P. 249–270.
15. Case C-513/99, Concordia Bus Finland: [2002] E.C.R. I-07213. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99> (last accessed: 25.10.2018).

16. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Austria [2003] E.C.R. I-14527. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71234&doclang=EN> (last accessed: 17.10.2018).

17. Case C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara [1990] E.C.R. I-00889. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0021> (last accessed: 10.10.2018).

18. Case C-379/98, PreussenElektra AG v Schleswag AG [2001] ECR I-2099. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98> (last accessed: 18.10.2018).

19. Opinion of Advocate General Lenz. Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara. 1989. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CC0021> (last accessed: 10.10.2018).

References:

1. Arrowsmith, S. (2010). Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*, Vol. 10, issue 2, 149–186.

2. Pro strategiiu reformuvannia systemy publichnykh zakupivel (“dorozniu kartu”): rozporiadzenia KMU vid 24.02.2016 r. № 175-r. (2016). *Uriadovuy kurer*, 62 [in Ukrainian].

3. Petersen, C.F. (2018). Award of public contracts as a means to conferring state aid. A legal analysis of the interface between public procurement law and state aid law. PhD Series. Doctoral School of Business and Management. Copenhagen Business School, 312 p. URL: <https://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/9614/Cecilie%20Fanme%20Petersen.pdf?sequence=1>.

4. Martinic, S., Kozina, A. (2016). “Europe 2020” and the EU public procurement and state aid rules: good intentions that pave a road to hell? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 12, 207–249.

5. On aid measure which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station: Commission Decision (EU) 2015/658. 2014. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/60110181-ed6e-11e4-892c-01aa75ed71a1/language-en>.

6. Graells, A. Public procurement and state aid: reopening the debate? URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768.

7. London Underground public private partnership: Commission decision № 264/2002 of 2 December 2002. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N264_2002.

8. Nicolaidis, P. Public Procurement and State Aid. State Aid Hub.eu. URL: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299>.

9. Bartosch, A. (2002). The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance: The Toughest Standard Applies? *Common market law review*, Vol. 39, № 3, 551–576.

10. Büsching, K., Wiese, T., Both, C. (2012). European State Aid Law: a Compendium for Practical Application, 83 p.

11. Koenig, C., Wilden, B. (2018). Re-Communalisation: The Impact of the In-House Privilege and National Public Pricing Law on European State Aid Law. *EStAL*, 2, 264–273.

12. Joined Cases T-129/95, T-2/96 and T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH and Lech-Stahlwerke GmbH v Commission of the European Communities [1999] ECR II-00017. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61995TJ0129>.

13. Case C-303/88, Italian Republic v Commission of the European Communities [1999]. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:646add17-002b-4472-962a-566ca01ee064.0002.03/DOC_2&format=PDF.

14. Priess, H., Merveldt, M. (2009). The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions / S. Arrowsmith, P. Kunzlik (Eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 249–270.

15. Case C-513/99, Concordia Bus Finland: [2002] E.C.R. I-07213. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99>.

16. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Austria [2003] E.C.R. I-14527. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71234&doclang=EN>.

17. Case C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara [1990] E.C.R. I-00889. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0021>.

18. Case C-379/98, PreussenElektra AG v Schleswag AG [2001] ECR I-2099. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98>.

19. Opinion of Advocate General Lenz. Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara. 1989. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CC0021>.

Malolitneva V. K., PhD in Law, Academic Secretary, Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.

e-mail : vestamalolitneva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9678-1750

Lillemiae O. E., PhD in Law, Chief Specialist of State aid monitoring and control Department, Antimonopoly Committee of Ukraine, Junior Researcher, Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.

e-mail : lillemiae@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4899-107X

Horizontal aims in public procurements as an additional reason for assessment of conformity with state aid rules

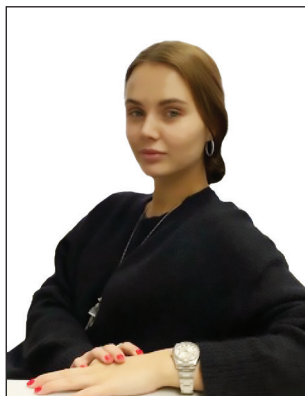
The present article is devoted to the problems of horizontal aims implementation in public procurement, in particular in the field of environmental and social protection, within the framework of state aid rules. The authors give special consideration to the problems of applying a “purchaser’s test on market conditions” to determine whether there is an unjustified economic advantage in procurement with horizontal goals, as it is generally assumed that in such procurement contracting authorities pay a higher price that it would have had to pay without the use of the horizontal criteria. Such overcompensation could put the economic operators at a competitive advantage. For the purpose of defining whether public procurement with horizontal aim involves state aid the article dwells on the influence of the distinction between public procurement with horizontal policy which is related to the subject matter of the awarded contract and which is not. The study indicates that public procurement with horizontal measure which does not relate to the subject matter will probably entails the obligation of contracting authorities to assess if such procurement is in conformity with state aid rules. The article provides an in-depth analysis of the European Union (EU) experience and cases of the Court of Justice of the EU in determining the ratio of public procurement and state aid, and the decisions whether public procurement with horizontal objectives constitutes state aid which distorts competition. The authors elaborate recommendations for contracting authorities and the Antimonopoly Committee of Ukraine how to determine whether procurement of horizontal objectives constitutes state aid that may distort or threaten to distort economic competition.

Keywords: economic competition; public procurement; state aid; horizontal goals; economic advantage; EU-Ukraine Association Agreement.

Рекомендоване цитування: Малолітнева В. К., Ліллемяе О. Е. Горизонтальні цілі у публічних закупівлях як додаткова підстава для оцінки на відповідність правилам державної допомоги. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 45–59. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154611>;

Suggested Citation: Malolitneva, V.K., Lillemiae, O.E. (2019). Horizontalni tsili u publichnykh zakupivliakh yak dodatkova pidstava dlia otsinky na vidpovidnist pravylam derzhavnoi dopomohy [Horizontal aims in public procurements as an additional reason for assessment of conformity with state aid rules]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 45–59*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154611> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 17.01.2019 р.



Косінова Катерина Станіславівна,
*аспірантка кафедри господарського права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: mskosinova10@gmail.com
ORCID 0000-0002-5993-6511*

doi: 10.21564/2414–990x.144.156868

УДК 347.44:347.795.4

ПРАВОВІ ФОРМИ АУТСОРСИНГОВИХ ВІДНОСИН: КОРПОРАТИВНИЙ АСПЕКТ

Досліджено аутсорсинг у контексті корпоративних відносин, що виникають у процесі діяльності холдингових груп підприємств. Проаналізовано ознаки зовнішнього та внутрішнього аутсорсингу, внутрішнього офшорингу та офшорного аутсорсингу. Досліджено правову природу аутсорсингових відносин у процесі діяльності холдингових груп підприємств, а також асоційованих підприємств простої та вирішальної залежності.

Ключові слова: холдинг; внутрішній аутсорсинг; зовнішній аутсорсинг; корпоративні відносини.

Косінова Е. С., аспірантка кафедри хозяйственного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : mskosinova10@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5993-6511

Правовые формы аутсорсинговых отношений: корпоративный аспект

Исследуется аутсорсинг в контексте корпоративных отношений, возникающих в процессе деятельности холдинговых групп предприятий. Проанализированы похожие и отличительные особенности внешнего и внутреннего аутсорсинга, внутреннего офшоринга и офшорного аутсорсинга. Изучается правовая природа аутсорсинговых отношений в процессе деятельности холдинговых групп предприятий, а также ассоциированных предприятий простой и решающей зависимости.

Ключевые слова: холдинг; внутренний аутсорсинг; внешний аутсорсинг; корпоративные отношения.

Постановка проблеми. У сучасних складних економічних умовах підприємства звертаються до нових способів оптимізації витрат, виходу на нові ринки, а також залучення інвестицій, зокрема інноваційного характеру, з метою більш швидкого та потужного розвитку компанії, що в свою чергу призведе до збільшення прибутку. Сьогодні все більш поширеним засобом досягнення

зазначених цілей постає аутсорсинг. У процесі ведення підприємствами господарської діяльності правова природа аутсорсингових відносин може змінюватися та набувати ознак договірної, корпоративної чи змішаної. Враховуючи важливість для держави розвитку вітчизняних компаній, держава має розробити ефективну господарсько-правову політику з метою стимулювання застосування відповідних аутсорсингових відносин. В юридичній та економічній літературі при дослідженні аутсорсингових відносин акцент здебільшого робиться на договірний аспект, що ускладнює розроблення комплексного підходу до створення відповідних господарсько-правових засобів стимулювання тих аутсорсингових відносин, що виникають у процесі діяльності холдингів. У зв'язку з цим саме корпоративному аспектові аутсорсингових відносин буде приділена увага в цій статті.

Аналіз попередніх досліджень. Природу аутсорсингових відносин вивчали Б. Анікін (B. Anikin), С. Календжян (S. Kalendzhian), А. Фадеев (A. Fadieiev), А. Тищенко (A. Tyshchenko), Н. Штангей (N. Shtanhei), А. Згама (A. Zghama), В. Олюха (V. Oliukha), В. Кохан (V. Kokhan), Е. Макеева (E. Makeieva).

Однак корпоративний аспект аутсорсингових відносин достатньої уваги не отримав, що підкреслює складність та актуальність даного питання і, безперечно, потребує подальшого дослідження.

Метою статті є дослідження правової природи аутсорсингових відносин, що виникають у процесі діяльності холдингів та підприємств із різними видами залежності, порівняння їх із аутсорсингом договірного типу; аналіз співвідношення понять зовнішнього та внутрішнього аутсорсингу, внутрішнього офшорингу та офшорного аутсорсингу із аутсорсинговими відносинами договірного та корпоративного характеру.

Виклад основного матеріалу. Як уже зазначалося в попередніх дослідженнях, аутсорсингові відносини дуже різноманітні, їх можна згрупувати за багатьма критеріями на декілька видів: виробничий, ІТ- аутсорсинг, аутсорсинг знань, обслуговуючий тощо. Наступним критерієм, за яким можна виокремити ще два види аутсорсингу, є спосіб організації спільної діяльності. За такою ознакою аутсорсинг поділяються на зовнішній та внутрішній. Такої думки дотримуються Б. Анікін та Дж. Хейвуд. Тут йдеться про залучення зовнішнього самостійного суб'єкта господарювання, який не пов'язаний із компанією-замовником корпоративними відносинами, а також про створення компанією-замовником свого власного підприємства та передавання саме йому на виконання певні виробничі функції чи бізнес-процеси. Таким чином, в літературі під зовнішнім аутсорсингом розуміють передавання процесів зовнішньому виконавцеві з метою зменшення вартості готового виробу і рівня оподаткування підприємства-замовника. У свою чергу внутрішній аутсорсинг являє собою передачу функцій чи бізнес-процесів на виконання спільно створеним підприємствам чи компанії, в якій компанія-замовник має долю в капіталі. Тобто відбувається перерозподіл процесів з передаванням дочірній компанії з метою збереження повного контролю над якістю їх виконання [1, с. 67; 13]. Крім цього, цікавим

є те, що С. Календжян виділяє також удосконалений аутсорсинг, який полягає у передаванні на сторону відомою на ринку компанією частину своїх функцій, залишаючи за собою право контролю і управління ними. Така форма аутсорсингу може передбачати також передавання ліцензій підприємства-замовника постачальникам аутсорсингових послуг [6]. У зв'язку з цим цілком логічним уявляється зробити висновок, що головним відмінним аспектом між зовнішнім та внутрішнім аутсорсингом є наявність корпоративних чи договірних відносин між компанією-замовником та аутсорсером. Тому з цього випливає доцільність дослідження аутсорсингу з точки зору корпоративного аспекту через аналіз діяльності холдингових компаній. Перш за все необхідно зазначити, що в юридичній літературі не існує узгодженого підходу до розуміння поняття «холдингових компаній». Приміром, Г. Гутман вважає, що холдингове підприємство – це корпорація, яка володіє пакетом, що дає право голосу акцій іншої корпорації, достатнім для того, щоб мати над нею діловий контроль [18]. Т. Келлер стверджує, що під холдингом або холдинговим підприємством слід розуміти підприємство, головною сферою діяльності якого є розрахована на тривалий термін пайова участь в одному або кількох самостійних у правовому відношенні інших підприємствах [7]. До того ж в літературі дискутується розуміння поняття «холдингові відносини». І. Шіткіна розуміє дане поняття як внутрішні відносини між учасниками холдингу, що набувають, як правило, характеру правовідносин, оскільки врегульовані як законодавчими та іншими правовими актами, так і внутрішніми документами об'єднання [15]. На думку С. Сулакшина, холдинговими відносинами є особливий вид внутрішніх корпоративних відносин економічної залежності, які виникають між холдинговою компанією та іншими учасниками холдингу (вертикалі) та між господарюючими товариствами – учасниками холдингу, за винятком холдингової компанії (по горизонталі), урегульованих договором про створення холдингу та (або) статутами учасників холдингу [12, с. 211]. Крім цього, в літературі відома теза, що холдингові відносини являють собою особливий тип корпоративних відносин [10]. Наведене підтверджує неоднозначність у підходах до розуміння понять «холдинг» та «холдингові відносини».

Сьогодні в Україні законодавство, що регулює діяльність холдингових компаній, не можна назвати розвиненим та достатнім для ефективного здійснення ними господарської діяльності. І. Лукач зазначає, що поява холдингових компаній зумовлена низкою причин економічного характеру, а також необхідністю модифікації старої моделі вертикального управління державними підприємствами на засадах ринкової економіки та загальною тенденцією країни з перехідною економікою до високої концентрації капіталів [8, с. 208]. Основним нормативно-правовим актом у цій сфері є Закон України «Про холдингові компанії в Україні». Крім цього, на сферу холдингових відносин поширюють свою дію також і ЦК України, ГК України, а також Закон України «Про акціонерні товариства», про що прямо зазначено в ст. 2 Закону України «Про холдингові компанії в Україні». Стаття 1 цього Закону надає визначення холдингової

компанії. З цього визначення логічним випливає питання про шляхи створення холдингової групи, а саме отримання контролю корпоративного пакету акцій. У літературі виокремлюють три основні групи холдингових відносин: засновані на участі у статутному капіталі, договірні і статутні [11]. Виходячи з цього, можна виокремити три основні ситуації: створення однією компанією свого власного підприємства, де воно буде мати 100 % акцій, придбання іншого підприємства (також 100 %), а також придбання пакету акцій іншого підприємства, що надасть можливість побудувати відносини контролю стосовно цього підприємства.

Аналіз Закону України «Про холдингові компанії в Україні» підтверджує, що Закон здійснює регулювання діяльності лише щодо державних холдингових компаній, не приділяючи достатньої уваги приватному сектору. Д. Задохайло вважає це неправильним, оскільки в приватному секторі процеси концентрації суб'єктів господарювання та консолідації підприємств у групи із спільною економічною стратегією розвитку відбуваються надзвичайно активно [3].

Крім цього, законодавцем використано поняття корпоративних підприємств замість дочірніх, що вносить певну плутанину у розуміння понять. Це пояснюється тим, що відповідно до ч. 6 ст. 63 ГК України корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб. А от Закон України «Про холдингові компанії в Україні» надає таке визначення, як господарське товариство, холдинговим корпоративним пакетом акцій (часток, паїв) якого володіє, користується та розпоряджається холдингова компанія.

З аналізу наведених положень можна зробити висновок про два різні підходи до визначення поняття «корпоративні підприємства», адже Закон України передбачає обов'язкову наявність відносин контролю та підпорядкування між холдинговою компанією та корпоративним підприємством, а ГК України такого не встановлює, вказуючи лише на можливість управління справами на основі корпоративних прав. До того ж, використання терміна «корпоративне підприємство» у визначенні холдингової компанії не співвідноситься із ч. 8 ст. 126 ГК України, де прямо зазначено, що у випадках існування залежності від іншого підприємства, передбачених ст. 126 цього Кодексу, підприємство визнається дочірнім.

Також Законом не визначено коло ані приватних, ані публічних інтересів щодо діяльності холдингових компаній. Д. Задохайло зауважує, що мова має йти про узгодження та інтеграцію в єдиний макроправовий механізм не тільки аспектів необхідності забезпечення економічної конкуренції на ринку за участю таких об'єднань, а й створення умов для необхідної за обсягом концентрації

активів із метою підтримання світового рівня їх конкурентоспроможності [3]. Неврегульованість законодавством структури корпоративних зв'язків материнської компанії із дочірніми підприємствами, яких може бути дуже багато, призводить до ігнорування публічного інтересу. Тут йдеться про використання безприбуткових трансфертних цін у середині виробничого циклу на продукцію кожного із них, і, як наслідок, створення «центрів прибутків» у підприємств, що розташовані або користуються пільговим податковим режимом [4].

Договір виробничого аутсорсингу може передбачати в генеральному договорі ліцензійні умови. Тобто фактично компанія-замовник надає аутсорсеру технології, напрацювання, ноу-хау та інші дані, що складають комерційну таємницю, з метою оптимізації витрат та отримання якісного результату. Тому для компанії-замовника важливим залишається збереження такої інформації, а також запобігання її розголошенню. Тому деякі компанії обирають внутрішній аутсорсинг, створюючи власні компанії-аутсорсери з метою встановлення контролю за використанням такої таємниці.

Крім цього, враховуючи сучасний стан національної економіки, національні підприємства мають прагнути до отримання доступу до новітніх технологій та послуг світового класу. У зв'язку з чим чимало компаній звертаються до аутсорсингу. Оскільки ми аналізуємо застосування аутсорсингу холдинговими компаніями, необхідно розглянути таке поняття, як «внутрішній офшоринг». Внутрішнім офшорингом є передача на виконання функцій дочірньому підприємству компанії-замовника, що знаходиться за межами країни компанії-замовника [19]. Це поняття необхідно відрізнити від офшорного аутсорсингу (офшорингу), який передбачає передачу функцій чи бізнес-процесів на виконання іншій компанії, що знаходиться за межами країни компанії-замовника та є незалежною від неї. У разі застосування внутрішнього офшорингу холдингова компанія отримує низку переваг. По-перше, залишається централізація господарської діяльності та контроль за всіма стадіями виробничого процесу. По-друге, материнська компанія отримує можливість мінімізувати ризики щодо можливого розголошення комерційної таємниці. По-третє, на відміну від офшорингу, компанія-замовник отримує доступ до нового ринку збуту [16]. По-четверте, внутрішній офшоринг надає можливість оптимізації витрат компанії-замовника за рахунок низького рівня оподаткування в країні розташування дочірнього підприємства. Проте, аналізуючи цей спосіб ведення господарської діяльності, не можна не зауважити недоліки. Так, до головних мінусів застосування внутрішнього офшорингу можна віднести необхідність у значних інвестиціях, оскільки відбувається створення нового підприємства або купівля корпоративного пакету акцій вже існуючого. По-друге, у процесі внутрішнього офшорингу компанія-замовник відповідальна за підвищення кваліфікації кадрів, проведення тренінгів, навчання новим технологіям виробництва, що потребує додаткових витрат, а також залучення нових. Важливо підкреслити те, що внутрішній аутсорсинг має специфічне значення і не ототожнюється із внутрішньогосподарськими відносинами.

Досліджуючи корпоративний аспект аутсорсингових відносин, не можна залишити поза увагою й інші випадки, коли аутсорсинг базується в основному на корпоративних відносинах замовника та виконавця.

Відповідно до ч. 1 ст. 118 ЦК України господарське товариство (товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) є залежним, якщо іншому (головному) господарському товариству належать двадцять або більше відсотків статутного капіталу товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю чи двадцять або більше відсотків простих акцій акціонерного товариства.

Відповідно до ч. 1 ст. 126 ГК України асоційовані підприємства (господарські організації) – це група суб'єктів господарювання – юридичних осіб, пов'язаних між собою відносинами економічної та/або організаційної залежності у формі участі в статутному капіталі та/або управлінні. Крім цього, частини 2 та 3 ст. 126 ГК України встановлено дві форми залежності асоційованих підприємств, а саме проста та вирішальна.

Тож постає питання, який саме вид аутсорсингу буде притаманний кожному виду залежності асоційованих підприємств, оскільки фактично передання функцій на виконання здійснюється іншому підприємству, а не окремому підрозділу компанії-замовника. На нашу думку, у випадку холдингових груп має місце внутрішній офшоринг (якщо розглядати холдинг, який має свої дочірні підприємства за межами країни-розташування материнської компанії). Такий самий висновок можна зробити, аналізуючи ситуацію, коли аутсорсингові відносини виникають між асоційованими підприємствами вирішальної залежності та компанією-замовником. Це пов'язано із тим, що компанія-замовник володіє контрольним пакетом акцій, а тому виникають відносини контролю та підпорядкування.

Якщо говорити про аутсорсингові відносини, що виникають у процесі господарської діяльності асоційованого підприємства простої залежності, то виникає цікава ситуація. Це пояснюється тим, що у разі простої залежності не виникають відносини контролю та підпорядкування, а виникає лише можливість компанії-замовника блокувати прийняття відповідних рішень, а тому асоційоване підприємство залишається відносно незалежним стосовно компанії-замовника. Тому в даному разі ми можемо говорити про зовнішній аутсорсинг із елементами корпоративного аспекту, так званий гібридний аутсорсинг. Такий вид аутсорсингу починається із зовнішнього, оскільки опосередковується укладанням договору аутсорсингу, спрямованого на виробництво відповідної продукції, але для зміцнення відносин договірною характеру компанія-замовник придбає пакет акцій компанії-аутсорсера (асоційованого підприємства), тим самим вступаючи у корпоративні відносини. Таким чином, можна говорити про правовий зв'язок, який доповнює відносини фідуціарного характеру, що звичайно дає можливість компанії-замовнику бути більш здатною мінімізувати ризики щодо розголошення комерційної таємниці, наданої для належного виконання відповідних функцій.

З огляду на сучасний стан розвитку економіки України, навряд чи можливо зараз говорити про поширеність національних холдингових компаній, які мають свої підрозділи за межами України. У зв'язку з цим доцільно приділяти увагу тим аутсорсинговим відносинам, коли дочірня компанія, яка буде виступати аутсорсером, знаходиться на території України. Тоді можливі два шляхи утворення такої компанії, а саме створення зовсім нового підприємства іноземною компанією, а також поглинання вже існуючого українського підприємства іноземною ТНК. Це є вигідним для української економіки, оскільки у такого підприємства з'являється новий ефективний власник, що має можливість інвестувати кошти у розвиток такого підприємства. Логічно, що держава має бути зацікавлена у цих відносинах, адже розвиток таких українських підприємств призведе до збільшення надходжень у бюджет, залучення інвестицій інноваційного характеру, і, як наслідок, можливість згодом виробляти українськими компаніями продукцію світового класу. Таку ж думку щодо важливості холдингових компаній для національної економіки висловлює й Т. Гайда [2]. Холдингова компанія являє собою потужний суб'єкт із єдиною стратегією розвитку та діяльності, а у зв'язку з цим законодавством має бути врегульовано такі приватні інтереси, як шляхи розбудови збутової системи, формування виробничо-збутових ланцюгів тощо [3].

Таким чином, у ситуації, яка склалася сьогодні в Україні, аутсорсинг може стати ефективним засобом розвитку національної економіки. У зв'язку з цим наявність аутсорсингових відносин, які містять як корпоративний, так і договірний компонент, видається вигідним. Такі відносини можуть виникати у формі придбання пакета акцій або створення холдингу (внутрішній аутсорсинг). Зовнішні договірні аутсорсингові відносини українських підприємств також можуть бути вигідними для національної економіки, оскільки передання цінної комерційної таємниці спонукає компанію-замовника встановлювати контроль над аутсорсером. Це призводить до виникнення корпоративного аспекту в таких відносинах, оскільки здійснюється придбання пакету акцій, що робить вже існуючі аутсорсингові відносини більш потужними та створює можливість проведення загальної економічної стратегії на ринку. Важливим є те, що впливати на процеси внутрішнього аутсорсингу можливо лише через вплив на холдингову компанію, оскільки холдингові об'єднання досягають такого ступеня концентрації капіталу, в якому холдингова компанія виконує функції управляючого центру, що вимагає власної програми і стратегії розвитку. А тому така стратегія розвитку фактично є так званою «внутрішньою господарською справою» холдингової групи. Тому і придбання корпоративних прав, і включення (поглинання) аутсорсера в холдингову групу дозволяють вирішити питання зайнятості виробничих потужностей, а також розвинення виробничої бази. Крім іншого, у разі придбання корпоративних прав власником таких прав є вітчизняна особа, яка фактично має права управління компанією, власником корпоративних прав якої така особа є. А це створює відповідні передумови для виникнення та розвитку класу національних інвесторів та менеджерів, що здатні ефективно управляти бізнесом. Але постає питання відповідної правильної дер-

жавної економічної політики для стимулювання таких відносин і досягнення необхідного ефекту.

У свою чергу зовнішній аутсорсинг, особливо за умови, коли компанією-замовником є іноземна ТНК, а аутсорсером – вітчизняне підприємство, з точки зору зміцнення національної економіки ця ситуація дає більш широкі можливості для держави стимулювати підвищення ефективності такої форми співпраці. Отож розвиток різноманітних форм аутсорсингових відносин, що, зокрема, є прогресивним чинником інтеграції національних товаровиробників до світової економіки, до ключових драйверів економічного розвитку – ТНК, потребує розробки чіткої економічної політики в цій сфері, а також розбудови господарсько-правових засобів стимулювання аутсорсингу в національному законодавстві.

Висновки.

1. Залежно від способу організації спільної діяльності виокремлюють два види аутсорсингу – зовнішній та внутрішній.

2. Залежно від наявності корпоративних прав між компанією-замовником та виконавцем, а також місця розташування виконавця, аутсорсинг поділяють на внутрішній офшоринг та офшорний аутсорсинг.

3. Існують три основні шляхи виникнення аутсорсингових відносин корпоративного характеру: створення компанією-замовником свого власного підприємства, придбання компанією-замовником іншого підприємства, а також придбання пакету акцій іншого підприємства, що надасть можливість побудувати відносини контролю стосовно цього підприємства.

4. У разі холдингових груп має місце внутрішній офшоринг (якщо розглядати холдинг, який має свої дочірні підприємства за межами країни-розташування материнської компанії). Такий же висновок можна зробити, аналізуючи ситуацію, коли аутсорсингові відносини виникають між асоційованими підприємствами вирішальної залежності та компанією-замовником. Це пов'язано з тим, що компанія-замовник володіє контрольним пакетом акцій, а тому виникають відносини контролю та підпорядкування.

5. У випадку аутсорсингових відносин, що виникають у процесі господарської діяльності асоційованого підприємства простої залежності, має місце зовнішній аутсорсинг із елементами корпоративного аспекту, так званий, гібридний аутсорсинг. Оскільки у разі простої залежності асоційованих підприємств не виникає відносин контролю та підпорядкування, а тому виконавець залишається відносно незалежним від компанії-замовника.

6. Гібридні аутсорсингові відносини дозволяють говорити про правовий зв'язок, який доповнює відносини фідучіарного характеру, що надає можливість компанії-замовнику бути більш здатною мінімізувати ризики щодо розголошення комерційної таємниці, наданої для належного виконання відповідних функцій.

7. Внутрішній офшоринг дозволяє вирішувати завдання державного значення, а саме зайнятість, загрузка виробничих потужностей, а також розвиток

виробничої бази. Крім іншого, у разі придбання корпоративних прав власником таких прав є вітчизняна особа, яка фактично має права управління компанією, власником корпоративних прав якої така особа є. А тому це створює відповідні передумови для виникнення та розвитку класу національних інвесторів та менеджерів, які здатні ефективно управляти бізнесом.

8. Офшорний аутсорсинг надає більш широкі можливості щодо зміцнення національної економіки, особливо, коли компанією-замовником виступає іноземна ТНК, а аутсорсером – вітчизняне підприємство.

9. Аутсорсингові відносини включають елементи зовнішньоекономічного характеру (іноземне інвестування, корпоративне управління, концентрації капіталу), такі відносини мають бути об'єктом правового та законодавчого регулювання, а також економічної і господарської політики. Вони стають об'єктом і інструментом стимулювання господарських відносин із мультиплікаційним ефектом.

10. Суттєві недоліки Закону України «Про холдингові компанії в Україні» є перешкодою для розвитку таких відносин, а тому має бути розроблене предметне і системне законодавство з метою впливу на різні аспекти, в тому числі й на макроекономічні процеси.

Список літератури:

1. Аникин Б. А., Рудая И. Л. Аутсорсинг и аутстаффинг: высокие технологии менеджмента : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : ИНФРА-М, 2009. 320 с. (Высшее образование).
2. Гайда Т. Ю., Лазорко М. Є. Вплив діяльності міжнародних компаній українського походження на економіку України. *Ефективна економіка*. 2016. № 5. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4966> (дата звернення: 05.02.2019).
3. Задохайло 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*. Харків, 2012. № 2. С. 119–130.
4. Задохайло Д. В. Холдингові об'єднання як форма концентрації економічної влади: правові позиції. *Юрист України*. 2013. № 4. С. 50–57.
5. Задохайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2013. 38 с.
6. Календжян С. О. Аутсорсинг и делегирование полномочий в деятельности компаний. Москва : Дело, 2003. 178 с.
7. Келлер Т. Концепции холдинга: организационные структуры и управление / пер. с нем. Н. М. Двухшерстновой ; под общ. ред.: Ю. П. Руднева, Р. М. Гринева. 2-е перераб. и актуализир. к вып. в России изд. Обнинск : ГЦИПК, 1996. 311 с.
8. Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 240 с.
9. Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2007. 18 с.
10. Псарєва Н. Ю. Совершенствование холдинговых отношений в промышленности России (теоретические и методические аспекты) : автореф. дис. ... д-ра эконом. наук : 08.00.05 / Акад. труда и соц. отношений. Москва, 2003. 31 с.
11. Стадник К. О. Проблеми правового забезпечення холдингових відносин у сфері господарювання. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія : *Економічна теорія та право*. Харків, 2014. № 4. С. 170–179.

12. Правовая модель холдинга для России / С. С. Сулакшин и др. ; Центр проблем. анализа и гос.-упр. проектирования. Москва : Науч. эксперт, 2012. 280 с.
13. Хейвуд Дж. Б. Аутсорсинг. В поисках конкурентных преимуществ : [пер. с англ.]. Москва : Вильямс, 2004. 176 с.
14. Global Industry Analysts, Inc. A Worldwide Business Strategy & Market Intelligence Source. URL: <http://www.strategy.com/methodology.asp>. (Last accessed: 05.02.2019).
15. Чернышова Н. А. Управленческий учет и аудит доходов и расходов в холдинговых структурах : автореф. дис. ... канд. эконом. наук : 08.00.12 / Саратов. гос. соц.-эконом. ун-т. Саратов, 2008. 20 с.
16. Шиткина И. С. Правовое регулирование организации и деятельности холдинга как формы предпринимательского объединения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. Москва, 2006. 54 с.
17. Huen W. H. An Enterprise Perspective of Software Offshoring. *Proceedings of the 36th ASEE/IEEE Frontiers in Education Conference*. San Diego, 2006. P. 17–22.
18. Gutman's John E.C.O. Holdings / Inter-American Development Bank. Washington, 2001. 252 p.
19. Prikladnicki R., Audy J. L. N. Comparing Offshore Outsourcing and the Internal Offshoring of Software Development: A Qualitative Study. URL: <https://aisel.aisnet.org/amcis2009/680> (Last accessed: 05.02.2019).

References:

1. Anikin, B.A., Rudaja, I.L. (2009). *Autsorsing i autstaffing: vysokie tehnologii menedzhmenta*. Moscow: INFRA-M [in Russian].
2. Ghajda, T.Ju., Lazorko, M.Je. (2016). Vplyv dijajnosti mizhnarodnykh kompanij ukrajins'kogho pokhodzhennja na ekonomiku Ukrainy. *Efektivna ekonomika – Efficient economy*, 5. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4966> [in Ukrainian].
3. Zadykhajlo, D.V. (2012). Ghospodars'ko-pravova polityka shhodo ob'jednanj asocijovanykh pidprijemstv kholdynghovogho typu. *Visnyk Nacional'nogho universytetu «Jurydychna akademija Ukrainy imeni Jaroslava Mudrogho»*. Serija: *Ekonomichna teorija ta pravo – Bulletin of the National University “Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine”*. Series: *Economic theory and law*. Kharkiv, 2, 119–130 [in Ukrainian].
4. Zadykhajlo, D.V. (2013). Kholdynghovi ob'jednannja jak forma koncentraciji ekonomichnoji vlady: pravovi pozyciji. *Juryst Ukrainy – Lawyer of Ukraine*, 4, 50–57 [in Ukrainian].
5. Zadykhajlo, D.V. (2013). Pravovi zasady formuvannja ta realizaciji ekonomichnoji polityky derzhavy. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
6. Kalendzhjan, S.O. (2003). *Autsorsing i delegirovanie polnomochij v dejatel'nosti kompanij*. Moscow: Delo [in Russian].
7. Keller, T. (1996). *Koncepcii holdinga: organizacionnye struktury i upravlenie*. Obninsk: GCIPIK [in Russian].
8. Lukach, I.V. (2008). *Pravove stanovysshhe kholdynghovyykh kompanij*. Kyjiv: Jurinkom Inter [in Ukrainian].
9. Lukach, I.V. (2007). *Pravove stanovysshhe kholdynghovyykh kompanij za zakonodavstvom Ukrainy*. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
10. Psareva, N.Ju. (2003). Sovershenstvovanie holdingovyh otnoshenij v promyshlennosti Rossii (teoreticheskie i metodicheskie aspekty). *Extended abstract of Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].
11. Stadnyk, K.O. (2014). Problemy pravovogho zabezpechennja kholdynghovyykh vidnosyn u sferi ghospodarjuvannja. *Visnyk Nacional'nogho universytetu «Jurydychna akademija Ukrainy imeni Jaroslava Mudrogho»*. Serija: *Ekonomichna teorija ta pravo – Bulletin of the National University “Yaroslav Mudryi National Law University”*. Series: *Economic theory and law*, Kharkiv, 4, 170–179 [in Ukrainian].
12. Sulakshin, S.S. et al. (2012). *Pravovaja model' holdinga dlja Rossii*. Moscow: Nauch. jekspert [in Russian].

13. Hejvud, Dzh.B. (2004). *Autsorsing. V poiskah konkurentnyh preimushhestv*. Moscow: Vil'jams [in Russian].

14. Global Industry Analysts, Inc. *A Worldwide Business Strategy & Market Intelligence Source*. URL: <http://www.strategy.com/methodology.asp>.

15. Chernyshova, N.A. (2008). *Upravlencheskij uchet i audit dohodov i rashodov v holdingovyh strukturah. Extended abstract of candidate's thesis*. Saratov [in Russian].

16. Shitkina, I.S. (2006). *Pravovoe regulirovanie organizacii i dejatel'nosti holdinga kak formy predprinimatel'skogo ob'edinenija. Extended abstract of Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].

17. Huen, W.H. (2006). *An Enterprise Perspective of Software Offshoring. Proceedings of the 36th ASEE/IEEE Frontiers in Education Conference*. San Diego, 17–22.

18. Gutman's, John E.C.O. (2001). *Holdings*. Washington.

19. Prikladnicki, R., Audy, J.L.N. *Comparing Offshore Outsourcing and the Internal Offshoring of Software Development: A Qualitative Study*. URL: <https://aisel.aisnet.org/amcis2009/680>.

Kosinova K. S., Postgraduate Student of the Department of Economic Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : mksosinova10@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5993-6511

Legal forms of outsourcing relationships: the corporate aspect

The present article is concerned with analysis of outsourcing relationships, which are complicated by the acquisition of corporate rights over the outsourcer for assigning relations of intended, controlled and long-term nature. The author performed analysis the distribution of outsourcing relationships depending on the way of organization of economic activity and the selection of such types of it, both onsite and offsite. The analysis of the legislation of Ukraine regulating the activities of holding companies in Ukraine is made in order to analyze and highlight the specific features of outsourcing relations from the point of view of the corporate aspect. In addition, the author analyzed the features by which it is necessary to distinguish offshore outsourcing from internal offshoring. The author investigates the positive and negative aspects that may be encountered by the customer company when using internal offshoring in their economic activities. The author made an analysis and comparative characteristics of other cases of application of outsourcing relations based on corporate relations, namely in the process of economic activity of associated enterprises of a simple and decisive dependence, and also their significant differences are established. The so-called hybrid type of outsourcing relationship, which occurs in the event of outsourcing relationship based on the contract, which are subsequently reinforced by the corporate aspect and leads to the emergence of a legal relationship that complements the fiduciary nature, is highlighted. Among other things, the author has established and analyzed the economic and legal policy of the state in the direction of encouraging outsourcing relations arising both on a corporate and on a contractual basis, and also noted the importance of developing appropriate government policy to solve macroeconomic problems. Such problems are, for example, employment, capacity utilization rate, as well as technology level increase of production base. The necessity of legislative acts drafting in order to influence on various aspects of outsourcing relations has been established.

Keywords: onsite outsourcing; offsite outsourcing; corporate relations; holding.

Рекомендоване цитування: Косінова К. С. Правові форми аутсорсингових відносин: корпоративний аспект. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 60–70. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156868>.

Suggested Citation: Kosinova, K.S. (2019). *Pravovi formy autsorsynhovykh vidnosyn: korporatyvnyi aspekt [Legal forms of outsourcing relationships: the corporate aspect]. Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 60–70*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156868> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 15.02.2019 р.

ТРУДОВЕ ПРАВО



Ярошенко Олег Миколайович,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії
правових наук України,
завідувач кафедри трудового права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: yaroshenkolex@ukr.net
ORCID 0000-0001-9022-4726

doi: 10.21564/2414–990x.144.154273
УДК 349.2

НЕОБҐРУНТОВАНА ВІДМОВА У ПРИЙНЯТТІ НА РОБОТУ: ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ, ПРАВОВІ НАСЛІДКИ

Автор виходить із того, що в сучасних умовах працівник повинен відповідати високим вимогам до професіоналізму й компетентності, знань і досвіду, особистих, ділових і фізичних якостей. Професійно-ділові якості є сукупністю професійних засобів, за допомогою яких працівник має змогу якісно і своєчасно виконувати покладені на нього трудові функції. Доведено, що однією із головних гарантій при укладенні трудового договору є заборона необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу. Остання трактується як немотивована або мотивована з посиланням на обставини, що не належать до професійно-ділових якостей працівника, відмова роботодавця працівнику в укладенні з ним трудового договору. Обстоюється позиція щодо законодавчого закріплення норми, за якою роботодавець може відмовити працівнику у прийнятті на роботу лише у таких випадках: а) відсутність вакантних робочих місць; б) недостатність або відсутність належної кваліфікації у особи, який влаштовується на роботу; в) наявність обмежень, установлених законодавством щодо прийому на роботу; г) наявність обмежень за медичними показниками. У всіх інших випадках відмову у працевлаштуванні працівника слід вважати такою, що суперечить трудовому законодавству.

Ключові слова: право на працю; свобода трудового договору; працівник; роботодавець; прийняття на роботу; професійно-ділові якості; необґрунтована відмова.

Ярошенко О. Н., доктор юридических наук, професор, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, заведующий кафедрой трудового права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : yaroshenkolex@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9022-4726

Необоснованный отказ в приеме на работу: понятие, сущность, правовые последствия

Автор исходит из того, что в современных условиях работник должен отвечать высоким требованиям, предъявляемым к его профессионализму и компетентности, знаниям и опыту, личным, деловым и физическим качествам. Профессионально-деловые качества являются совокупно-

стью профессиональных средств, с помощью которых работник имеет возможность качественно и своевременно выполнять возложенную на него трудовую функцию. Доказано, что одной из главных гарантий при заключении трудового договора является запрет необоснованного отказа в приеме на работу. Последний трактуется как немотивированный или мотивированный со ссылкой на обстоятельства, не относящиеся к профессионально-деловым качествам работника, отказ работодателя работнику в заключении с ним трудового договора. Отстаивается позиция законодательного закрепления нормы, за которой работодатель может отказать работнику в приеме на работу лишь в следующих случаях: а) отсутствие вакантных рабочих мест; б) недостаточность или отсутствие надлежащей квалификации у лица, устраивающегося на работу; в) наличие ограничений, установленных законодательством относительно приема на работу; г) наличие ограничений по медицинским показателям. Во всех иных случаях отказ в трудоустройстве работника следует считать таким, который противоречит трудовому законодательству.

Ключевые слова: право на труд; свобода трудового договора; работник; работодатель; прием на работу; профессионально-деловые качества; необоснованный отказ.

Вступ. Поряд із вільним вибором виду трудової діяльності, безплатним сприянням державною службою зайнятості у підборі підходящої роботи і наступному працевлаштуванні відповідно до покликання, здібностей, професійної підготовки, освіти, з урахуванням суспільних потреб, наданням підприємствами, установами, організаціями відповідно до їх попередньо поданих заявок роботи за фахом випускникам державних закладів вищої освіти і професійних навчально-виховних закладів, безплатним навчанням безробітних осіб нових професій, перепідготовкою в навчальних закладах або у системі державної служби зайнятості з виплатою стипендії, компенсацією, відповідно до законодавства, матеріальних витрат у зв'язку з направленням на роботу в іншу місцевість держава також гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України, правовий захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу і незаконного звільнення, а також сприяння у збереженні існуючої роботи. Про це йдеться у ст. 5-1 «Гарантії забезпечення права громадян на працю» глави I «Загальні положення» КЗпП України [1]. «Забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу. Відповідно до Конституції України будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг при укладенні... трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання не допускається. Вимоги щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я працівника можуть встановлюватись законодавством України», – зафіксовано у ст. 22 цього ж Кодексу. Захист від дискримінації у сфері зайнятості, необґрунтованої відмови у найманні на роботу і незаконного звільнення визнаються також державними гарантіями у сфері зайнятості населення (ст. 5 Закону України «Про зайнятість населення» [2]). Однак ні у цих, ні в інших чинних міжнародних і національних законодавчих актах, що впорядковують трудові і пов'язані з ними відносини, чіткої відповіді на питання, що розуміти під необґрунтованою відмовою у прийнятті на роботу та, відповідно, яка відмова є обґрунтованою, не знаходимо.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Теоретико-прикладна проблема укладення трудових договорів була і залишається предметом наукового дослідження вчених-трудоваків протягом тривалого періоду. У різний час як її розробкою загалом, так і окремих аспектів займались та/або продовжують займатись М. Г. Александров (М. Н. Aleksandrov), Е. М. Бондаренко (Е. М. Bondarenko), В. Я. Буряк (V. Ya. Burak), В. С. Венедіктов (V. S. Venediktov), В. А. Глозман (V. A. Hlozman), К. М. Гусов (K. M. Husov), О. Ю. Дрозд (O. Yu. Drozd), В. В. Жернаков (V. V. Zhernakov), С. О. Іванов (S.O. Ivanov), М. І. Іншин (M. I. Inshyn), Р. І. Коваленко (R. I. Kovalenko), О. О. Коваленко (O. O. Kovalenko), В. Л. Костюк (V. L. Kostyuk), А. О. Мовчан (A. O. Movchan), Р. З. Лівшиць (R. Z. Livshyts), С. С. Лукаш (S. S. Lukash), П. Д. Пилипенко (P. D. Pylypenko), В. О. Процевський (V. O. Protsevskiy), О. І. Процевський (O. I. Protsevskiy), Б. А. Римар (B. A. Rymar), А. М. Слюсар (A. M. Sliusar), О. В. Смирнов (O. V. Smyrnov), Є. Б. Хохлов (Ye. B. Khokhlov), Г. І. Чанишева (H. I. Chanysheva), Г. Ф. Шершеневич (H. F. Shershenevych), О. М. Ярошенко (O. M. Yaroshenko) та ін.

Однак, незважаючи на отримані цими й іншими фахівцями у царині трудового права вагомі наукові результати та сформульовані практичні рекомендації, в Україні немає (навіть на рівні статей у серйозних фахових виданнях) системної наукової роботи, присвяченої сутності необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу, її негативним соціально-економічним і правовим наслідкам для сторін трудових правовідносин, а також шляхам запобігання чи подолання цього негативного явища.

Мета та завдання дослідження. У межах цієї публікації спробуємо на підставі міжнародних і національних законодавчих актів у сфері праці, практики їх застосування, висновків та ідей вітчизняних і зарубіжних учених з'ясувати сутність і правову природу необґрунтованої відмови у найманні на роботу. Для цього вважаємо за необхідне сформулювати дефініцію відповідної правової категорії, окреслити її суттєві ознаки, а також визначити юридичні способи запобігання цьому явищу.

Виклад основного матеріалу. В Україні серед прав і свобод людини та громадянина особливе місце посідає право на працю, – тобто на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру, включаючи право на вільний вибір професії, роду занять і роботи, що забезпечується державою та її органами. У процесі застосування найманої праці працівник вступає з власником засобів виробництва (роботодавцем) у певні суспільні відносини, реалізуючи право на працю. Це й становить зміст трудових відносин, які є основою суспільної організації праці за будь-якого способу виробництва. Відповідно до ст. 43 Конституції України [3] кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності. За своєю природою право на працю є невідчужува-

ним і по суті означає забезпечення саме рівних можливостей кожному для його реалізації. Право на працю – природне, невід’ємне право особи, в основі якого лежить необхідність підтримання життя і самовираження людини. Однак зупинитися на визнанні «природності» та невід’ємності конституційного права на працю було б рівнозначно нездійсненим деклараціям, ілюзіям. Для того, щоб у сучасному світі вказане право реально здійснювалось, необхідна сила держави та її апарату, що виражається не тільки у прийнятті законів та інших нормативних актів, а й ефективній діяльності компетентних органів, що забезпечують реалізацію цього права [дет. див.: 4–6].

Тісно пов’язаною із категорією «право на працю» є категорія «свобода праці». Остання знаходить свій прояв перш за все в тому, що кожен громадянин у нашій державі має свободу вибору – між зайнятістю й незайнятістю, формами зайнятості, формами організації праці, різновидами трудової функції, місця роботи й інших умов праці. Але зробивши відповідний вибір, громадянин повинен підкоритися правилам, що впорядковують соціальні відносини у зв’язку з тією чи іншою формою громадської організації праці. У трудовому договорі, як угоді, що укладається відповідно до вимог законодавства про працю, свобода волі працівника і роботодавця отримує необхідний юридичний фундамент, а його суб’єкти – можливість задоволення власних інтересів і потреб. Невипадково ч. 1 ст. 21 КЗпП трудовий договір легально визначає як угоду між працівником і роботодавцем, за якою перший зобов’язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а другий – виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. Кожна із потенційних сторін договору переслідує власні інтереси, а у результаті його укладення отримує відповідний юридичний інструментарій для задоволення цих інтересів. О. О. Коваленко справедливо заявляє: «... трудовий договір та його можливість і дійсність як підстави для виникнення зобов’язань слід розуміти саме через проявлення і збіг у спільній точці волі його потенційних сторін: працівника та роботодавця. Вільне формування і проявлення волі на укладення трудового договору обумовлено тим, що його потенційні сторони знаходяться у стані юридичної рівності одна до одної та незалежності одна від іншої та будь-кого взагалі. Природа трудового договору вбачається в угоді сторін, яка, замикаючи їх проявлену зовні, свобідно, без чийогось впливу, сформовану власну волю, стає формою існування збігу їх волевиявлення і, тим самим, зумовлює виникнення трудових правовідносин та їх подальший розвиток...» [7, с. 24].

У сучасних умовах працівник, претендуючи на укладення з ним трудового договору, повинен відповідати високим вимогам, що пред’являються до його професіоналізму й компетентності, знань і досвіду, особистих, ділових і фізичних якостей.

Професійно-ділові якості є тим арсеналом професійних засобів і чинників, за допомогою яких працівник має змогу якісно і своєчасно виконувати покла-

дені на нього власником або уповноваженим ним органом трудові функції. Зміст останніх установлюється законодавством про працю, кваліфікаційною характеристикою й посадовою інструкцією, а також за угодою сторін трудового договору, виходячи, з одного боку, зі змісту, вимог забезпечення процесу організації праці, а з іншого – з професійних можливостей та індивідуальних особливостей працівника. «Трудова функція являє собою сукупність двох основних компонентів: по-перше, встановлених державою вимог до певної професії, тобто певних характеристик конкретної роботи, яка виконуватиметься працівником; по-друге, наявність фізичних, освітніх, професійних, ділових, моральних, психологічних навичок та умінь працівника, які б дозволили йому займатися певною професією і виконувати конкретну роботу», – підсумовує Р. І. Коваленко [8, с. 169].

Категорія «професійно-ділові якості» об'єднує два складники – 1) якості професійно-кваліфікаційні й 2) якості особисті. До перших можуть бути віднесені освітній рівень, професія, спеціальність, кваліфікація, стаж роботи за певною професією, спеціальністю, посадою, досвід роботи у відповідних сферах економічної діяльності, продуктивність праці та ін. Особисті якості включають такі характеристики, як комунікабельність, організаторські здібності, відсутність обмежень (протипоказань) для виконання деяких видів трудової діяльності за станом здоров'я та ін. Таким чином, професійно-ділові якості – це не що інше як сукупність характеристик найманого працівника, що стосуються його здатності задовольнити встановлені і передбачені потреби роботодавця. Саме власник або уповноважений ним орган володіють правом на добір працівників. Роботодавець має право приймати на роботу осіб, які звертаються до нього безпосередньо або за сприянням центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, його територіальних органів чи суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва у працевлаштуванні. При цьому роботодавцю забороняється висувати будь-які вимоги дискримінаційного характеру, а також вимагати від особи, яка шукає роботу і здатна до неї приступити, інформацію про її сімейний стан, особисте життя й інші відомості, не пов'язані з професійною діяльністю.

Так, за ч. 1 ст. 19 Закону України «Про державну службу» [9] право на державну службу мають повнолітні громадяни України, які вільно володіють державною мовою та яким присвоєно ступінь вищої освіти не нижче: 1) магістра – для посад категорій «А» і «Б»; 2) бакалавра, молодшого бакалавра – для посад категорії «В».

Вимогами до осіб, які претендують на вступ на державну службу, є вимоги до їх професійної компетентності, які складаються із загальних і спеціальних вимог. Зокрема, для посад категорії «А» ставляться такі загальні вимоги: а) загальний стаж роботи не менше семи років; б) досвід роботи на посадах державної служби категорій «А» чи «Б» або на посадах не нижче керівників структурних підрозділів в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах у відповідній сфері не менш як три роки; в) вільне володіння державною мовою, володіння іноземною мовою, яка є однією з офіційних

мов Ради Європи. Натомість, для посад категорії «Б» у державному органі, юрисдикція якого поширюється на територію однієї або кількох областей, міста Києва або Севастополя, та його апараті вони інші вимоги включають: а) досвід роботи на посадах державної служби категорій «Б» чи «В» або досвід служби в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах організацій незалежно від форми власності не менше двох років; б) вільне володіння державною мовою. А, приміром, для посад категорії «В» достатньо тільки наявності вищої освіти ступеня молодшого бакалавра або бакалавра та вільного володіння державною мовою.

За змістом спеціальні вимоги є описом вимог до досвіду роботи, освіти, знань, умінь, компетенцій, необхідних для ефективного виконання держслужбовцем покладених обов'язків. При цьому спеціальні вимоги щодо освіти та досвіду роботи носять уточнюючий характер (щодо галузей знань і спеціальностей, за якими здобуто вищу освіту, досвіду роботи у конкретній сфері тощо) і не можуть перевищувати загальні вимоги, встановлені Законом України «Про державну службу».

Наприклад, перелік компетенцій, що можуть включатися до спеціальних вимог до осіб, які претендують на зайняття посад державної служби категорії «Б», має такий вигляд:

1. Лідерство – ведення ділових переговорів; вміння обґрунтовувати власну позицію; досягнення кінцевих результатів.

2. Прийняття ефективних рішень – вміння вирішувати комплексні завдання; забезпечення співвідношення ціни і якості; ефективно використовувати ресурси; аналіз державної політики та планування заходів з її реалізації; вміння працювати з великими масивами інформації; вміння працювати при багатозадачності; встановлення цілей, пріоритетів та орієнтирів.

3. Комунікації та взаємодія – вміння ефективної комунікації та публічних виступів; співпраця і налагодження партнерської взаємодії; відкритість.

4. Впровадження змін – реалізація плану змін; здатність підтримувати зміни та працювати з реакцією на них; оцінка ефективності здійснених змін.

5. Управління організацією роботи та персоналом – організація і контроль роботи; управління проектами; управління якісним обслуговуванням; вміння працювати в команді та керувати командою; мотивування; оцінка і розвиток підлеглих; вміння розв'язання конфліктів.

6. Особистісні компетенції – аналітичні здібності; дисципліна і системність; інноваційність і креативність; самоорганізація та орієнтація на розвиток; дипломатичність і гнучкість; незалежність і ініціативність; орієнтація на обслуговування; вміння працювати в стресових ситуаціях.

Заборона необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу є однією із головних юридичних гарантій при укладенні трудового договору. Відповідне загальне положення закріплює ч. 1 ст. 22 КЗпП України. Конкретизують цей припис як спеціальні норми КЗпП, так і окремі закони. «Особі, запрошеній на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації за погодженням

між керівниками підприємств, установ, організацій, не може бути відмовлено в укладенні трудового договору», – говориться у ст. 24 КЗпП України. За ст. 184 КЗпП забороняється відмовляти жінкам у прийнятті на роботу з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років, а одиноким матерям – за наявністю дитини віком до чотирнадцяти років або дитини з інвалідністю. У разі відмови у прийнятті на роботу зазначеним категоріям жінок власник або уповноважений ним орган зобов'язані повідомляти їм причини відмови у письмовій формі. Забороняється відмова у прийнятті на роботу з мотивів досягнення пенсійного віку (ч. 2 ст. 11 Закону України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» [10]).

Притримуємось позиції, що роботодавець може, не порушуючи вимог трудового законодавства, відмовити особі, яка шукає роботу, у прийнятті на роботу лише в таких випадках, як-то:

- а) відсутність вакантних місць;
- б) недостатність або відсутність належної кваліфікації у претендента на робоче місце;
- в) наявність обмежень, встановлених законодавством щодо прийому на роботу (вік, важкі чи шкідливі умови праці, заборона в судовому порядку обіймати певні посади, робота близьких родичів, стан здоров'я);
- г) обмеження за медичними показниками (коли працівник за станом свого здоров'я не в змозі виконувати певну роботу).

У всіх інших випадках відмову у найманні працівника слід вважати такою, що суперечить трудовому законодавству.

На жаль, такого роду підхід не знайшов закріплення ні в чинному, ні в проєктовому законодавстві. Проєкт Трудового кодексу України (реєстр. №1658, текст доопрацьований від 24.07.2017 р.) [11] хоча й містить ст. 26 «Відмова у прийнятті на роботу», однак відповіді на питання, в яких випадках така відмова є правомірною, не містить. Розробники проєкту лише фіксують такі основні позиції: а) роботодавець має право вільного вибору серед кандидатів на зайняття робочого місця (посади); б) роботодавець не має права приймати на роботу осіб, яким ця робота протипоказана за станом здоров'я або всупереч установленим законом обмеженням на використання праці певних категорій осіб на певних роботах; в) заборона відмови у прийнятті на роботу осіб, з якими роботодавець відповідно до закону зобов'язаний укласти трудовий договір; в) зобов'язання роботодавця, на вимогу особи, якій відмовлено у прийнятті на роботу, письмово повідомити їй про причину такої відмови. Загалом не піддаючи сумніву необхідність законодавчого закріплення відповідних нормативних приписів, вважаємо, цього недостатньо і виступаємо за комплексний підхід у цій царині. Маючи на меті забезпечити правозастосувачів (як роботодавців, так і осіб, які шукають роботу, а також органів державного нагляду і контролю за дотримання трудового законодавства) від спірних ситуацій щодо працевлаштування, притримуємось позиції, що варто спеціально унормувати питання щодо правомірних підстав відмови у прийнятті на роботу шляхом фіксації відповідного переліку.

Складовою частиною гарантій здійснення права на працю є правовий захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу (ст. 51 КЗпП України). У праві на захист важливе місце займає його процесуальний зміст, що включає комплекс таких можливостей, як-от: а) звернутися з вимогою про захист порушеного або оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу до компетентного органу в передбаченій законом формі; б) користуватись усіма передбаченими законом правами в процесі розгляду своєї вимоги, визначеними щодо цієї форми захисту прав; в) оскаржувати у визначеному законом порядку рішення компетентного органу. Указане безпосередньо впливає зі ст. 55 Конституції України, якою проголошено, що права та свободи людини і громадянина захищаються судом. За ч. 2 ст. 232 КЗпП безпосередньо в судах загальної юрисдикції розглядаються такі позови про відмову в прийнятті на роботу: 1) працівників, запрошених на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації; 2) молодих спеціалістів, які закінчили вищий навчальний заклад і в установленому порядку направлені на роботу на дане підприємство, в установу, організацію; 3) вагітних жінок, жінок, які мають дітей віком до трьох років або дитину з інвалідністю, а одиноких матерів (батьків) – при наявності дитини віком до чотирнадцяти років; 4) виборних працівників після закінчення строку повноважень; 5) працівників, яким надано право поворотного прийняття на роботу; 6) інших осіб, з якими власник або уповноважений ним орган відповідно до чинного законодавства зобов'язаний укласти трудовий договір. За радянських часів такого роду позиція законодавця була зрозумілою, адже Конституція Української РСР у ст. 56 виходила із наступного: «Громадяни Української РСР мають право оскаржити дії службових осіб, державних і громадських органів. Скарги повинні бути розглянуті в порядку і в строки, встановлені законом. Дії службових осіб, які вчинені з порушенням закону, з перевищенням повноважень і які ущемляють права громадян, можуть бути у встановленому законом порядку оскаржені до суду. Громадяни Української РСР мають право на відшкодування втрати, заподіяної незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб при виконанні ними службових обов'язків». Як видно, хоча тогочасний Основний Закон і включав у свій зміст право громадян на оскарження у суді дій службових осіб, державних і громадських органів, однак відповіді на питання, які саме дії підлягають оскарженню, не містив. І у багатьох випадках суд відмовляв у розгляді скарги лише з тієї причини, що існує позасудовий порядок вирішення відповідного спору.

З прийняттям же 28 червня 1996 р. Конституції України ситуація докорінно змінилася: універсальною процесуальною гарантією охорони трудових прав працівників стало право кожного з них на судовий захист своїх прав (статті 55 та 124 Основного Закону). Саме ця установка знайшла відбиття у п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. [12], в якій вказується, що суди безпосередньо розглядають позови й інших осіб, які вважають, що їм відмовлено

в укладенні трудового договору всупереч гарантіям, передбаченим ст. 22 КЗпП. Отже, в судовому порядку може бути оскаржено не тільки незаконну відмову в прийнятті на роботу громадян, з якими роботодавець відповідно до чинного законодавства зобов'язаний укласти трудовий договір, а й будь-який інший випадок необгрунтованої відмови.

Висновки. З огляду на викладене, вважаємо, що необгрунтована відмова у прийнятті на роботу – це немотивована або мотивована з посиланням на обставини, що не належать до професійно-ділових якостей працівника, відмова роботодавця працівнику в укладенні з ним трудового договору. Роботодавець може відмовити працівнику у прийнятті на роботу лише в таких випадках: а) відсутність вакантних місць; б) недостатність або відсутність належної кваліфікації у особи, яка влаштовується на роботу; в) наявність обмежень, установлених законодавством щодо прийому на роботу; г) наявність обмежень за медичними показниками. У всіх інших випадках відмову у працевлаштуванні працівника слід вважати такою, що суперечить трудовому законодавству.

Список літератури:

1. Кодекс законів про працю України : затв. Законом УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. № 50 (Додаток). Ст. 375.
2. Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012 р. № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 24. Ст. 243.
3. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
4. Прилипко С. М., Ярошенко О. М. Право на працю в системі прав людини. *Право України*. 2014. № 6. С. 102–110.
5. Процевський О. І., Ярошенко О. М. Право на працю. *Велика українська юридична енциклопедія* : у 20 т. Т. 11 : Трудове право. Харків : Право, 2018. С. 463–467.
6. Прилипко С. М., Ярошенко О. М. Право на працю в системі прав людини. *Правова доктрина України* : у 5-ти т. Т. 3 : Доктрина приватного права України. Харків : Право, 2013. С. 502–537.
7. Коваленко О. О. Правові проблеми свободи волі сторін при укладанні, зміні та припиненні трудового договору : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 39 с.
8. Коваленко Р. І. Трудова функція як обов'язкова умова трудового договору : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. 187 с.
9. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.
10. Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні : Закон України від 16.12.1993 р., № 3721-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 4. Ст. 18.
11. Проект Трудового кодексу України (реєстр. № 1658, текст доопрацьований від 24.07.2017 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=532213.
12. Про практику розгляду судами трудових спорів : пост. Пленуму Верховного Суду України від 06.11.1992 р. № 9. *Бюл. законодавства і юридичної практики України*. 2006. № 2.

References:

1. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy: zatv. Zakonom URSR vid 10.12.1971 r. № 322-VIII. (1971). *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*, 50, art. 375.
2. Pro zainiatist naseleennia: Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 r. № 5067-VI. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 24, art. 243.
3. Konstytutsiia Ukrainy vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 30, art. 141.

4. Prylypko, S.M., Yaroshenko, O.M. (2014). Pravo na pratsiu v systemi prav liudyny [The Right to Labor in the System of Human Rights]. *Pravo Ukrayiny – Law of Ukraine*, 6, 102–110 [in Ukrainian].

5. Protsevskiy, O.I., Yaroshenko, O.M. (2018). Pravo na pratsiu. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediya*. (Vols. 1–20); Vol. 11: Trudove pravo. Kharkiv: Pravo, 463–467 [in Ukrainian].

6. Prylypko, S.M., Yaroshenko, O.M. (2013). Pravo na pratsiu v systemi prav liudyny. *Doktryna pryvatnoho prava Ukrayiny*. (Vols. 1–5); Vol. 3: Pravova doktryna Ukrayiny. Kharkiv: Pravo, 502–537 [in Ukrainian].

7. Kovalenko, O.O. (2015). Pravovi problemy svobody voli storin pry ukladanni, zmini ta pryypynenni trudovoho dohovoru. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

8. Kovalenko, R.I. (2016). Trudova funktsiia yak obov'язkova umova trudovoho dohovoru. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

9. Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrayiny vid 10.12.2015 r. № 889-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, art. 43.

10. Pro osnovni zasady sotsialnoho zakhystu veteraniv pratsi ta inshykh hromadian pokhyloho viku v Ukraini: Zakon Ukrayiny vid 16.12.1993 r. № 3721-XII. (1994). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, art. 18

11. Proekt Trudovoho kodeksu Ukrainy (reyestr. № 1658, tekst doopratsovanyy vid 24.07.2017 r.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=532213.

12. Pro praktyku rozghliadu sudamy trudovykh sporiv: post. Plenumu Verkhov. Sudu Ukrayiny vid 06.11.1992 r., № 9. (2006). *Byul. zak-va i yuryd. praktyky Ukrayiny*, 2.

Yaroshenko O. M., Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Head of the Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : yaroshenkolex@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9022-4726

Groundless refusal to employment: concept, essence, legal consequences

In the article the author proceeds from the fact that in modern conditions an employee must meet the high requirements for his professionalism and competence, knowledge and experience, personal, business and physical qualities. Professional-business qualities are a set of professional means by which an employee is able to perform the labor function assigned to him in a qualitative and timely manner. It is proved that one of the main guarantees in the conclusion of an employment contract is the prohibition of groundless refusal to an employment. The latter is interpreted as unmotivated or motivated with the reference to the circumstances that do not belong to the professional and business qualities of an employee, the employer's refusal to an employee in concluding an employment contract with him. The position is advocated about the legislative fixing of the norm by which an employer may refuse an employee to employ that is only as follows: a) absence of vacant positions; b) insufficiency or lack of appropriate qualifications in the person seeking an employment; c) presence of restrictions established by the legislation on employment; d) presence of restrictions on medical indicators. In all other cases, the refusal to employ an employee should be considered as contradictory to Labor law.

Keywords: the right to work; freedom of employment contract; employee; employer; recruitment; professional and business qualities; groundless refusal.

Рекомендоване цитування: Ярошенко О. М. Необґрунтована відмова у прийнятті на роботу: поняття, сутність, правові наслідки. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 71–80. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154273>.

Suggested Citation: Yaroshenko, O.M. (2019). Neobgrunтована vidmova u pryiniatti na robotu: poniattia, sutnist, pravovi naslidky [Groundless refusal to employment: concept, essence, legal consequences]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 71–80*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154273> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 05.12.2018 р.



Іншин Микола Іванович,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
завідувач кафедри трудового права
та права соціального забезпечення,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ
e-mail: inshyn777@gmail.com
ORCID: 0000-0002-9332-0286



Багрій Василь Андрійович,
кандидат юридичних наук,
провідний фахівець Центру проблем
імплементации європейського соціального права,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ
e-mail: wb3091@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7742-072X

doi: 10.21564/2414–990x.144.154289

УДК 349.22

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Сучасний стан реалізації принципу законності у трудових правовідносинах та практика його застосування не повною мірою відповідає постійним змінам у політиці держави, її економіці, суспільстві тощо. Як наслідок, реалізація принципу законності у трудових правовідносинах характеризується наявністю численних проблем, на які регулярно вказують вітчизняні вчені у своїх працях. Найдоцільнішим шляхом вирішення проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах є прийняття нового Трудового кодексу України, втім він протягом останніх років так і залишається проектом, і наразі важко спрогнозувати найближчі перспективи його прийняття. Тож актуальність дослідження проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах полягає у тому, що поки новий Трудовий кодекс України ще не прийнятий, пошук альтернативних шляхів їх вирішення є необхідним. У даній статті нами проаналізовано проблеми реалізації принципу законності у трудових правовідносинах. Передусім їх наявність обумовлена застарілістю чинного Кодексу законів про працю України. Враховуючи стрімкий розвиток суспільних відносин, зміни у політиці держави, її економіці, суспільстві тощо, він не відповідає вимогам

часу, адже велика кількість нових видів діяльності, які виникли протягом останніх десятиліть, не передбачені даним нормативно-правовим актом взагалі. Досліджено наукові праці та трудове законодавство у контексті розкриття змісту даної проблеми і встановлено, що забезпечення законності у трудових правовідносинах є ускладненим в умовах, коли такі правовідносини не передбачені чинним законодавством про працю. Окрім того, норми даного нормативно-правового акта є нечіткими та неоднорідно врегульовують трудові правовідносини різних категорій працівників – встановлено, що конституційні норми щодо рівного доступу до праці, а також недопущення дискримінації у сфері праці сьогодні не завжди виконуються у трудових правовідносинах. Тому окреслено переваги проекту Трудового кодексу України щодо реалізації принципу законності у трудових правовідносинах, а також названо шляхи вирішення деяких проблем у цій сфері.

Ключові слова: проблеми реалізації; принцип законності; трудові правовідносини; праця; працівник.

Ишын Н. И., доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины, ведущий кафедрой трудового права и права социального обеспечения, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Украина, г. Киев.

e-mail : inshyn777@gmail.com ; ORCID 0000-0002-9332-0286

Багрий В. А., кандидат юридических наук, ведущий специалист Центра проблем имплементации европейского социального права, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Украина, г. Киев.

e-mail : wb3091@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7742-072X

Проблемы реализации законности в трудовых правоотношениях

Реализация принципа законности в трудовых правоотношениях характеризуется наличием многочисленных проблем, обусловленных постоянным развитием Украины как государства, а также общественных отношений внутри него. Как следствие, действующее законодательство о труде не всегда адекватно реагирует на такие изменения, появляются многочисленные пробелы, которыми пользуются работодатели в своих интересах. Действующий на сегодня Кодекс законов о труде Украины было принято еще во времена Советского Союза. Несмотря на изменения, которые регулярно вносятся в его содержание, сфера трудовых правоотношений традиционно остается одной из самых проблемных в Украине в контексте правового регулирования и обеспечения законности. Еще с момента провозглашения независимости в научных кругах постоянно обсуждается необходимость принятия Трудового кодекса Украины, который будет соответствовать лучшим образцам европейского законодательства, а не будет фактически советским наследием национальной правовой системы. На сегодня существует несколько редакций проекта Трудового кодекса Украины, принятие которого по оценкам экспертов решит большинство проблем принципа законности в трудовых правоотношениях. Вместе с тем, Трудовой кодекс Украины все еще остается проектом, а потребность в решении проблем принципа законности в трудовых правоотношениях существует уже сейчас. Поэтому, в условиях, когда время принятия Трудового кодекса Украины трудно спрогнозировать, важна активизация отечественных ученых в целях поиска альтернативных путей их решения. Нами проанализированы научные труды и трудовое законодательство в контексте раскрытия содержания данной проблемы, и установлено, что обеспечение законности в трудовых правоотношениях затруднено в условиях, когда такие правоотношения регулируются устаревшими нормами. Также в данной статье установлено, что конституционные нормы относительно равного доступа к труду, а также недопущения дискриминации в сфере труда сегодня не всегда выполняются в трудовых правоотношениях. Выделены острые проблемы законности в трудовых правоотношениях и предложены пути их решения.

Ключевые слова: проблемы реализации; принцип законности; трудовые правоотношения; труд; работник.

Вступ. Формування високого рівня правової культури та правової свідомості в учасників трудових правовідносин забезпечується відповідними ідеологічними засобами, призначення яких полягає у вихованні необхідних масових рис у суспільстві. Одним із таких ідеологічних засобів є законність, завдання якої як принципу трудового права, полягає у забезпеченні додержання учасниками трудових правовідносин приписів законодавства про працю та досягненні правопорядку у трудових правовідносинах, що дозволить в результаті досягнути якісно нового рівня у врегулюванні праці в нашій державі.

Серед вітчизняних дослідників загальноприйнятою є позиція, згідно з якою однією з основних причин існуючих проблем у сфері трудових правовідносин є застарілість окремих положень чинного Кодексу законів про працю України [1], а подальший розвиток правового регулювання забезпечення законності у трудових відносинах пов'язується із майбутнім прийняттям Трудового кодексу України. Наразі найвірогіднішим шляхом скорішого вирішення існуючих проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах є прийняття Трудового кодексу України, проте зрозуміло, що цю подію варто розглядати швидше як перспективну, аніж як доконаний факт. Тому зазначимо, що чинний стан реалізації принципу законності у трудових правовідносинах характеризується наявністю проблем, і очевидно, що без фундаментальних наукових досліджень проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах перехід на якісно новий рівень функціонування трудових правовідносин у нашій державі є неможливим.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. У вітчизняній правовій доктрині чимало праць, пов'язаних із проблемами реалізації принципу законності у трудових правовідносинах. Свого часу було підготовлено низку проектів Трудового кодексу, тож вирішення цих проблем вітчизняними дослідниками переважно пов'язується із майбутнім оновленням законодавства про працю. Враховуючи, що чинний Кодекс законів про працю України [1] у багатьох аспектах не відповідає сучасному стану розвитку трудових відносин, формально встановлений принцип законності у трудових відносинах може не отримувати реального підтвердження, що обумовлює необхідність дослідження питання проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах. Серед науковців, які звертались до аналізу окремих питань, пов'язаних із проблемами правового регулювання трудових правовідносин, виділимо Ю. Г. Барабаша (Yu. H. Barabash), Н. Б. Болотіну (N. B. Bolotina), В. С. Венедіктова (V. S. Venediktov), С. В. Вишневецьку (S. V. Vyshnovetska), Н. Д. Гетьманцеву (N. D. Hetmantseva), М. М. Грекову (M. M. Hrekova), І. О. Гуменюк (I. O. Humeniuk), М. О. Данилова (M. O. Danylov), В. В. Жернакова (V. V. Zhernakov), О. В. Заводовську (O. V. Zavodovska), О. В. Лавріненка (O. V. Lavrinenko), К. В. Мельника (K. V. Melnyk), О. А. Мірошніченко (O. A. Miroshnichenko), Н. А. Плахотіну (N. A. Plakhotina), С. М. Прилипка (S. M. Prylypko), О. І. Процевського (O. I. Protsevskiy), О. А. Ситницьку (O. A. Sytnytska), Г. І. Чанишеву (H. I. Chanysheva), В. І. Щербину (V. I. Shcherbyna), О. М. Ярошенка (O. M. Yaroshenko).

Мета і завдання дослідження. Метою статті є визначення проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах та надання ґрунтовних пропозицій щодо їх вирішення.

Вирішення зазначеної мети передбачає виконання наступних завдань: 1) охарактеризувати праці вітчизняних авторів на предмет визначення актуальних проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах; 2) визначити існуючі проблеми реалізації принципу законності у трудових правовідносинах; 3) надання пропозицій щодо вирішення виділених проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах.

Виклад основного матеріалу. У сучасній науковій літературі немає єдиної концепції реалізації принципу законності у трудових правовідносинах, тож зробимо спробу їх формування на основі досліджень, які стосуються проблем трудових правовідносин у цілому.

Так, О. В. Заводовська вивчила проблеми правового регулювання трудових відносин між роботодавцями і дистанційними працівниками за трудовим договором. Серед проблем було виділено наступні: 1) у чинному законодавстві відсутнє визначення поняття «дистанційна праця»; 2) трудові правовідносини роботодавця і дистанційного працівника мають неврегульований характер – це проявляється у тому, що під час укладання трудового договору з дистанційним працівником, останній отримує всі права та гарантії, які належать усім без винятку працівникам, які по факту не можуть бути виконані (наприклад, право на безпечне робоче місце, охорону праці тощо) [2, с. 159–162]. Незважаючи на те, що виділених проблем у таких правовідносинах фактично лише дві, обидві із них суттєвим чином впливають на реалізацію принципу законності у трудових правовідносинах, і обидві пов'язані із недосконалістю чинного Кодексу законів про працю України [1]. Законність у трудових правовідносинах не може бути забезпечена в умовах, коли окремі види трудової діяльності взагалі не визначені на законодавчому рівні. Дистанційна праця на сьогодні не врегульована в чинному Кодексі, тому можна зробити висновок, що вона регламентується у загальному порядку, так само як й інші види трудової діяльності. Із цього слідує наявність та актуальність іншої проблеми – відсутнє законодавче врегулювання саме дистанційних трудових правовідносин. Як наслідок, законність у таких правовідносинах не може бути забезпеченою, адже існують прогалини щодо низки питань: наприклад, згідно із чинним законодавством про працю, а саме ст. 153 Кодексу законів про працю України [1], роботодавець зобов'язаний забезпечити безпечні і нешкідливі умови праці для працівників. Утім, у дистанційних трудових правовідносинах роботодавець позбавлений такої можливості, а працівник не може реалізувати відповідне право, адже у даному разі закон не захищає його інтереси належним чином. Інший випадок, виконання дистанційним працівником роботи у стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння. Так, у п. 7 ст. 40 Кодексу законів про працю України встановлено, що у разі появи працівника на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також

строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом. У дистанційних трудових правовідносинах роботодавець позбавлений можливості це контролювати, а також обмежений в інструментах щодо звільнення таких працівників. Відсутність законодавчого визначення окремих видів трудової діяльності, а також їх законодавчої регламентації є важливими проблемами реалізації принципу законності у трудових правовідносинах.

Н. А. Плахотіна у своїй роботі дослідила проблеми правового регулювання змісту трудового договору. Дослідниця звернула увагу на актуальність наступних: 1) згідно із чинним Кодексом законів про працю України, письмове укладання трудового договору є обов'язковим тільки у деяких випадках, в той час як за такого стану речей трудова функція працівника може залишатись без документального закріплення, і як наслідок, роботодавець може вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором; 2) у чинному законодавстві про працю відсутнє визначення місця роботи працівника, і як наслідок така умова праці недостатньо чітко регламентується у трудових договорах, що може призвести до порушення прав працівників у разі переведень чи переміщень працівників при зміні умов праці; 3) наявність можливості у роботодавця обмежувати оплату праці працівників, встановлюючи додаткову частину заробітної плати у вигляді заохочень, а потім позбавляючи їх цієї частини через дисциплінарні проступки (дослідниця зазначає, що це спричинено відсутністю можливості застосування до працівників штрафу як заходу дисциплінарного стягнення); 4) відсутність чіткого законодавчого визначення моменту початку роботи працівника після укладення трудового договору [3, с. 254–257]. Перераховані дослідницею проблеми фактично також слідує із недосконалої чинного Кодексу законів про працю України [1]. Якщо у попередній проаналізованій нами роботі дослідник вказував передусім на прогалини у змісті даного нормативно-правового акта, то у контексті регламентації трудового договору основною проблемою є нечіткість норм. Тобто, низка норм чинного законодавства про працю можуть тлумачитись двозначно, причому на користь роботодавця. Отже, прикладами норм Кодексу законів про працю України, прийнятих на користь роботодавця, є ст. 24, якою передбачено, що трудовий договір укладається, як правило, в письмовій формі. Іншим прикладом є ст. 2 Закону України «Про оплату праці» [9], згідно із якою структуру оплати праці становлять основна заробітна плата, додаткова заробітна плата та інші заохочувальні й компенсаційні виплати. Із наведених вище причин, в таких умовах працівники залишаються незахищеними, адже формально ніяких порушень трудового законодавства з боку роботодавця не вчинено. Реалізація принципу законності у трудових правовідносинах у даному контексті передусім пов'язується із наявністю проблем у захисті прав та інтересів працівників.

До аналізу проблем правового регулювання трудового договору звертається М. О. Данилов, акцентуючи увагу на актуальності наступних проблем: 1) неефективність врегулювання процесу укладення трудового договору;

2) закріплення гарантій трудових прав працівників обумовлене трудовим договором у процесі виконання трудової функції, а в умовах неефективності ринку праці трудовий договір відіграє переважно формально-декларативну роль; 3) недосконалість припинення трудового договору; 4) колізійність норм у питанні регулювання контракту як особливого виду трудового договору; 5) строк дії трудового договору (наприклад, у вітчизняному законодавстві не передбачені терміни, які могли б бути погоджені суб'єктами, але не містили граничних строків) [4, с. 84–86]. Дана позиція у багатьох моментах є подібною до попередньої проаналізованої нами, втім дослідники акцентують увагу на різних проблемах. Якщо Н. А. Плахотіна, аналізуючи проблеми правового регулювання трудових договорів, акцентувала увагу передусім на нечіткості формулювань норм Кодексу законів про працю України, то М. О. Данилов підкреслює хибність деяких положень чинного законодавства, або ж наявність певних законодавчих прогалин. На наявність таких проблем звертають увагу й інші науковці, і загалом можна зробити висновок, що колізійність норм трудового права, а також наявність низки законодавчих прогалин є найбільш поширеними проблемами реалізації принципу законності у трудових правовідносинах, адже не можуть бути законними такі трудові правовідносини, права та інтереси учасників яких не захищені належним чином.

М. В. Сорочишин вивчає проблемні питання визнання факту перебування у трудових правовідносинах. Так, дослідник з аналізу судової практики по суті виділив лише одну масштабну проблему: судами не вироблено усталених критеріїв визнання тих чи інших правовідносин трудовими (при вирішенні справ про визнання факту перебування у трудових правовідносинах суди керуються такими обставинами, як виконання роботи з певної однієї або кількох професій, спеціальностей, посади відповідної кваліфікації; наявність у штатному розписі підприємства певної посади, під яку підпадають покладені на працівника обов'язки; наявність укладеного договору про повну матеріальну відповідальність; систематичний характер виплат винагороди за працю тощо) [5, с. 334–337]. Існує небезпечна судова практика відмови судів визнавати факт існування трудових відносин у зв'язку з невиконанням роботодавцем своїх обов'язків. Фактично, раніше у нормах Кодексу законів про працю України було встановлено норму, згідно з якою у разі укладення трудового договору між фізичною особою та працівником фізична особа повинна у тижневий строк з моменту фактичного допущення працівника до роботи зареєструвати укладений у письмовій формі трудовий договір у Державній службі зайнятості за місцем свого проживання. У разі якщо такий договір не реєструвався, суди приймали рішення щодо фактичного не існування таких правових відносин. На сьогодні ст. 24-1 виключено із Кодексу законів про працю України, утім проблема визначення існування факту трудових правовідносин залишається актуальною. У ст. 24 встановлено, що працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, та повідомлення центрального органу виконавчої

влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Але якщо сам працівник не зможе довести своє фактичне перебування у трудових правовідносинах, його доведення у інший спосіб є сумнівним, а отже, й законність у таких правовідносинах не може бути забезпечена. У проекті Трудового кодексу України [8] дана проблема частково знайшла своє вирішення. У його ст. 33 визначено, що трудовий договір укладається в письмовій формі у двох примірниках, які мають однакову юридичну силу (один примірник передається працівнику, другий зберігається у роботодавця), а зміни до трудового договору оформлюються в такому самому порядку. Тобто умови трудового договору мають бути зафіксовані у письмовій формі, а не в письмовій чи усній. Як наслідок, кожна сторона спору має документальне підтвердження аргументів, на які вона посилається. З іншого боку, у ч. 4 ст. 30 Проекту встановлено, що трудові відносини виникають з дня початку працівником роботи за наказом (розпорядженням) чи з дозволу роботодавця. Щодо дозволу звернемо увагу на відсутність нормативно зафіксованої вимоги фіксації його у письмовій формі, тобто дозвіл може бути усним. У такому разі доведення працівником факту надання такого дозволу може бути неможливим. На наше переконання, для унеможливлення виникнення подібних ситуацій необхідно встановлювати момент початку трудових правовідносин у самому договорі. За умови встановлення виключно письмової форми трудових договорів, а також наявності примірників у кожної зі сторін права і працівників, і роботодавців будуть належним чином захищеними.

О. А. Ситницька дослідила питання проблем правового регулювання трудових відносин громадян України, які працюють за її межами. Так у процесі дослідження дослідниця виділила передусім наступну проблему: відсутність законодавчого акта, який би детально регламентував підприємницьку діяльність щодо посередництва у працевлаштуванні громадян за кордоном [6, с. 96–97]. Щодо інших виділених проблем, вони не пов'язані із реалізацією принципу законності у трудових правовідносинах, а мають більшою мірою соціальний, демографічний та міграційний характер. Щодо проблеми, на якій ми акцентували увагу вище, зробимо висновок, що у контексті проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах, вона пов'язана із наявністю законодавчих прогалів та відсутністю врегулювання окремих сфер, що є суміжними категоріями із трудовими правовідносинами. Зокрема, в чинному Кодексі законів про працю України немає норм, які врегульовують посередницьку діяльність із забезпечення працевлаштування громадян за кордоном, і так само відсутній спеціальний нормативно-правовий акт, який регламентує дану діяльність. Отож аналізована праця є ще одним підтвердженням актуальності проблеми наявності правових колізій та прогалів у законодавстві про працю, що не дозволяє ефективно реалізовуватись принципу законності у трудових правовідносинах.

О. А. Мірошніченко своєю чергою виділяє такі проблеми: 1) частина працівників бюджетної сфери позбавлені права працювати за сумісництвом, чим порушуються їхні конституційні права, а також норми міжнародного права; 2) чинне спеціальне законодавство, що регулює роботу працівників державного сектору економіки за сумісництвом, потребує суттєвого удосконалення [7, с. 638–639]. З його праці можна виділити наступну проблему реалізації принципу законності у трудових правовідносинах – неоднорідне правове регулювання для різних категорій працівників, в результаті чого порушуються їхні права. Ця проблема є характерною не лише для сфери державного сектору економіки, а й для інших сфер, на що ми вказували раніше у даній роботі (наприклад, щодо дистанційної зайнятості). Так, у п. 7 ст. 40 Кодексу законів про працю України встановлено, що у разі появи працівника на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом. У дистанційних трудових правовідносинах роботодавець позбавлений можливості це контролювати, тому у аналогічній ситуації працівники не втратять свою роботу. Тобто тут має місце неоднорідне правове регулювання питання звільнення працівників, зайнятих дистанційною працею, а також працівників, що здійснюють трудові відносини на загальних засадах. Відповідно, дану проблему варто визначити як проблему законності у трудових правовідносинах, адже не є законними такі трудові правовідносини, у яких працівника наділено меншим обсягом прав, ніж це передбачено Основним Законом нашої держави, а також актами міжнародного законодавства.

Як бачимо, більшість проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах, пов'язані із недосконалістю чинного Кодексу законів про працю України та обумовлені необхідністю прийняття Трудового кодексу України, причому зазначимо, що у проекті Трудового кодексу України фактично усі проаналізовані нами проблеми знайшли своє вирішення.

Обговорення результатів. Загалом, виділяючи конкретні прогалини, на яких акцентували увагу вітчизняні науковці, зазначимо наступне.

1. Відсутність законодавчого визначення окремих видів трудової діяльності та їх регламентації – дана проблема обумовлена застарілістю Кодексу законів про працю України, тому певні види діяльності, які виникли після його прийняття, не передбачені даним нормативно-правовим актом взагалі. Вирішення даної проблеми вбачаємо у прийнятті Трудового кодексу України, який закріпить поняття видів трудової діяльності, які відповідають сучасному розвитку суспільних відносин і держави. Так, наприклад, у чинному Кодексі законів про працю України не регулюються особливості трудових правовідносин із дистанційними працівниками. У проекті Трудового кодексу України це питання вирішене належним чином у ст. 42.

2. Нечіткість норм Кодексу законів про працю України – зміст багатьох норм даного нормативно-правового акта неможливо тлумачити однозначно, і як наслідок

док, у роботодавців існує можливість порушувати трудові права працівників, не порушуючи при цьому законодавство про працю. У ч. 1 ст. 33 проекту Трудового кодексу України ця прогалина вирішується шляхом закріплення норми, що трудовий договір укладається в письмовій формі у двох примірниках, які мають однакову юридичну силу. Зміни до трудового договору оформлюються в такому самому порядку. Один примірник передається працівнику, другий зберігається у роботодавця. Порушення цього правила не може вплинути на трудові відносини, що вже виникли. Обов'язковість укладення трудового договору у письмовій формі дозволить чітко врегулювати у конкретній ситуації права та обов'язки його сторін, що полегшить доведення своєї правоти обома сторонами.

3. Проблематичність доведення самого факту існування трудових правовідносин між особами – аналіз деяких праць засвідчив, що на сьогодні роботодавці значно більш захищені, адже чинне законодавство ускладнює доведення працівником фактичного здійснення ним трудових правовідносин.

4. Неоднорідне правове регулювання для різних категорій працівників, в результаті чого порушуються їхні права. Адже конституційні норми щодо рівного доступу до праці, а також недопущення дискримінації у сфері праці на сьогодні не завжди виконуються у трудових правовідносинах, адже у чинному Кодексі законів про працю України існують норми, які безпосередньо суперечать Основному Закону, а також актам міжнародного законодавства. У проекті Трудового кодексу України ця проблема не вирішена, втім нормативно аргументована. Так, у ст. 43 встановлено, що припинення трудових відносин з працівником, який працює за сумісництвом, з виплатою вихідної допомоги відбувається за умови обмеження сумісництва у зв'язку з особливими умовами та режимом праці. Тобто у разі обмеження трудових прав осіб вони все ж компенсуються виплатою вихідної допомоги. У ст. 296 Проекту встановлено, що забороняється приймати на роботу за сумісництвом неповнолітніх осіб, і таке обмеження вважаємо виправданим. Тож вирішення окресленої проблеми можливе двома шляхами:

1) зрівнювання в правах усіх без винятку працівників. Так, обмеження трудових прав працівників бюджетної сфери, встановлене у п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» [10] обмежує у трудових правах осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у порівнянні з іншими категоріями працівників, які можуть займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю. Зрівнювання в правах усіх працівників можливе шляхом виключення усіх подібних обмежень із змісту актів вітчизняного законодавства, у тому числі Закону України «Про запобігання корупції». Однак такий шлях є недоречним, адже відповідні обмеження встановлюються в інтересах держави з метою запобігання використанню такими працівниками свого службового становища у особистих інтересах;

2) унесення змін до Основного Закону України. Такий шлях є більш доречним, адже Конституція України містить низку норм, які фактично не знайшли своєї реалізації у повсякденному житті та інших актах законодавства. Так,

у ст. 21 визначено, що усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах, а права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Проте, як свідчить специфіка трудових правовідносин, одні з працівників можуть наділятися ширшим обсягом прав у порівнянні із іншими в інтересах держави. Тож більш доречно сформулювати дану норму наступним чином: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах, окрім випадків, коли обсяг прав обмежується в інтересах держави. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними».

Висновки. Таким чином, у процесі дослідження проблем реалізації принципу законності у трудових правовідносинах нами встановлено, що сфера трудових правовідносин у цілому характеризується низкою проблемних моментів. Усі проблеми обумовлені недосконалістю чинного законодавства про працю, а саме застарілістю Кодексу законів про працю України. Утім, проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014 р. містить вирішення більшості із вказаних нами проблем. А отже, сьогодні вкрай важливим заходом забезпечення законності у трудових правовідносинах є прийняття нового Трудового кодексу України.

Список літератури:

1. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. додаток до № 50. Ст. 375.
2. Заводовська О. В. Проблеми правового регулювання трудових відносин між роботодавцями і дистанційними працівниками за трудовим договором. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. Вип. 3. Том. 1. 2018. С. 159–162.
3. Плахотіна Н. А. Проблеми правового регулювання змісту трудового договору: визначення нових тенденцій. *Правова держава: Щорічник наукових праць*. 2010. Вип. 21. С. 252–258.
4. Данилов М. О. Проблеми правового регулювання трудового договору. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Вип. 3, 2016. С. 84–87.
5. Сорочинин М. В. Проблемні питання визнання факту перебування у трудових правовідносинах. *Актуальні проблеми політики*. Одеса : Фенікс, 2013. Вип. 48. С. 332–338.
6. Ситницька О. А. Проблеми правового регулювання трудових відносин громадян України, які працюють за її межами. *Університетські наукові записки*. 2010. № 2. С. 93–98.
7. Мірошніченко О. А. Деякі проблеми правового регулювання трудових відносин працівників державного сектору економіки. *Форум права*. 2010. № 4. С. 637–640.
8. Проект Трудового кодексу України № 1658 від 27.12.2014 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221 (дата звернення: 21.12.2018).
9. Про оплату праці : Закон України від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 17. Ст. 121.
10. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014 р. № 49. С. 3186. Ст. 2056.

References:

1. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 10.12.1971 r. № 322-VIII. (1971). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 50. art. 375.
2. Zavodovska, O.V. (2018). Problemy pravovoho rehuliuвання trudovykh vidnosyn mizh robotodavtsiamy i dystantsiinymy pratsivnykamy za trudovym dohovorum. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu – Science Newsletter of Kherson State University*, 3, 159–162 [in Ukrainian].

3. Plakhotina, N.A. (2010). Problemy pravovoho rehuliuвання зміstu trudovoho dohovoru: vyznachennia novykh tendentsii. *Pravova derzhava: Shchorichnyk naukovykh prats – Legal state: Year-book of scientific works*, 21, 252–258 [in Ukrainian].
4. Danylov, M.O. (2016). Problemy pravovoho rehuliuвання trudovoho dohovoru. *Naukovyi visnyk publicnogo ta pryvatnogo prava – Scientific Newsletter of Public and Private Law*, 3, 84–87 [in Ukrainian].
5. Sorochyshyn, M.V. (2013). Problemni pytannia vyznannia faktu perebuvannia u trudovykh pravovidnosynakh. *Aktualni problemy polityky : zb. nauk. pr. – Actual problems of politics: a collection of scientific works*, 48, 332–338 [in Ukrainian].
6. Sytnytska, O.A. (2010). Problemy pravovoho rehuliuвання trudovykh vidnosyn hromadian Ukrainy, yaki pratsiuut za yii mezhamy. *Universytetski naukovy zapysky – Universitiy scientific notes*, 2, 93–98 [in Ukrainian].
7. Mirosnychenko, O.A. (2010). Deiaki problemy pravovoho rehuliuвання trudovykh vidnosyn pratsivnykiv derzhavnogo sektoru ekonomiky. *Forum prava – The forum of rights*, 4, 637–640 [in Ukrainian].
8. Proekt Trudovoho kodeksu Ukrainy № 1658 vid 27.12.2014 r. (2014). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221
9. Pro oplatu pratsi: Zakon Ukrainy vid 24.03.1995 r. № 108/95-VR. (1995). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 17, art. 121.
10. Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1700-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 49, art. 3186.

Inshyn M. I., Doctor of Law Sciences, Professor, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine, Head of the Department of Labor Law and Social Security law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.

e-mail : inshyn777@gmail.com ; ORCID 0000-0002-9332-0286

Bagriy V. A., PhD in Law, Leading Specialist of the Center for Problems Implementation of European Social Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.

e-mail : wb3091@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7742-072X

Problems of realization of the principle of legality in labor relations

The current state of implementation of the principle of legality in labor relations and the practice of its application does not fully correspond to the constant changes in the policy of the state, its economy, society, etc. As a result, the implementation of the principle of legality in labor relations is characterized by the presence of numerous problems, that are regularly pointed out by scientists in their writings. The most appropriate way of solving the problems of implementing the principle of legality in labor relations is the adoption of the new Labor Code of Ukraine. However, it has remained as the project for the last few years, and it is difficult to predict the immediate prospects for its adoption at this time. Therefore, the relevance of research into the implementation of the principle of legality in labor relations is that, while the new Labor Code of Ukraine has not yet been adopted, the search for alternative ways of their solution is necessary. In this article argued propositions of solving problems of the implementation of the principle of legality in labor relations are analyzed. First and foremost, their availability is due to the obsolete version of the current Code of Labor Laws of Ukraine. Given the rapid development of public relations, changes in the policy of the state, its economy, society, etc., it does not meet the requirements of time, because a large number of new types of activities that have arisen over the past decades are not provided by this Law in general. Papers and labor legislation in the context of disclosing the content of this problem were researched, and it has been established that ensuring legality in labor relations is complicated in conditions where such legal relationships are not provided for by current labor legislation. In addition, the norms of this normative legal act are vague regulate the labor relations of different categories of employees - it is explored that constitutional norms regarding equal access to work, as well

as the prevention of discrimination in the field of labor, are not always carried out in labor relations. Therefore, in this article the advantages of the draft Labor Code of Ukraine regarding the implementation of the principle of legality in labor relations are outlined, as well as ways of solving main problems in this area.

Keywords: implementation problems; the principle of legality; labor relations; labor; employee.

Рекомендоване цитування: Іншин М. І., Багрій В. А. Проблеми реалізації принципу законності у трудових правовідносинах. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 81–92. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154289>.

Suggested Citation: Inshyn, M.I., Bagriy, V.A. (2019). Problemy realizatsii pryntsypu zakonnosti u trudovykh pravovidnosynakh [Problems of realization of the principle of legality in labor relations]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 81–92*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154289> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 13.02.2019 р.

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО



Лісова Тетяна Вікторівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, м. Харків
e-mail: listet1979@gmail.com
ORCID 0000-0002-3747-1733

doi: 10.21564/2414–990x.144.155478
УДК 349.4

ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТІВ ПРАВОВІДНОСИН ЩОДО ВІДНОВЛЕННЯ ЗЕМЕЛЬ ЯК СКЛАДОВОЇ ПРЕДМЕТА ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА

Стаття присвячена теоретичним питанням у сфері суспільних відносин з приводу відновлення земель. Акцентується увага на окремих особливостях суб'єктів земельних відносин. Досліджується правовий статус суб'єктів правовідносин у сфері відновлення земель. Зроблено висновок, що відновлення первісного якісного стану деградованих, порушених земель повинно бути законодавчо забезпеченим імперативом як для власників земельних ділянок, так і для землекористувачів.

Ключові слова: суб'єкти; відновлення; земельні відносини; охорона; власники земельних ділянок; орендарі.

Лисовая Т. В., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры земельного и аграрного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail : listet1979@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3747-1733

К вопросу о субъектах правоотношений в сфере восстановления земель как составляющей предмета земельного права

Статья посвящена теоретическим вопросам в сфере общественных отношений по поводу восстановления земель. Акцентируется внимание на отдельных особенностях субъектов земельных отношений. Исследуется правовой статус субъектов правоотношений в сфере восстановления земель. Сделан вывод, что восстановление первоначального качественного состояния деградированных, нарушенных земель должно быть законодательно обеспеченным императивом как для собственников земельных участков, так и для землепользователей.

Ключевые слова: субъекты; восстановление; земельные отношения; охрана; собственники земельных участков; арендаторы.

Вступ. В умовах істотного погіршення якісного стану земель в Україні, посилення техногенного забруднення земель, розвитку ерозійних процесів особливої уваги потребують теоретичні питання у сфері відносин з приводу відновлення земель. Вибір теми статті визначено актуальністю окремих теоретичних питань щодо правовідносин у сфері відновлення земель як складової предмета земельного права. Особливої уваги заслуговують суб'єкти правових відносин щодо відновлення земель.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Правові проблеми відновлення земель є надзвичайно актуальними в сучасних умовах. У контексті вище зазначеного доцільно назвати праці вітчизняних науковців, як Н. С. Гавриш (N. S. Havrysh), П. Ф. Кулинич (P. F. Kulynych), М. А. Дейнега (M. A. Deynega), А. Л. Місінкевич (A. L. Misinkevich), М. В. Шульга (M. V. Shulha), проте окремі теоретичні питання щодо правового статусу суб'єктів правових відносин у сфері відновлення земель потребують подальшого дослідження.

Мета статті – вивчення особливостей правового статусу суб'єктів правових відносин у сфері відновлення земель.

Виклад основного матеріалу. Насамперед слід зазначити, що суб'єктами правовідносин відповідно до наукових поглядів є індивіди або організації, які можуть бути на підставі норм права учасниками правовідносин, носіями суб'єктивних прав та обов'язків [1, с. 291–293].

Учасниками правовідносин, як наголошує В. М. Хропанюк (V. M. Hropanjuk), є ті суб'єкти, які перебувають у сфері дії об'єктивного права [2, с. 309]. Міра участі суб'єктів у правовідносинах визначається їх право- та дієздатністю. О. Ф. Скакун (O. F. Skakun) поділяє всіх суб'єктів правовідносин на: індивідуальні (громадяни, які мають громадянство відповідної держави; іноземні громадяни; особи без громадянства (апатриди); особи з подвійним громадянством (біпатриди); колективні (державні органи, організації, установи, підприємства, органи місцевого самоврядування, комерційні організації, громадські об'єднання (партії, профспілкові організації)); релігійні організації; державу та її структурні одиниці (державна, державні утворення штати, землі, автономії), адміністративно-територіальні утворення; соціальні спільноти (народ, нація, етнічні групи та ін.) [3, с. 385]. С. С. Алексєєв (S. S. Alekseev) виокремлює дві основні ознаки суб'єктів права. Насамперед – це особа, учасник суспільних відносин (індивіди, організації), які за своїми особливостями фактично можуть бути носіями суб'єктивних прав і обов'язків. Для цього особа повинна володіти певними якостями, що пов'язані з волею людини або колективу, до якої вона належить, йдеться про зовнішню відокремленість, персоніфікацію, здатність виробляти, виражати й здійснювати персоніфіковану волю. Другою ознакою є особа, яка реально здатна брати участь у правовідносинах та набула властивостей суб'єкта права відповідно до юридичних норм [4, с. 139].

Здатність бути носіями юридичних прав і обов'язків є правосуб'єктністю. При цьому правосуб'єктність є властивістю особи, суспільно-юридичним станом,

що за своєю природою є невід'ємним від особи [4, с. 139]. Правосуб'єктність має власну структуру, яку складають гарантовані законом можливості бути носієм прав та обов'язків, набувати їх, користуватися ними і виконувати їх [5, с. 49].

Деякі науковці розмежовують поняття «суб'єкт права» і «суб'єкт правовідносин», розглядаючи суб'єкта права як особу, наділену правосуб'єктністю, тобто потенційно здатне бути учасником правовідносин, а суб'єкта правовідносин як реального учасника відповідних правових відносин [6, с. 32–36]. Правосуб'єктність у єдності з іншими конституційними (загальними) правами та обов'язками, які визначають зміст правосуб'єктності та є невід'ємними від особистості, охоплюється поняттям правового статусу [4, с. 142].

Аналіз сучасної юридичної доктрини свідчить про наявність двох підходів щодо співвідношення понять «суб'єкт правовідношення» та «суб'єкт права» [7, с. 39]. Прихильники першого підходу вважають зазначені поняття рівнозначними [8, с. 83; 9, с. 753–754; 10, с. 285; 3, с. 384–385]. Для них бути суб'єктом права означає бути суб'єктом правовідносин, тобто реалізовувати надані суб'єктивні права та юридичні обов'язки [7, с. 39].

Відповідно до другої позиції поняття «суб'єкт права» охоплює поняття «суб'єкт правовідносин», яке є вужчим. Суб'єкт права – це особа, яка має правосуб'єктність, тобто потенційно здатна стати учасником правовідносин, а суб'єкт правовідносин є реальним учасником цих правовідносин [6, с. 40].

Як підкреслюється у наукових працях, неможливо бути суб'єктом права й не бути водночас суб'єктом правовідносин [7, с. 42]. Адже бути суб'єктом права означає бути особою, яка має суб'єктивне право, що конститується корелятивним йому юридичним обов'язком і відповідною поведінкою іншого суб'єкта [7, с. 42]. Учасники правового відношення виступають стосовно одне до одного як правомочні та правозобов'язальні особи, інтереси однієї особи можуть бути реалізовані лише за посередництва іншої [11, с. 82].

Окремі науковці розглядають суб'єктів права як сукупність укладених в спеціальну юридичну форму (в форму юридичної особи або індивіда) правових якостей особи [12, с. 7].

На думку деяких науковців, ототожнення суб'єкта права й суб'єкта правовідносин можливе тільки у разі перебування суб'єкта у стані сталої та постійної участі у правовідношенні [13, с. 39].

На думку С. А. Чаркіна (S. A. Charkin), суб'єкт земельного права є особою або організацією, що здатні мати суб'єктивні права та юридичні обов'язки незалежно від того, користуються вони ними в реальності чи ні [14, с. 85]. При цьому вчений констатує, що суб'єкт земельного права стає суб'єктом земельних правовідносин, якщо його включено в нього, перебуває у взаємодії та зв'язку з іншими суб'єктами права, в результаті чого відбувається реалізація суб'єктивних прав і юридичних обов'язків [14, с. 85].

Слід підтримати висловлену позицію, що трансформація суб'єкта права в учасника правовідносин пов'язана з процесом перетворення можливого в дійсне, перетворенням наявності об'єктивного права в реальну поведінку [15, с. 94].

О. А. Галиновська (O. A. Halynovska) розглядає суб'єктів земельних правовідносин як осіб, які володіють з правової точки зору певним правовим статусом, визначеним як іншими галузями права, так і земельним законодавством. Науковець підкреслює, що правовий статус учасника земельних правовідносин фомується не тільки з визначення його ставлення до землі або земельної ділянки. Важливими є й соціальні ролі суб'єкта, що визначають зміст його інтересу щодо використання землі, те, що є основою діяльності суб'єкта та визначає мету набуття та використання земельної ділянки [16, с. 71].

Доречно підтримати висловлену у наукових працях точку зору щодо необхідності оновлення суб'єктного складу земельних правовідносин у сучасних умовах і врегулювання належним чином правового статусу суб'єктів цих правовідносин у земельному законодавстві [17, с. 112].

Як переконливо зазначає М. В. Шульга (M. V. Shulha), переважна більшість земельних правовідносин є тристоронніми у зв'язку з тим, що їх обов'язковим учасником виступає держава в особі її уповноважених органів, які зобов'язані реалізувати відповідні функції й повноваження у сфері регулювання земельних відносин, раціонального використання, відтворення та охорони земель та ін. [18, с. 51]. При цьому, на думку науковця, суб'єкти земельних правовідносин мають певний правовий статус, що складається з певних правомочностей, на характер яких впливають вид суб'єкта, особливості об'єкта та обставини, в яких діє суб'єкт [18, с. 57].

Отже, правовий статус суб'єкта земельних правовідносин залежить певною мірою від особливостей об'єкта правовідносин. Так, у разі консервації деградованих та малопродуктивних земельних ділянок відбувається припинення їх господарського використання на певний термін та їх залуження або заліснення. Отже, власники та землекористувачі втрачають на певний час здійснення правомочності – користування земельною ділянкою.

Таким чином, суб'єктами правовідносин у сфері відновлення земель доцільно вважати громадян та юридичних осіб, які наділені певними правами та обов'язками щодо відновлення земель. Як власники, так і землекористувачі зобов'язані не тільки підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі, але й приводити земельну ділянку у попередній стан у разі незаконної зміни рельєфу. У даному разі йдеться про порушені землі, які внаслідок проведення гірничодобувних, геологорозвідувальних, будівельних та інших робіт зазнали певних змін у структурі рельєфу, втратили первісний якісний стан та продуктивність.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового договору оренди землі» від 3 березня 2004 р. № 220 передбачено обов'язок орендаря повернути орендодавцеві земельну ділянку (земельні ділянки) після припинення дії договору у стані, не гіршому порівняно з тим, у якому він одержав її в оренду [19].

Як власники, так і користувачі деградованих і малопродуктивних земельних ділянок, господарське використання яких є екологічно небезпечним та

економічно неефективним, а також техногенно забруднених земельних ділянок відповідно до Порядку консервації земель, який було затверджено наказом Міністерства аграрної політики та продовольства від 26 квітня 2013 р. № 283, після отримання клопотання, припису (розпорядження) уповноважених органів зобов'язані протягом 30 днів ініціювати проведення робіт з консервації земель [20].

Таким чином, аналізуючи особливості прав та обов'язків суб'єктів правовідносин у сфері відновлення земель, серед них слід виокремити: власників та користувачів, в тому числі орендарів, земельних ділянок як носіїв обов'язків відновлення та охорони земель; органи державної влади та місцевого самоврядування, які здійснюють регулювання відновлення та охорони земель.

Специфічними суб'єктами правовідносин у сфері відновлення земель є органи державного контролю за використанням, охороною та відновленням земель: Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру, а також Державна екологічна інспекція України та їх територіальні органи.

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо про нагальну потребу прийняття окремого Закону «Про відновлення земель», у якому повинен знайти закріплення обов'язок своєчасного відновлення первісного якісного стану деградованих та порушених земель з урахуванням їх цільового призначення шляхом здійснення відповідних заходів (як-то: консервація, рекультивация тощо). Відновлення первісного якісного стану деградованих, порушених земель повинно бути законодавчо забезпеченим імперативом як для власників земельних ділянок, так і для землекористувачів.

Список літератури:

1. Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права : учебник для ВУЗов. Москва : Спарк, 1998. 448 с.
2. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебник для высших учебных заведений / под ред. В. Г. Стрекозова. Москва : Интерстиль, Омега-Л, 2006. 382 с.
3. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Консум, 2000. 704 с.
4. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2-х т. Т. II. Москва : Юрид. лит., 1982. 360 с.
5. Надьон В. В. Структура правосуб'єктності. *Сучасні проблеми цивілістики* : матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті Чингізхана Нуфатовича Азімова, 20 груд. 2013 р. Харків : ФЛП Либуркина Л. М. 2014. С. 49–53.
6. Бойцов В. Я. Система субъектов советского государственного права. Уфа : Башкирское книжное издательство, 1972. 158 с.
7. Гнатушенко Ю. В. «Суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин»: співвідношення понять. *Часопис Київського університету права*. 2008. № 1. С. 39–43.
8. Кечекьян С. Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. Москва : АН СССР, 1958. 185 с.
9. Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интеграции в контексте коммуникативного подхода : курс лекций. Санкт-Петербург : изд. Дом С.-Петерб. гос. университета, 2004. 863 с.
10. Алексеев С. С., Дюрягин И. Я., Исаков В. Б. и др. Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. С. С. Алексеева. Москва : Юрид. лит., 1987. 448 с.
11. Харитоновна О. І. Деякі проблеми загальної теорії правовідносин. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 75–84.

12. Архипов С. И. Субъект права (теоретическое исследование) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Уральск. гос. юрид. акад. Екатеринбург. 2005. 46 с.
13. Слепнев А. В. Соотношение субъекта права и субъекта правоотношения. *История государства и права*. 2007. № 24. С. 38–40.
14. Чаркин С. А. Земельные правоотношения как межотраслевая правовая категория : монография. Москва : Юрайт, 2012. 237 с.
15. Санжарук Т. О. Поняття «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин»: питання розмежування. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 91–95.
16. Галиновская Е. А. Земельное правоотношение как социально-правовое явление : монография. Москва : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : ИНФРА-М, 2015. 272 с.
17. Бондарчук Н. Земельні правовідносини в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 3. С. 111–113.
18. Шульга М. В. Земельні правовідносини. *Земельне право* : підручник / за ред. М. В. Шульги. Харків : Право, 2013. С. 49–62.
19. Про затвердження Типового договору оренди землі : Постанова Кабінету Міністрів України від 03.03.2004 р. № 220. *Офіційний вісник України*. 2004. № 9. Ст. 527.
20. Про затвердження Порядку консервації земель : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства від 26.04.2013 р. № 283. *Офіційний вісник України*. 2013. № 42. Ст. 1525.

References:

1. Lazarev, V.V., Lipen', S.V. (1998). *Teoriya gosudarstva i prava*. Moscow: Spark [in Russian].
2. Гропанчук, V.N. (2006). *Teoriya gosudarstva i prava*. V.G. Strekozov (Ed.). Moscow: Interstil', Omeqa-L [in Russian].
3. Skakun, O.F. (2000). *Teoriya gosudarstva i prava*. Khar'kov: Konsum [in Russian].
4. Alekseev, S.S. (1982). *Obshhaja teoriya prava*. (Vols. 1–2; Vol. 2). Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
5. Nadon, V.V. (2014). *Struktura pravosub'iektnosti. Suchasni problemy tsyvilistyky*: materialy "kruhloho stolu", prysviach. pam'iaty Chinhizkhana Nufatovycha Azimova (Kharkiv, 20 hrud. 2013 r.) – *Modern issues of civilization: Proceedings of the "round table" devoted to memory of Chingizhan Nufatovich Azimov*. Kharkiv: FLP Liburkina L.M., 49–53 [in Ukrainian].
6. Bojcov, V.Ja. (1972). *Sistema sub#ektov sovetskogo gosudarstvennogo prava*. Ufa: Bashkirskoe knizhnoe izdatel'stvo [in Russian].
7. Hnatushchenko, Yu.V. (2008). "Sub'iekt prava" ta "sub'iekt pravovidnosyn": spivvidnoshennia poniat. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava, issue 1, 39–43* [in Ukrainian].
8. Kechek'jan, S.F. (1958). *Pravootnoshenie v socialisticheskom obshhestve*. Moscow: AN SSSR [in Russian].
9. Poljakov, A.V. (2004). *Obshhaja teoriya prava: Problemy integracii v kontekste kommunikativnogo podhoda*. St. Petersburg [in Russian].
10. Alekseev, S.S., Djurjagin, I. Ja., Isakov, V.B. et al. (1987). *Problemy teorii gosudarstva i prava*. S.S. Alekseev (Ed). Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
11. Kharytonova, O.I. (2003). *Deiaki problemy zahalnoi teorii pravovidnosyn. Aktualni problemy derzhavy i prava, issue 21, 75–84* [in Ukrainian].
12. Arhipov, S.I. (2005). *Sub#ekt prava (teoreticheskoe issledovanie). Extended abstract of doctor's thesis*. Ekaterinburg [in Russian].
13. Slepnnev, A.V. (2007). *Sootnoshenie sub#ekta prava i sub#ekta pravootnoshenija. Istorija gosudarstva i prava, issue 24, 38–40* [in Russian].
14. Charkin, S.A. (2012). *Zemel'nye pravootnoshenija kak mezhotraslevaja pravovaja kategorija*. Moscow: Jurajt [in Russian].
15. Sanzharuk, T.O. (2003). *Poniattia «sub'iekt prava» ta «sub'iekt pravovidnosyn»: pytannia rozmezhuvannia. Aktualni problemy derzhavy i prava, issue 21, 91–95* [in Ukrainian].

16. Galinovskaja, E.A. (2015). *Zemel'noe pravootnoshenie kak social'no-pravovoe javlenie*. Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedenija pri Pravitel'stve Rossijskoj Federacii: INFRA M [in Russian].
17. Bondarchuk, N. (2017). *Zemelni pravovidnosyny v Ukraini: suchasnyi stan ta perspektyvy rozvytku. Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i parvo, issue 3, 111–113* [in Ukrainian].
18. Shulha, M.V. *Zemelni pravovidnosyny. Zemelne pravo*. M.V. Shulha (Ed.). Kharkiv: Pravo, part 2, 49–62 [in Ukrainian].
19. Pro zatverdzhennia Typovoho dohovoru orendy zemli: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 03.03.2004 r. № 220. (2004). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 9, art 527* [in Ukrainian].
20. Pro zatverdzhennia Poriadku konservatsii zemel: nakaz Ministerstva ahrarynoi polityky ta prodovolstva vid 26.04.2013 r. № 283. (2013). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 42, art 1525* [in Ukrainian].

Lisova T. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Land and Agrarian Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : listet1979@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3747-1733

To the issue of the subjects of the legal relations for restoration of land as a constituent of the subject of land law

In the conditions of a significant deterioration of the quality of land in Ukraine, the intensification of pollution of land, the development of erosive processes, special attention needs theoretical issues in the field of relations of the restoration of land. Particular attention deserves the subjects of legal relations of the restoration of land.

Legal problems of land restoration are extremely relevant in modern conditions. In the context of the above, it is expedient to distinguish the works of domestic scholars, however, some theoretical questions regarding the legal status of subjects of legal relations in the field of restoration of land need further research.

Consequently, the legal status of the subject of land relations depends to a certain extent on the features of the object of legal relations. Thus, in the case of conservation of degraded and unproductive land plots, there is a cessation of their economic use for a certain period of time and their entraining or afforestation. Consequently, owners and land users lose the right to use the land for a certain period of time. Thus, legal entities in the sphere of land restoration should be considered as citizens and legal entities, which have certain rights and responsibilities for the restoration of land.

Both the owners and the land users are obliged not only to increase the soil fertility and to preserve other useful properties of the land, but also to bring the land plot in its previous state in case of illegal alteration of the relief. In this case, it is a question of the disturbed lands that have undergone certain changes in the structure of the relief as a result of mining, geological exploration, construction and other work, lost their original quality status and productivity.

Keywords: subjects; restoration; land relations; protection; land owners; tenants.

Рекомендоване цитування: Лісова Т. В. До питання про суб'єктів правовідносин щодо відновлення земель як складової предмета земельного права. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 93–99. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155478>.

Suggested Citation: Lisova, T.V. (2019). Do pytannia pro sub'iektiv pravovidnosyn shchodo vidnovlennia zemel yak skladovoi predmeta zemelnoho prava [To the issue of the subjects of the legal relations for restoration of land as a constituent of the subject of land law]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 93–99*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155478> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 30.01.2019 р.



Шарапова Світлана Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
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.144.156329
УДК 349.4

ПРАВОВІ АСПЕКТИ НЕВИСНАЖЛИВОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ

Досліджено актуальні питання щодо визначення поняття невиснажливого використання земель, а також особливості такого використання. Визначено необхідність законодавчого закріплення поняття «невиснажливе використання», що допоможе уникнути юридичних прогалин у механізмі регулювання земельних відносин. Наголошується, що невиснажливе використання земель – це використання, яке пов'язане в першу чергу зі збереженням якісного стану земель. Невиснажливе використання земельних ресурсів забезпечує стійке сільськогосподарське виробництво, лісове господарство та підвищення продуктивності ґрунтів.

Ключові слова: невиснажливе використання; земельні ресурси; відновлення; відтворення; природні ресурси.

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

Правовые аспекты неистощительного использования земель

Исследуются актуальные вопросы определения понятия неистощительного использования земель, а также особенности такого использования. Обусловлена необходимость о закреплении на законодательном уровне понятия «неистощительное использование» земель. Отмечается, что неистощительное использования земель – это использование, которое связано в первую очередь с сохранением качественного состояния земель. Словосочетание «истощительное использования» связано с такими категориями как: уменьшение количественных и качественных показателей при использовании земель и других природных ресурсов, уменьшение продуктивности земель, потеря плодородия почв, использование земель способами, которые ухудшают их природные качества. Таким образом, неистощительное использование должно быть направлено в первую очередь именно на сохранение и восстановление как земель, так и других природных ресурсов.

Ключевые слова: неистощительное использование; земельные ресурсы; восстановление; воспроизводство; природные ресурсы.

Вступ. Земля є незамінним природним ресурсом і її розумне використання відіграє важливу роль для підтримки якісного стану як земельних ресурсів, так і навколишнього природного середовища в цілому. Земельні ділянки, які належать до конкретних категорій земельного фонду України, використовуються для різного цільового призначення. В одних випадках земельні ділянки виконують роль територіального базису, в інших – основного засобу виробництва. В останньому разі відповідні земельні ділянки характеризуються певним якісним станом, який може змінюватися в результаті антропогенної діяльності людини.

Трансформація землекористування у процесі земельної реформи спричинила активізацію деградаційних та ерозійних процесів, що зумовлена нехтуванням екологічної придатності земель для вирощування основних сільськогосподарських та інших культур. Крім ерозійних процесів, спостерігається зниження вмісту гумусу в ґрунтах, а також погіршення фізичних та фізико-хімічних властивостей земель. Названі процеси обумовлені також науково необґрунтованим і виснажливим використанням земель.

Отже, невиснажливе використання земельних ресурсів забезпечує стійке сільськогосподарське виробництво, лісове господарство та підвищення продуктивності ґрунтів.

Аналіз літературних даних. Проблема щодо невиснажливого використання земель, відновлення їх якісних показників тою чи іншою мірою розглядалася у працях таких науковців, як: М. В. Шульга (M. V. Shulha), В. Л. Мунтян (V. L. Muntian), Т. В. Лісова (T. V. Lisova) та ін. Однак сутність та розуміння поняття невиснажливого використання земель не були однозначно встановлені й досліджені.

Метою статті є спроба розглянути сутність та розуміння поняття невиснажливого використання земель.

Виклад основного матеріалу. Термін «невиснажливе використання» дуже часто вживається в чинних нормативно-правових актах поряд з термінами «раціональне використання», «відтворення», «збереження» тощо. Так, відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 1024, яким схвалено Концепцію боротьби з деградацією земель та опустелювання [1], одним із напрямів вирішення проблеми деградації та опустелювання визначено удосконалення політики у сфері охорони і невиснажливого використання земельних та інших природних ресурсів, збереження ґрунтів і відтворення їх родючості.

Завдання законодавства про екомережу відповідно до ст. 2 Закону України «Про екологічну мережу України» [2] полягає в регулюванні суспільних відносин у сфері формування, збереження та раціонального, невиснажливого використання екомережі як однієї з найважливіших передумов забезпечення сталого, екологічно збалансованого розвитку України, охорони навколишнього природного середовища, задоволення сучасних та перспективних економічних, соціальних, екологічних та інших інтересів суспільства.

Приміром, метою діяльності держлісоохорони відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про державну лісову охорону» від 16 вересня 2009 р. № 976 [3] виступає здійснення правових, лісоохоронних та інших заходів, спрямованих на збереження, розширене відтворення, *невиснажливе* використання лісових ресурсів та об'єктів тваринного світу. Крім цього, підвищення ефективності управління лісовим господарством передбачає: запровадження принципів *невиснажливого* лісокористування та екосистемного підходу в процесі реформування і збалансованого розвитку лісового господарства [4].

Як бачимо, земельне та екологічне законодавство широко оперує словосполученням «невиснажливе використання», проте його правовий зміст взагалі не розкривається. Крім цього, термін «невиснажливе використання» використано в національному законодавстві без наповнення його конкретним змістом.

На жаль, словникові джерела не містять визначення поняття «невиснажливе», отже, необхідно звернути увагу на антипод аналізованої категорії – «виснажливе використання». Так, словники української мови зазначають такі варіанти тлумачення слів «виснажувати», «виснажити»: дуже ослабляти, знесилювати кого-, що-небудь (про втому, голод, хворобу і т. ін.); засівами, посадками без угноєння, добрив позбавляти ґрунти родючості [5, с. 491]. «Виснажуватися», «виснажитися»: дуже ослаблятися, втрачати сили, знесилюватися; втрачати родючість (про ґрунти); ставати вичерпаним, втрачаючи які-небудь свої запаси [6, с. 347].

Словник-довідник термінів екологічного та природоохоронного змісту надає визначення терміна «виснаження природних ресурсів», розкриваючи його як зменшення кількості та зниження якості природних ресурсів під впливом господарської діяльності людини до рівня, коли порушується рівновага, що забезпечує стійкість природного середовища і життя на Землі, або коли добування й переробка ресурсів стають економічно нерентабельними [7, с. 12].

Отже, можна зробити висновок, що словосполучення «виснажливе використання» пов'язано з такими категоріями як: зменшення кількісних та якісних показників при використанні земель та інших природних ресурсів, зменшення продуктивності земель, втрата родючості ґрунтів, використання земель у спосіб, що погіршує їх природну якість тощо. Таким чином, «невиснажливе використання» повинно бути спрямоване в першу чергу саме на збереження та відновлення як земель, так і інших природних ресурсів.

У спеціальній літературі іноді невиснажливе використання розглядається у складі поняття раціонального використання природокористування. Як стверджують українські вчені-економісти, раціональне природокористування забезпечує максимальний економічний ефект при збереженні екологічної рівноваги у природних і антропогенних системах (геоекосистемах, ландшафтах), тобто сумарне навантаження на екосистеми не перевищує їх рорегенераційної здатності, тим самим величина навантажень не перевищує рівень гранично допустимих антропогенних навантажень. Це контрольоване, нормативне (ощадливе,

невиснажливе) освоєння (використання) природних ресурсів, попередження можливих негативних наслідків діяльності людини, підтримання (підвищення) продуктивності й привабливості природних комплексів і окремих природних об'єктів [8, с. 30].

З цього приводу, О. М. Стефанків (О. М. Stefankiv) та О. М. Максимович (О. М. Maksymovych), наводячи аргументи інших вчених, зазначають: «При раціональному природокористуванні економічна діяльність орієнтується на ресурсозбереження, доцільність використання природно-ресурсного потенціалу і застосування найновіших маловідходних чи майже безвідходних технологій, що дасть змогу не лише істотно покращити стан довкілля, а й отримати значний економіко-екологічний ефект. При цьому невиснажливе природокористування передбачає використання природно-ресурсного потенціалу території за принципами екологічності та доцільності, які дають змогу обмежити виробничу діяльність, виходячи із реального стану природних та антропогенних систем» [9, с. 9–10].

Забезпечення раціонального використання земель – це один із головних принципів земельного законодавства (ст. 5 ЗК України). Також принцип раціонального використання земель розглядається як один із спеціальних принципів земельного права. Його сутність 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 набутих якостей земельних ділянок. Наведені заходи суттєво впливають на стан забезпечення цільового і раціонального використання земельних ресурсів як одного з основних принципів земельного права [10, с. 16].

Необхідно зазначити, що земельне законодавство не містить визначення поняття раціонального використання земель. Відповідно до Державного стандарту 26640-85 «Землі. Терміни та визначення» (не застосовується на території України від 17.03.2017 р.) [11] раціональне використання земель розглядалося як забезпечення всіма землекористувачами в процесі виробництва максимального ефекту в здійсненні цілей землекористування з урахуванням охорони земель та оптимальної взаємодії з природними факторами.

В економічній літературі зустрічаються різні погляди щодо визначення раціонального використання земель. Так, на думку деяких вчених, раціональним повинно вважатись тільки таке використання земель, при якому поряд із виробництвом економічно доцільної кількості продукції зберігається екологічна рівновага всіх природних чинників [12, с. 130]. Для інших дослідників 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 [13, с. 152].

Представник еколого-правової науки В. Л. Мунтян (V. L. Muntian) вважав, що принцип раціонального та ефективного використання природних об'єктів відображає економічний аспект екологикористування, що виражається в намаганні з мінімальними витратами отримувати найбільший ефект від господарської експлуатації природних ресурсів, не завдаючи при цьому економічної та екологічної шкоди [14, с. 151]. На думку О. В. Луньової, раціональне використання відновлюваних і не відновлюваних природних ресурсів має істотні відмінності. Як юридичний критерій раціонального використання відновлюваних природних ресурсів необхідно застосовувати нарощування стійкості природних екологічних систем, природних і природно-антропогенних об'єктів. Для раціонального використання не відновлюваних природних ресурсів правовими критеріями є: максимально повне їх використання та / або вилучення, економічне витрачання з найменшими втратами при існуючому рівні розвитку техніки і технології [15, с. 70].

Вважаємо, що невиснажливе використання земель не може розглядатися як складова їх раціонального використання. Раціональне використання земель полягає у забезпеченні землекористувачами в процесі господарської та іншої діяльності максимального ефекту в здійсненні цілей землекористування, з обов'язковим урахуванням вимог щодо охорони земель, екологічної безпеки тощо. Що ж стосується невиснажливого використання земель, то воно спрямоване в першу чергу на збереження якісного стану земель.

Так, О. В. Луньова (O. V. Lunova) зауважує, що варто відрізнити правовий зміст раціонального від невиснажливого (рос. «неистощительного») використання природних ресурсів. Раціональне використання природних ресурсів є більш результативним (максимально ефективно), ніж невиснажливе (ефективно, але не максимально). Невиснажливе використання природних ресурсів – просте відтворення спожитих природних ресурсів, без нарощування їх кількісних, якісних і видових характеристик [15, с. 69].

У деяких дослідженнях економістів акцентується увага на тому, що «відновлюваність» рівнозначне поняттю «невиснажливе використання», тобто фактично мова йде про тотожність цих понять. Так, А. В. Прокіп (A. V. Prokip), досліджуючи систему принципів використання відновлюваних енергоресурсів, розглядає принципи екологічності, відновлюваності (невиснажливого використання), релевантності (врахування технологічних та технічних можливостей використання певного відновлюваного енергетичного ресурсу для конкретних потреб), максимізації еколого-економічного ефекту тощо [16]. На думку автора, принцип відновлюваності (невиснажливого використання) передбачає використання конкретного відновлюваного ресурсу в масштабах, які забезпечують відновлення цього ресурсу та не обмежують можливості його споживання в майбутніх періодах. Метою цього принципу виступає забезпечення потрібної кількості ресурсу для забезпечення майбутніх потреб [17, с. 85].

Проектуючи означені підходи до визначення поняття «невиснажливе використання земель», складно погодитися з такими твердженнями щодо тотожності понять «відновлюваність» та «невиснажливе використання».

Так, Т. В. Лісова (Т. V. Lisova), досліджуючи проблеми відновлення земель та інших природних ресурсів, вказує на доцільність вважати відновленням земель систему заходів, спрямованих на відновлення якісного стану земель, утраченого через дію антропогенних або природних (стихійних) факторів, шляхом рекультивациі порушених земель, консервації деградованих і малопродуктивних земель, меліорації земель тощо [18, с. 720]. Як слушно підкреслює науковець, що при відновленні йдеться не тільки про поліпшення якісного стану та підвищення продуктивності земель, а й про інші параметри, наприклад, відновлення ґрунтового покриву порушених земель, тобто їхню рекультивацию. Крім цього, термін «відновлення» видається ширшим, ніж «відтворення». Проте у певних випадках йдеться про відтворення земель як складову їх відновлення. Так, можна вести мову про відтворення земель у разі відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, штучного створення земельних ділянок тощо [18, с. 715].

Отже, відновлення земель пов'язане в першу чергу з якісним станом земельних ділянок. Що стосується «відтворення», то зазначене поняття можна розглядати тільки в аспекті кількісних показників, що в силу особливостей землі як природного ресурсу, не завжди можливо.

Таким чином, навряд чи правильно зводити поняття «невиснажливе використання земель» до поняття «відновлення». Незважаючи на те, що в першому та у другому випадку мова йде про якість земель, ці поняття не є тотожними.

Крім цього, необхідно враховувати особливості перекладу деяких слів з української мови на російську і навпаки. «Невиснажливе» використання земель (рос. «неизнурительное», «неистощительное») – це використання, яке пов'язане зі збереженням якісного стану земель. «Невичерпне» використання (рос. «неиссякаемое», «неисчерпаемое») – це використання, яке пов'язане з процесом відтворення (кількісний аспект) і стосується тільки тих природних ресурсів, які можливо відтворити природним або штучним шляхом (лісові ресурси, об'єкти тваринного світу, об'єкти рослинного світу тощо). У цьому разі процес відтворення природних ресурсів забезпечує невичерпне їх використання. Відтворення насамперед пов'язане з таким поняттям, як «сталій розвиток». В юридичній літературі воно розглядається як поновлюване природокористування, збалансований розвиток економіки і поліпшення стану навколишнього природного середовища [19, с. 58].

Як слушно підкреслюють теоретики права, проблема однакового розуміння того чи іншого терміна є однією з першорядних, до врегулювання якої прагне більшість учених, оскільки відмінності в розумінні одного і того ж поняття або явища гальмують розвиток науки і законодавства [20, с. 2].

Висновок. Отже, відсутність законодавчого закріплення поняття «невиснажливе використання», «раціональне використання», «відновлення», «відтворення» у сучасному земельному законодавстві спричиняє прогалини у механізмі регулювання земельних відносин. Пропонуємо невиснажливе використання земель визначати як таке використання (спосіб використання), при якому

зберігаються якісні властивості земель та якісні й кількісні показники інших природних ресурсів, нерозривно пов'язаних із земельною ділянкою.

Список літератури:

1. Концепція боротьби з деградацією земель та опустелювання : розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.10. 2014 р. № 1024. *Офіційний вісник України*. 2014. № 86. Ст. 2439.
2. Про екологічну мережу України : Закон України від 24.06.2004 р. № 1864-IV. *Офіційний вісник України*. 2004. № 29. Ст. 1950.
3. Про затвердження Положення про державну лісову охорону : Постанова Кабінету Міністрів України від 16.09. 2009 р. № 976. *Офіційний вісник України*. 2009. № 71. Ст. 2447.
4. Концепції реформування та розвитку лісового господарства : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.04.2006 № 208-р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 16. Ст. 1207.
5. Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства ; за ред. І. К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970–1980. Т. 1. 799 с.
6. Новий словник української мови у чотирьох томах. Т. 1. / укладачі : Василь Яременко, Оксана Сліпущко. Київ : Аконіт, 2000. 941 с.
7. Словник-довідник сучасних екологічних та природоохоронних термінів / укладачі : Г. Є. Гончаренко, С. В. Совгіра. Київ : Наук. світ, 2010. 106 с.
8. Приходько М. М. Управління природними ресурсами і природоохоронною діяльністю / М. М. Приходько, М. М. Приходько (мол.). Івано-Франківськ : Фоліант, 2004. 847 с.
9. Стефанків О. М., Максимович О. М. Раціоналізація природокористування в АПК та формування екологічної свідомості населення : монографія. Івано-Франківськ: Сімік, 2012. 180 с.
10. Земельне право : підручник / М. В. Шульга, Н. О. Багай, В. І. Гордєєв та ін. ; за ред. М. В. Шульги. Харків : Право, 2013. 520 с.
11. Про визнання деяких актів Української РСР такими, що втратили чинність, та актів Союзу РСР такими, що не застосовуються на території України : Постанова Кабінету Міністрів України від 23.11.2016 р. № 1066. *Офіційний вісник України*. 2017. № 22. Ст. 602.
12. Бриндзя Г. З. Формування сталого еколого-ландшафтного середовища як основи раціонального землекористування. *Наука й економіка*. 2009. № 3 (15). Т. 2. С. 129–133.
13. Бочко О. І. Питання раціонального використання земельних ресурсів в сучасних умовах. *Економіка АПК*. 2010. № 17 (1). С. 151–155.
14. Мунтян В. Л. Правові проблеми раціонального природокористування : монографія. Київ : Вид-во Київ. ун-ту, 1973. 184 с.
15. Лунева Е. В. Рациональное использование природных ресурсов: понятие и правовые критерии. *Теоретические проблемы отраслей права*. 2017. № 8 (129). С. 61–72.
16. Прокіп А. В. Еколого-економічна оцінка заміщення невідновлюваних енергоресурсів біологічно відновлюваними : автореф. дис. ... канд. екон. наук. Львів, 2010. 25 с.
17. Прокіп А. В. Еколого-економічна оцінка заміщення не відновлюваних енергоресурсів біологічно відновлюваними : монографія. Львів : ЗУКЦ, 2010. 212 с.
18. Лісова Т. В. Теоретико-правові проблеми відновлення земель та інших природних ресурсів. *Актуальні проблеми правового регулювання аграрних, земельних, екологічних та природоресурсних відносин в Україні* : колективна монографія / відп. ред. : Т. Є. Харитонова, І. І. Каракаш. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2018. 722 с.
19. Боголюбов С. А., Позднякова Е. А. Правовые основы природопользования и охраны окружающей среды: учебник для академического бакалавриата. Москва : Юрайт, 2015. 395 с. Серия : Бакалавр. Академический курс.
20. Ефимова Е. И. Развитие эколого-правовой терминологии в эколого-правовых исследованиях. *Экологическое право*. 2003. № 3. С. 2–6.

References:

1. Kontsepsiia borotby z dehradatsiieiu zemel ta opusteliuvannia: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 22.10.2014 r. № 1024. (2014). *Ofitsiynyi visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 86, art. 2439.

2. Pro ekolohichnu merezhu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 24.06.2004 r. № 1864-IV. (2004). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 29, art. 1950.
3. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro derzhavnu lisovu okhoronu: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 16.09.2009 r. № 976. (2009). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 71, art. 2447.
4. Kontseptsii reformuvannia ta rozvytku lisovoho hospodarstva: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 18.04.2006 r. № 208-r. (2006). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 16, art. 1207.
5. Slovnyk ukrainskoi movy. (1970–1980). (Vols. 1–11); Vol. 1. I. K. Bilodid (Ed.). Kyiv: Naukova dumka [in Ukrainian].
6. Novyi slovnyk ukrainskoi movy. (2000). (Vols. 1–4); Vol. 1. Vasyl Yaremenko, Oksana Slipushko (Eds.). Kyiv: Akonit [in Ukrainian].
7. Slovnyk-dovidnyk suchasnykh ekolohichnykh ta pryrodookhoronnykh terminiv. (2010). H.Ye. Honcharenko, S.V. Sovhira (Eds.). Kyiv: Nauk. svit [in Ukrainian].
8. Prykhodko, M.M. (2004). Upravlinnia pryrodnyimi resursamy i pryrodookhoronnoiu diialnistiu. Ivano-Frankivsk: Foliant [in Ukrainian].
9. Stefankiv, O.M., Maksymovych, O.M. (2012). Ratsionalizatsiia pryrodokorystuvannia v APK ta formuvannia ekolohichnoi svidomosti naseleennia. Ivano-Frankivsk: Simyk [in Ukrainian].
10. Shulha, M.V., Bahai, N.O., Hordieiev, V.I. et al. (2013). *Zemelne pravo*. M.V. Shulha (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
11. Pro vyznannia deiakykh aktiv Ukrainiskoi RSR takymy, shcho vtratyly chynnist, ta aktiv Soiuzu RSR takymy, shcho ne zastosovuiutsia na terytorii Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 23.11.2016 r. № 1066. (2017). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 22, art. 602.
12. Bryndzia, H.Z. (2009). Formuvannia staloho ekoloho-landshaftnoho seredovyscha yak osnovy ratsionalnoho zemlekorystuvannia. *Nauka y ekonomika, issue 3 (15), Vol. 2, 129–133* [in Ukrainian].
13. Bochko, O.I. (2010). Pytannia ratsionalnoho vykorystannia zemelnykh resursiv v suchasnykh umovakh. *Ekonomika APK, issue 17 (1)* [in Ukrainian].
14. Muntian, V. L. (1973). *Pravovi problemy ratsionalnoho pryrodokorystuvannia*. Kyiv: Vyd-vo Kyiv. un-tu [in Ukrainian].
15. Luneva, E.V. (2017). Racional'noe ispol'zovanie prirodnih resursov: ponjatie i pravovye kriterii. *Teoreticheskie problemy otraslej prava, issue 8 (129), 61–72* [in Russian].
16. Prokip, A.V. (2010). Ekoloho-ekonomichna otsinka zamishchennia nevidnovliuvanykh enerhoresursiv biolohichno vidnovliuvanymy. *Extended abstract of candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].
17. Prokip, A.V. (2010). Ekoloho-ekonomichna otsinka zamishchennia ne vidnovliuvanykh enerhoresursiv biolohichno vidnovliuvanymy. Lviv [in Ukrainian].
18. Lisova, T.V. (2018). Teoretyko-pravovi problemy vidnovlennia zemel ta inshykh pryrodnykh resursiv. *Aktualni problemy pravovoho rehuliuannia ahrarnykh, zemelnykh, ekolohichnykh ta pryrodoresursnykh vidnosyn v Ukraini*. Odesa [in Ukrainian].
19. Bogoljubov, S.A., Pozdnjakova, E.A. (2015). *Pravovye osnovy prirodoopol'zovanija i ohrany okruzhajushhej sredy*. Moscow: Jurajt [in Russian].
20. Efimova, E.I. (2003). Razvitie jekologo-pravovoj terminologii v jekologo-pravovyh issledovanijah. *Jekologicheskoe pravo, issue 3, 2–6* [in Russian].

Sharapova S. V., PhD in Law, Associate Professor, 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

Legal aspects of non-exhaustive use of land

The problem of the non-exhaustive use of land, the restoration of their qualitative indicators, the reproduction of natural resources in one way or another were considered in the writings of scientists, but

the essence and understanding of the concept of non-exhaustive use of land was not analyzed. The article emphasizes that current land and environmental legislation widely uses the phrase “non-exhaustive use”, but its legal content is not disclosed at all. In addition, the term “non-exhaustive use” is used in national legislation without filling it with any content.

The article emphasizes that the term “exhausting use” is associated with such categories as: reduction of quantitative and qualitative indicators in the use of land and other natural resources, reduction of land productivity, loss of soil fertility, land use in a way that impairs their natural quality, etc. Thus, “non-exhaustive use” should be aimed primarily at the preservation and restoration of both land and other natural resources.

The article is devoted to the research of topical issues concerning the definition of the non-exhaustive use of land and the peculiarities of such use. The article defines the need for legislative consolidation of such concepts as “non-exhaustive use”, “rational use”, “restoration”, “reproduction”, which leads to the emergence of legal gaps in the mechanism of regulation of land relations. The author of the article emphasizes that non-exhaustive use of land is a use which is connected, first of all, with the preservation of a qualitative state of land. Non-exhaustive use of land resources provides sustainable agricultural production, forestry and soil productivity.

It is proposed to consider non-exhaustive use of land as a use (mode of use), which preserves the qualitative properties of land and qualitative and quantitative indicators of other natural resources, inextricably linked with the land.

Keywords: non-exhaustive use; land resources; restoration; reproduction; natural resources.

Рекомендоване цитування: ППарапова С. В. Правові аспекти невиснажливого використання земель. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 100–108. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156329>.

Suggested Citation: Sharapova, S.V. (2019). Pravovi aspekty nevysnazhlyvoho vykorystannia zemel [Legal aspects of non-exhaustive use of land]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 100–108*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156329> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 11.02.2019 р.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Бойко Ірина Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків,
e-mail: ir_boiko@ukr.net
ORCID 0000-0003-3878-5985

doi: 10.21564/2414–990x.144.153912
УДК 347.998.85(477)

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ

Реальний судовий захист суб'єктивних публічних прав пов'язується з виконанням судового рішення, ухваленого на користь приватної особи. Принцип обов'язковості судових рішень, винесених адміністративними судами, вимагає, щоб остаточне судове рішення було виконано або добровільно, або в примусовому порядку. З'ясовано, що виконанню підлягають такі судові рішення в адміністративних справах – рішення суду першої інстанції, постанови суду апеляційної та касаційної інстанції, що набрали законної сили. Обов'язкові для виконання також ухвали суду, якими зобов'язано учасників справи та інших осіб вчинити певні дії. Виконання судових рішень, якими вирішено публічно-правовий спір по суті, розглянуто як стадію судового процесу. Виконання ухвал адміністративного суду не становить завершальну стадію судового процесу, оскільки при цьому не завершується вирішення адміністративної справи, а лише розв'язуються процесуальні питання розгляду справи. Запропоновано виконання судових рішень в адміністративних справах розглядати як вчинення дій, утримання від їх вчинення, прийняття рішень зобов'язаними суб'єктами – відповідачами по справі, позивачами або іншими особами, які уповноважені вчиняти дії та приймати акти на виконання остаточного судового рішення. Визначено коло суб'єктів виконання судових рішень в адміністративних справах, проаналізовано, які з них можуть виконати судові рішення добровільно, без стороннього впливу, а також на яких покладено обов'язок примусового виконання таких рішень. Доведено, що законодавство про виконання судових рішень в адміністративних справах складають Конституція України, в якій проголошено принцип обов'язковості судових рішень, Кодекс адміністративного судочинства України та низка інших законодавчих актів.

Ключові слова: виконання судових рішень в адміністративних справах; адміністративне судочинство; виконавче провадження; суб'єкти виконання судових рішень в адміністративних справах.

Бойко И. В., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail : ir_boiko@ukr.net ; ORCID 0000-0003-3878-5985

К вопросу об исполнении судебных решений по административным делам

Реальная судебная защита субъективных публичных прав связана с исполнением судебного решения, принятого в пользу частного лица. Принцип обязательности судебных решений, принятых административными судами, требует, чтобы окончательное судебное решение было исполнено либо добровольно, либо в принудительном порядке. Выяснено, что исполнению подлежат окончательные судебные решения по административным делам – решение суда первой инстанции, постановления суда апелляционной и кассационной инстанции, вступившие в законную силу, обязывающие принять акт, совершить действие (в частности, осуществить выплаты), воздержаться от активного поведения; также подлежат исполнению определения суда, которыми обязано участников процесса и других лиц совершить определенные действия. Исполнение судебных решений, которыми разрешено публично-правовой спор по существу, рассмотрено как стадию судебного процесса. Исполнение определений административного суда не представляет финальную стадию судебного процесса, поскольку при этом не завершается рассмотрение административного дела, а лишь разрешаются процессуальные вопросы. Предложено исполнения судебных решений по административным делам рассматривать как совершение действий, воздержание от их совершения, принятия решений обязанными субъектами – ответчиками по делу, истцами или другими лицами, уполномоченными совершать действия и принимать акты во исполнение окончательного судебного решения. Определен круг субъектов исполнения судебных решений по административным делам, проанализировано, какие из них могут исполнить судебное решение добровольно, без постороннего влияния, а также на которых возложена обязанность принудительно исполнить таких решений. Доказано, что законодательство об исполнении судебных решений по административным делам состоит из Конституции Украины, в которой заложен принцип обязательности судебных решений, Кодекса административного судопроизводства Украины и ряда других законодательных актов.

Ключевые слова: исполнение судебных решений по административным делам; административное судопроизводство; исполнительное производство; субъекты исполнения судебных решений по административным делам.

Вступ. Значна частина прав і обов'язків приватних осіб носить публічно-правовий характер, що обумовлює при їх реалізації розвиток суспільних зв'язків між цими особами й суб'єктами, наділеними владними управлінськими повноваженнями. Перебіг відносин, що виникають у таких випадках, має відбуватися відповідно до приписів правових норм. Проте приватна особа може вважати, що її права суб'єктами публічного адміністрування порушені, або що на неї покладено не передбачений законом обов'язок. У таких випадках приватна особа прагне захисту з боку держави та поновлення порушених прав.

З іншого боку, представник влади у передбачених законом випадках не може власним рішенням здійснити повноваження із застосування заходів примусового впливу щодо іншої сторони правовідносин – приватної особи. Для реалізації таких управлінських функцій цей суб'єкт повинен звернутися до суду з позовною заявою. І лише на підставі ухваленого судом рішення суб'єкт владних повноважень вправі вчинити передбачені законом дії всупереч волі приватної особи.

Правові конфлікти, що виникають у зв'язку з такими підставами, вирішуються судами за правилами Кодексу адміністративного судочинства України [1].

Зазначимо, що за основну мету адміністративне судочинство має ефективний захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень (ч. 1 ст. 2 КАС України). А отже, розв'язуючи публічно-правовий спір як за позовною заявою приватної особи, так і за позовом суб'єкта владних повноважень, суд має зважати на мету здійснення судочинства з тим, щоб своїм рішенням захистити порушені суб'єктивні публічні права або ж підтвердити законність і обґрунтованість намірів суб'єкта владних повноважень обмежити права приватної особи, втрутитися в їх реалізацію, покласти на неї передбачений законом обов'язок або застосувати заходи примусу.

Не применшуючи значимість судового рішення, констатуємо, що без його виконання захист порушених прав не буде здійснено. Такої позиції дотримується Європейський суд з прав людини. Так, у рішенні у справі «Горнсбі проти Греції» [2] Суд зазначив, що ефективний захист сторони у судовому процесі та відновлення законності передбачають, що адміністративні органи зобов'язані виконати рішення цього суду (п. 41). У справах, ініційованих суб'єктом владних повноважень, останній досягне мети своїх намірів стосовно приватної особи, лише виконавши судове рішення, ухвалене на його користь.

Натомість реальна ефективність функціонування системи судового захисту держави забезпечується не стільки наявністю відповідних інституцій, скільки можливістю за допомогою судового рішення отримати захист порушених, оспорюваних або невизнаних прав, свобод та інтересів особою. Статистика ж засвідчує вельми невисокий рівень виконання судових рішень в адміністративних справах. За даними Державної судової адміністрації України, в 2017 р. він складав не більше 8 % від усіх прийнятих рішень. Це підтверджує, що існуюча система виконання судових рішень, навіть з огляду на реформування, залишається вкрай неефективною та недієвою. І до моменту вирішення питань її вдосконалення й оптимізації судовий захист прав і свобод людини і громадянина ризикує залишатися декларативним, а не реальним.

Отже, саме виконання остаточного судового рішення завершує судовий процес і ставить крапку у публічно-правовому конфлікті, що був вирішений адміністративним судом. Виконання рішень, ухвалених цими судами, має особливості, що вимагає ґрунтовного дослідження цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зазначимо, що науковцями достатньо вивчено й проаналізовано порядок виконання судових рішень, ухвалених за результатами розгляду приватно-правових спорів. Проте нині бракує досліджень проблематики виконання судових рішень в адміністративних справах. Хоча є наукові розвідки у цьому напрямку О. Константога [3; 4], О. Ільницького [5], О. Крупчана [6], В. Перепелюка [7], А. Зеленова [8]. Побіжно зазначеного питання торкалися й інші науковці при дослідженні, приміром, проблем судового контролю за виконанням судових рішень в адміністративних справах [9].

Мета і завдання. Отже, вважаємо за доцільне в межах цієї статті з'ясувати, на яких суб'єктів покладено обов'язок виконати рішення адміністративного суду, за правилами яких законодавчих актів ці суб'єкти здійснюють виконання й у чому полягають особливості такої стадії адміністративного судочинства як виконання судових рішень.

Виклад основного матеріалу.

Сутність і зміст виконання судових рішень в адміністративних справах

Основним Законом України обов'язковість судових рішень визначено однією із засад судочинства. Відповідне конституційне положення (п. 9 ч. 1 ст. 129 Конституції України) розвинуто й у нормах КАС України, зокрема в п. 5 ч. 3 ст. 2 та ст. 370. У науці виділяють дві складові принципу обов'язковості: 1) дотримання вимог судового рішення всіма суб'єктами, прав, яких воно стосується, а також органами держави та їх посадовими особами; 2) рішення, яке не виконане добровільно, може бути виконане в примусовому порядку, для чого зацікавленій особі видається відповідний виконавчий документ [10, с. 175; 11, с. 85]. Отже, обов'язковість судових рішень, прийнятих за результатами розгляду адміністративних справ, зокрема, означає, що остаточне судове рішення має бути виконано або добровільно, або в примусовому порядку.

Принцип обов'язковості вимагає, щоб усі остаточні судові рішення адміністративного суду були виконані – рішення суду першої інстанції, постанови суду апеляційної та касаційної інстанції, що набрали законної сили. Разом із тим серед ухвал, що приймаються адміністративним судом, потребують виконання ті, якими зобов'язано учасників справи та інших осіб вчинити певні дії.

Підтримаємо позицію тих науковців, які виконання судових рішень розглядають як стадію судового процесу [12–14]. Європейський суд з прав людини для цілей гарантування права на справедливий суд, закріпленого в ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, виконання рішення, ухваленного будь-яким судом, розцінює як складову частину «судового розгляду», про що Суд зазначив у вже згаданому нами рішенні Горнсбі проти Греції» (п. 40). На підтвердження зазначеної наукової позиції зазначимо той факт, що нормативні приписи про процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень в адміністративних справах, уміщені в Кодексі адміністративного судочинства України.

Виконання ухвал адміністративного суду не становить завершальну стадію судового процесу, оскільки при цьому не завершується вирішення адміністративної справи, а лише розв'язуються процесуальні питання розгляду справи.

Спробуємо надати тлумачення виконання судових рішень в адміністративних справах. Виходячи з розуміння виконавчого провадження, що наведено в Законі України «Про виконавче провадження» [15], воно представляє собою сукупність дій. Але тут зробимо деякі зауваження. По-перше, виконавче провадження ми розцінюємо лише як форму примусового виконання рішень адміністративних судів. Судові рішення останніх можуть виконуватися й добровільно, без залучення спеціально уповноважених суб'єктів – органів державної виконав-

чої служби та державних виконавців. По-друге, варто визначити, чи виконання не зводиться лише до активної поведінки, тобто вчинення дії, здійснення виплат, прийняття рішень. Уважаємо, що ним охоплюється й бездіяльність. Так, про виконання судового рішення, яким відповідачеві заборонено вчиняти певні дії, йдеться у ч. 8 ст. 251 КАС України. До речі, сам термін «виконувати» означає здійснювати що-небудь, реалізувати завдання, наказ, задум і т. ін., проводити в життя [16]. І вочевидь, виконання пов'язане не лише з активною поведінкою, основна його сутність полягає в досягненні результату.

З огляду на це, виконання судових рішень в адміністративних справах представляє собою вчинення дій, утримання від їх вчинення, прийняття рішень зобов'язаними суб'єктами – відповідачами по справі, позивачами або іншими особами, які уповноважені вчиняти дії та приймати акти на виконання остаточного судового рішення. Отже, виконання судових рішень в адміністративних справах може полягати як в активній діяльності (вчиненні дій, прийнятті актів), так і в бездіяльності (утриманні від дій).

Суб'єкти виконання судових рішень, ухвалених адміністративним судом

Відповідальним за виконання судового рішення є той суб'єкт, на якого цим рішенням покладено обов'язок здійснити дії, утриматися від них або прийняти відповідні акти на виконання судового рішення. Зазвичай у справах за позовами приватних осіб до суб'єктів владних повноважень обов'язок виконати судове рішення, ухвалене на користь позивача, покладається на суб'єкта владних повноважень – *відповідача у справі*. Остаточне судове рішення в таких справах у резолютивній частині вміщує зобов'язання вчинити певні дії, утриматися від вчинення певних дій, прийняти рішення на користь позивача, прийняти новий нормативно-правовий акт на заміну того, що визнаний незаконним повністю або у відповідній частині. При чому чинна редакція КАС України передбачає, що суд може зобов'язати відповідача – суб'єкта владних повноважень прийняти рішення на користь позивача, якщо для його прийняття виконано всі умови, визначені законом, і прийняття такого рішення не передбачає права суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд (абз. 1 ч. 4 ст. 245 КАС України). У разі, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні (абз. 2 ч. 4 ст. 245 КАС України).

Коло суб'єктів виконання таких рішень достатньо широке. Це ті суб'єкти владних повноважень, із якими у приватної особи виник публічно-правовий спір. До них належать органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові й службові особи, інші суб'єкти при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг.

Суб'єкт владних повноважень – відповідач в адміністративній справі зобов'язаний виконати судове рішення добровільно. Позивачу не потрібно звертатися ні до суду, ні до іншого органу для того, щоб розпочати процес реалізації

судового рішення. Ця позиція відображена в рішенні ЄСПЛ у справі «Луць проти України». Зокрема, Суд зазначив: «Щодо тези Уряду, відповідно до якої заявник мав би раніше звернутися до державної виконавчої служби, Суд нагадує, що особа, маючи на руках виконавчий лист, винесений проти державного органу, мала б бути звільнена від обов'язку ініціювати якусь процедуру з метою виконання рішення» [17]. В іншій справі – «Гогін проти України» ЄСПЛ взагалі не визнав необхідним відкриття виконавчого провадження у справах проти державних органів [18].

Підкреслимо, що в таких випадках суб'єкт владних повноважень виконує судові рішення у справі, в якій він виступає відповідачем, оскільки тільки він законодавством уповноважений на вчинення дій або прийняття нормативних чи індивідуальних правових актів.

Приватна особа – відповідач в адміністративній справі також може бути виконавцем судового рішення, ухваленого проти неї. Проте перелік таких випадків короткий. Приміром, у справах за позовами суб'єктів владних повноважень про встановлення обмежень щодо реалізації права на свободу мирних зібрань приватні особи, утримавшись від проведення мирного зібрання, виконують судові рішення. У більшості ж випадків розгляд й вирішення адміністративної справи проти приватної особи означає, що остання не виконує передбачені законом обов'язки, і тому суб'єкт владних повноважень звертається до суду за так би мовити «дозволом на застосування до приватної особи примусових заходів».

Виконання певних судових рішень в адміністративних справах також покладається на суб'єктів, які не є учасниками справи, але мають повноваження вчиняти дії, про які ухвалив рішення суд. Такими суб'єктами є органи державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, органи державної казначейської служби. Науковці назвали таких суб'єктів «виконавцями за законом» [19]. Така влучна назва відображає сутність та природу їх участі у виконанні судових рішень в адміністративних справах, адже деякі судові рішення можуть виконуватися лише такими органами. Так, здійснити виплати бюджетних коштів або коштів місцевого бюджету, присуджених позивачеві, вправі лише Державна казначейська служба України. Припинення юридичної особи або фізичної особи – підприємця здійснюється шляхом внесення відповідної інформації до реєстрів органами державної реєстрації. Отже, «виконавці за законом», не будучи учасниками адміністративної справи на стадії її розгляду й вирішення, вступають у процес на стадії виконання судового рішення.

В адміністративних судах вирішуються публічно-правові спори за позовами суб'єктів владних повноважень, які мають намір застосувати примусові заходи до іншої сторони правовідносин. Такі ситуації виникають при необхідності затримання та примусового видворення іноземців або осіб без громадянства, при наявності підстав припинити діяльність суб'єкта господарювання до усунення ним порушень, що загрожують життю і здоров'ю людей, при потребі погашення суми податкового боргу за рахунок майна платника податків тощо.

У таких випадках, якщо суд позовну заяву задовольнить, саме *позивач* – суб'єкт владних повноважень вчиняє дії, спрямовані на виконання остаточного судового рішення. Виконання судового рішення буде зводитися до здійснення представником влади повноважень примусового характеру, що закріплені за ним в законодавстві про його правовий статус.

Примусове виконання судових рішень в адміністративних справах також можуть забезпечувати й спеціально створені для таких цілей суб'єкти – органи державної виконавчої служби. Приватні виконавці не уповноважені на виконання рішень адміністративних судів. Здійснюється примусове виконання в межах виконавчого провадження, що як ми вже зазначали, є формою примусового виконання судових рішень.

Науковці цілком доречно нарікають на «безсилість» державної виконавчої служби у виконанні рішень адміністративних судів [20, с. 314]. Дійсно, у більшості адміністративних справ вчинити дії або прийняти акти на виконання судового рішення вправі лише уповноважений суб'єкт – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, інші особи, що здійснюють функції публічного управління, та їх представники.

Правове регулювання порядку виконання судових рішень в адміністративних справах

Ми вже підкреслювали, що підтримуємо позицію, що виконання судових рішень в адміністративних справах є стадією адміністративного судового процесу. Це означає, що всі учасники справи до самого завершення судового процесу підкоряються загальним правилам, що містяться в Кодексі адміністративного судочинства України. А отже, домінантою цієї стадії є припис ч. 1 ст. 370 КАС України.

Крім загальних положень, сформульованих у розділі IV КАС України, виконання судових рішень в адміністративних справах регламентується багатьма нормативно-правовими актами, в яких закріплені повноваження органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, уповноважених на здійснення владних управлінських повноважень, – приміром, Податковим кодексом України, законами України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» тощо.

У науковій літературі висловлено пропозицію прийняти закон, що визначив би порядок добровільного виконання суб'єктами публічного адміністрування судових рішень [7, с. 318–319]. У цьому законі, вважає В. Г. Перепелюк, варто передбачити, що виконання судових рішень, ухвалених проти органу влади (чи то колегіального, чи то єдиноначального), здійснюється керівником цього органу. Такий підхід, на думку науковця, не знизить ефективності публічного адміністрування. Адже, по-перше, основна суть дій, які відповідач має здійснити на виконання судового рішення, полягає в оформленні відповідного правового акта. По-друге, хто, як не керівник, повинен володіти всією інформацією щодо функціонування підпорядкованого його органу. На нашу думку, ухвалення

такого закону сприятиме добросовісності представників влади при виконанні судових рішень. До того ж у ньому можуть бути врегульовані ті проблематичні питання, які потребують ще свого вирішення.

Примусове виконання судових рішень в адміністративних справах державними виконавцями здійснюється за правилами Закону України «Про виконавче провадження».

Звернемо увагу на одну з новел чинного КАС України: суд за наслідками розгляду справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності має право змінити захід стягнення в межах, передбачених нормативним актом про відповідальність за адміністративне правопорушення (п. 4 ч. 3 ст. 286). Побіжно зазначивши думку, що таке уповноваження свідчить про перебирання адміністративним судом невласливої функції – накладення адміністративного стягнення, окреслимо проблемне питання: за правилами якого процесуального закону – Кодексу України про адміністративні правопорушення або Кодексу адміністративного судочинства України – слід виконувати судові рішення, яким змінено стягнення за адміністративне правопорушення. Вважаємо хибною позицію законодавця, якою внесено такі зміни в КАС України. І лише виключення цих положень із процесуального закону впорядкує виконання рішень про накладення адміністративних стягнень, що має здійснюватися відповідно до приписів КУпАП.

Висновки.

1. Виконання остаточних судових рішень в адміністративних справах, у яких публічно-правовий спір вирішено по суті, становить стадію судового процесу. Виконання ухвал адміністративного суду спрямоване на забезпечення розгляду адміністративної справи.

2. Обов'язок виконати судові рішення в адміністративній справі покладено на таких учасників справи: відповідача – суб'єкта владних повноважень, відповідача – приватну особу, позивача – суб'єкта владних повноважень. Крім них, здійснюють виконання судових рішень, ухвалених адміністративними судами, суб'єкти, які не були учасниками справи, але уповноважені законом на виконання дій, вказаних у судовому рішенні.

3. Примусове виконання судових рішень в адміністративних справах здійснюють не лише представники державної виконавчої служби, а й суб'єкти владних повноважень, уповноважені законом на здійснення примусових дій стосовно приватної особи, яка є відповідачем у справі.

4. Законодавство про виконання судових рішень в адміністративних справах складається з Конституції України, в якій закладено принцип обов'язковості судових рішень, Кодексу адміністративного судочинства України та низки інших законодавчих актів, у яких закріплені публічно-владні управлінські повноваження.

Список літератури:

1. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

2. Рішення Європейського суду з прав людини від 19.03.1997 р. «Горнсбі проти Греції». URL: zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_079.
3. Константи́й О. В. Проблеми захисту в адміністративному судочинстві суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів : монографія. Київ : Істина, 2015. 544 с.
4. Константи́й О. В. До питання удосконалення виконання рішень судів в адміністративних справах. *Юридичний науковий журнал*. 2015. № 1. С. 119–122.
5. Ільницький О. В. Виконання судових рішень у справах адміністративної юрисдикції: окремі питання загальних положень. *Вісник Львівського університету. Серія: Юридична*. 2011. Вип. 54. С. 166–172.
6. Крупчан О., Перепелюк В. Виконання рішень адміністративних судів: проблеми та шляхи вирішення. *Юридична Україна*. 2010. № 2. С. 4–11.
7. Проблеми теорії та практики адміністративної юстиції : зб. наук. статей / М. І. Смокович, М. І. Цуркан, В. Г. Перепелюк та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 384 с.
8. Зеленов А. С. Суб'єкти исполнення рішень адміністративних судів. *Legea și Viața*. 2018. № 10. С. 36–39.
9. Сасевич О. М. Поняття та правова природа судового контролю за виконанням судових рішень в адміністративному судочинстві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юрид. науки*. 2014. Вип. 1. Т. 2. С. 235–239.
10. Городовенко В. Принцип обов'язковості судового рішення. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/varpu_2012_1_18.
11. Сердюк В. В. Обов'язковість судового рішення: окремі питання теорії і практики. *Вісник прокуратури*. 2006. № 8 (62). С. 79–88.
12. Кононенко О. Правове забезпечення виконання судових рішень. *Право України*. 1998. № 9. С. 16–18.
13. Баранкова В. В. Виконання судових рішень. *Цивільне процесуальне право України / за заг. ред. В. В. Комарова*. Харків, 1999. С. 424–425.
14. Притика Ю. Д. Актуальні питання визначення понять визнання та виконання рішень іноземних судів. *Право України*. 2013. № 7. С. 199–207.
15. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.
16. Словник української мови : в 11 т. Т. 1. 1970. С. 411. URL: <http://sum.in.ua/s/vykonuvaty>.
17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Луць проти України» від 31.01.2008 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_339.
18. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гогін проти України» від 11.12.2008 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_420.
19. Крупчан О., Перепелюк В. Виконання рішень адміністративних судів: проблеми та шляхи вирішення. *Юридична Україна*. 2010. № 2. С. 4–11.
20. Проблеми теорії та практики адміністративної юстиції : зб. наук. статей / М. І. Смокович, М. І. Цуркан, В. Г. Перепелюк та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 384 с.

References:

1. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.07.2005 r. № 2747-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
2. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 19.03.1997 r. «Hornsbi proty Hretsii». (1997). URL: zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_079.
3. Konstantyi, O.V. (2015). Problemy zakhystu v administratyvnomu sudochynstvi subiektivnykh prav, svobod i zakonnykh interesiv. Kyiv: Istyna [in Ukrainian].
4. Konstantyi, O.V. (2015). Do pytannia udoskonalennia vykonannia rishen sudiv v administratyvnykh spravakh. Elektronne naukovе vydannia «Iurydychnyi naukovyi zhurnal». *Legal scientific journal*, 1, 119–122 [in Ukrainian].

5. Ilnytskyi, O.V. (2011). Vykonannia sudovykh rishen u spravakh administratyvnoi yurydyktsii: okremi pytannia zahalnykh polozhen. *Visnyk Lvivskoho universytetu: Seria: Yurydychna – Visnyk of Lviv University: Series: Legal*, 54, 166–172 [in Ukrainian].
6. Krupchan, O., Perepeliuk, V. (2010). Vykonannia rishen administratyvnykh sudiv: problemy ta shliakhy vyrishennia. *Yurydychna Ukraina – Legal Ukraine*, 2, 4–11 [in Ukrainian].
7. Problemy teorii ta praktyky administratyvnoi yustytysii: zb. nauk. statei. M. I. Smokovych, M. I. Tsurkan, V. H. Perepeliuk et al. (2012). Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
8. Zelenov, A.S. (2018). Subʼekty yspolnenyia reshenyi admynustratyvnykh sudov. *Legea și Viața*, 10, 36–39 [in Russian].
9. Sasevych, O.M. (2014). Poniattia ta pravova pryroda sudovoho kontroliu za vykonanniam sudovykh rishen v administratyvnomu sudochynstvi. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu. Seria: Yuryd. nauky – Scientific Herald of Kherson State University. Series: Yurid. Science. issue. 1 (2)*, 235–239.
10. Horodovenko, V. (2012). Pryntsyp oboviazkovosti sudovoho rishennia. *Visnyk Akademii pravovykh nauk ukraïny – Bulletin of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 1, 160–173. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2012_1_18.
11. Serdiuk, V.V. (2006). Oboviazkovist sudovoho rishennia: okremi pytannia teorii i praktyky. *Visnyk prokuratury – Bulletin of the Prosecutor's Office*, 8 (62), 79–88 [in Ukrainian].
12. Kononenko, O. (1998). Pravove zabezpechennia vykonannia sudovykh rishen. *Pravo Ukrainy – The law of Ukraine*, 9, 16–18 [in Ukrainian].
13. Barankova, V.V. (1999). Vykonannia sudovykh rishen. *Tsyvilne protsesualne pravo Ukrainy*. V. V. Komarov (Ed.). Kharkiv [in Ukrainian].
14. Prytyka, Yu.D. (2013). Aktualni pytannia vyznachennia poniat vyznannia ta vykonannia rishen inozemnykh sudiv. *Pravo Ukrainy – The law of Ukraine*, 7, 199–207 [in Ukrainian].
15. Pro vykonavche provadzhenia: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1404-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.
16. Slovnyk ukraïnskoi movy. (1970). (Vols. 1– 11); Vol. 1, 411. URL: <http://sum.in.ua/s/vykonuvaty>.
17. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Luts proty Ukrainy» vid 31.01.2008 r. (2008). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_339.
18. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Hohin proty Ukrainy» vid 11.12.2008 r. (2008). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_420.
19. Krupchan, O., Perepeliuk, V. Vykonannia rishen administratyvnykh sudiv: problemy ta shliakhy vyrishennia. (2010). *Yurydychna Ukraina – Legal Ukraine*, 2, 4–11 [in Ukrainian].
20. Problemy teorii ta praktyky administratyvnoi yustytysii (2012). zb. nauk. statei M. I. Smokovych, M. I. Tsurkan, V. H. Perepeliuk et al. Kyiv: Yurinkom Inter, 384 [in Ukrainian].

Boiko I. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Administrative Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : ir_boiko@ukr.net ; ORCID 0000-0003-3878-5985

On the issue of enforcement of court decisions in administrative cases

The article states that the real judicial protection of subjective public rights is associated with the execution of a court decision adopted in favor of a private individual. The principle of binding judgments, adopted by administrative courts, requires that the final judicial decision is performed voluntarily or in a forced manner. It was clarified that the final court decisions in administrative cases should be executed – decisions of the court of first instance, decisions of the court of appeals and cassation instances, which became legally binding, on the obligation to pass the act, to act (in particular, to make payments), to abstain from active behavior are also subject to execution of court orders, which obliges the participants of the case and other persons to perform certain actions. Execution of court decisions, which resolved a public legal dispute substantively, is considered as the stage of the trial. Compliance with the administrative

court decisions does not constitute the final stage of the trial, as only procedural issues of consideration of the case are resolved. It is offered to execute court decisions in administrative cases as acts of execution, refusal from their commission, decision-making by obligated subjects – defendants in the case, plaintiffs or other persons who are authorized to take actions and to accept acts for execution of the final court decision. The circle of subjects of execution of court decisions in administrative affairs is defined. It is analyzed, which of them can execute a court decision voluntarily, without third-party influence, and which obliges the compulsory execution of such decisions. Legislation on enforcement of judicial decisions in administrative cases consists of the Constitution of Ukraine, which contains the principle of binding judgments, the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine and a number of other

Keywords: execution of judicial decisions in administrative cases; administrative justice; enforcement; subjects of execution of court decisions in administrative cases.

Рекомендоване цитування: Бойко І. В. До питання про виконання судових рішень в адміністративних справах. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 109–119. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.153912>.

Suggested Citation: Boyko, I.V. (2019). Do pytannia pro vykonannia sudovykh rishen v administratyvnykh spravakh [On the issue of enforcement of court decisions in administrative cases]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 109–119*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.153912> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 09.01.2019 р.



Pūraitė Aurelija,
Associate Professor,
Mykolas Romeris University,
Academy of Public Security,
Lithuania, Kaunas
e-mail: aurelija.puraite@gmail.com



Šilinskė Neringa,
Doctoral student,
Turība University, Faculty of Law,
Latvia, Ryga,
e-mail: n.silinske@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.144.157226
UDC 341.232.7

IMAGE CAPTURING DEVICES: THREAT OR GOOD?

The authors of the paper ‘weight’ advantages and threat to privacy caused by the usage of unmanned aerial vehicles (drones) and dashboard cameras. By analysing and comparing legal regulation of two geographically, historically and culturally close countries (Latvia and Lithuania) they indicate differences of regulation of privacy, problematic aspects of their current national regulation on the usage of technologies in-topic and privacy protection and suggest possible solutions to the legal shortcomings found.

Keywords: unmanned aerial vehicles; drones; dashboard camera; privacy; Latvia; Lithuania.

Пурайте А., доцент, факультет громадської безпеки, Університет Миколаса Ромеріса, Литовська Республіка, м. Каунас.
e-mail : aurelija.puraite@gmail.com

Сілінску Н., аспірантка, факультет права, Університет Туріба, Латвія, м. Рига.
e-mail : n.silinske@gmail.com

Прилади, що фіксують зображення: загроза чи благо?

Автори статті «зважили» переваги та загрози втручання у приватне життя, що виникають внаслідок використання безпілотних літальних апаратів (дронів) і відеореєстратора. Аналізуючи та порівнюючи законодавство двох географічно, історично та культурно близьких країн – Латвії та Литви, вони вказують на відмінності в законодавчому врегулюванні питань конфіденційності, проблемні аспекти їх чинного національного законодавства щодо використання технологій та захисту приватного життя, а також пропонують можливі рішення щодо врегулювання виявлених правових прогалин.

Порівняння двох законодавств, які регулюють однакові питання конфіденційності та використання камер UAS та панелі приладів, засвідчує, що національне законодавство, навіть відповідно до одного – законодавства Європейського Союзу – може захистити таку саму цінність різними правовими інструментами. Кожне законодавство – литовське та латвійське – має свої переваги та недоліки, але можна підтвердити, що закон не завжди йде в ногу з швидким розвитком технологій. Як було показано, з особливими коригуваннями щодо ідентифікації користувачів камер UAS та панелі приладів, з упровадженням правових інструментів, що дозволяють потерпій стороні ефективно захищати власність у випадках, коли користувачі персональної інформації є особами, що збирають особисту інформацію не в комерційних цілях, можна знайти правильний баланс між цими двома цінностями – соціальною безпекою та власністю.

Переваги нових технологій не можна було заперечувати, тому було б безглуздо говорити, що вони не є необхідними, оскільки викликають велику небезпеку для нашої власності. Власність як цінність не може бути абсолютною. Тому важливо адаптувати правові механізми до мінливих загроз основним цінностям, таким як власність. Таким чином, відсутність правових заходів не може бути підставою для втручання в технологічний розвиток: не слід розглядати нові технології як загрозу, а правові норми повинні бути вдосконалені і пристосовані до постійно мінливого світу.

Ключові слова: безпілотні літальні апарати; дрони; відеореєстратори; власність; Латвія; Литовська Республіка.

Introduction. Lithuanians have a saying that instead of hearing a hundred times it is better to see once. Such saying confirms that visual means convey most of the information. Thus, it could be said that filming devices are the best tool to collect the most accurate information. However, along with the development of image capturing devices and other technologies, people's concern about their privacy grows. And this could be confirmed by the General Data Protection Regulation (hereinafter – GDPR)¹ which came into force just recently. The fact that the necessity of such regulation was noticed by the European Union proves that people's private information as a part of their right to private life, had been in danger. The same, confirming the **novelty and actuality of the topic**, is stated in the preamble of the GDPR: «*Rapid technological developments and globalisation have brought new challenges for the protection of personal data. The scale of the collection and sharing of personal data has increased significantly. Technology allows both private companies and public authorities to make use of personal data on an unprecedented scale in order to pursue their activities.*»² Adding to the latter, the GDPR does not apply to the processing of personal data by a natural person in the course of a purely personal

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

² Ibid: preamble point 6.

or household activity and thus with no connection to a professional or commercial activity,¹ but technologies serve not only private companies and public authorities, but also natural persons in collecting of personal data for various purposes, including illegal ones.

On the other hand, the image capturing devices give people immense opportunities and to be able to enjoy them it is worth working on the adjustment of current legislation in order **to find the right balance** between the value given by the technologies in-topic (security) and the other value that is so much in-danger nowadays (privacy). The latter forms **the research problem**. So in this **research the answer** on how the current legal regulation could be adjusted in order to find that balance, is given.

By **comparing and indicating** the problematic aspects of current national Latvian and Lithuanian regulation on the usage of technologies in-topic and privacy protection, the authors aim to prove that even though the regulation on protection of particular values could differ in different jurisdictions or even be insufficient, the image capturing devices still make a great contribution to societal security therefore their use cannot be denied. In order to adjust their impact on privacy, prevent, tackle breaches of privacy, it is necessary to suggest the correction of legal rules.

1. Image capturing devices and their contribution to societal security

1.1. Justification of the choice of particular image capturing devices

There exist many image capturing devices. But two types of them are very specific – unmanned aerial systems (hereinafter – UAS) and dashboard cameras (cameras mounted in cars/car cameras). These devices have some things uncommon: they both are mainly used to capture images (videos) and they are moving, therefore it allows their operators to remain unidentified and in such way to avoid liability. UAS and dashboard cameras are specifically chosen as a research object because their use is widespread and at the same time very specific: for example, video surveillance can be carried out secretly – when the filmed person does not even realise he/she is being filmed. Also, the UAS can capture videos of the places that could not be achieved easily (for example, private, closed, fenced yards or premises), dashboard cameras, if not specially marked, could be imperceptible but at the same time collecting a lot of information and very often the object observed cannot even choose whether to allow such observation or not (for example, working dashboard camera in a traffic flow or an object could be secretly monitored if a car with a dashboard camera on was left in some area)². Such characteristics make the two devices more specific and worth deeper analysis and because images convey most of the information and peoples' right to privacy could be easily breached by video capture, possession and distribution, these two technologies, as the most threatening the privacy, are chosen as an object of this article.

¹ Ibid: preamble point18.

² Bučiūnas, G. (2015). Vaizdo registratoriai ir asmens privatumas, *Mokslo taikomieji tyrimai Lietuvos kolegijose*, Vol. 1, No. 11: 65.

1.2. Image capturing devices and their relation to societal security

The understanding of security has been changing all the time. If in the XVIIth century, when the Treaty of Westphalia was signed, security was understood as a peaceful settlement of disputes among the states,¹ nowadays, when people seek for more comfortable living, use more technologies, such as UAS, dashboard cameras, which have overtaken a part of our privacy, without the traditional security perception, new forms of security have evolved.²

According to the European Union open data, economic and financial matters are one of the biggest challenges to the security of European Union citizens, after terrorism.³ Therefore it could be said that the economic welfare is one of the most important elements of people's security. As it will be seen later, the image capturing devices make a great positive influence on economy, whereas economy is one of the areas related to people's security. Furthermore, it could not be denied that one of the most important factors determining people's sense of security is their physical safety from various threats (crimes, terrorism, environmental factors). Thus, the term 'societal security' is used in this article, as it encompasses not only physical safety, but general use for society and individuals, including safety assurance, economical use, people's emotional satisfaction.

Many authors have analysed the importance of technologies, such as drones and dashboard cameras and their contribution to individual and public welfare. For example, J. Villasenor⁴ stresses that there is an endless variety of civil applications that the UAS can be employed in and that overwhelming majority of them is beneficial. This author, as well as Martin McKown⁵, stresses purposes that UAS could be used for: people's search and rescue operations, surveying, traffic congestion monitoring, air quality assessment, wildlife tracking. As the main topic drone's use in monitoring soil residue cover is analysed by other authors⁶; A.G. Entrop and A. Vasenev⁷, as well as others⁸ highlight the UAS's use in construction industry,

¹ Vadapalas, V. (1998). *Tarptautinė teisė. Bendroji dalis (International Law. General Part)*, Vilnius: Eugrimas: 76.

² Puraite, A, Silinske, N. (2017). Understanding the concept of security: theoretical approach. *Public Security and Public Order*, Vol. 19: 136.

³ EU Open Data Portal, „Special Eurobarometer 432: Europeans' attitudes towards security.” (2015). Retrieved 25.11.2017 from http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2085_83_2_432_ENG/resource/ae0b54bc-3974-4165-9f7d-c2907cb3f41f.

⁴ Villasenor, J. (2013). Observation from above: Unmanned Aircraft Systems and Privacy. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol 36: 459.

⁵ McKown, M. (2015). The New Drone State: Suggestions for Legislatures Seeking to Limit Drone Surveillance by Government and Nongovernment Controllers, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, vol. 26: 76.

⁶ Kavooosi, Z., Hossein Raoufat, M., Dehghaani, M., Jafari, A., Kazemeini, A., Jafar Naazemossadat, M. (2018). Feasibility of satellite and drone images for monitoring soil residue cover, *Journal of the Saudi Society of Agricultural Sciences*, „in press“ version. doi: <https://doi.org/10.1016/j.jssas.2018.06.001>.

⁷ Entrop, A.G., Vasenev, A. (2017). Infrared Drones in the Construction Industry: Designing a Protocol for Building Thermography Procedures, *Energy Procedia*, Vol. 132.

⁸ Dupont, Q. F. M., Chua, D. K.H., Tashrif, A., Abbott, E. L.S. (2017). Potential Applications of UAV along the Construction's Value Chain, *Procedia Engineering*, Vol. 182.

whereas other authors name UAS as being used to observe, analyze and evaluate the traffic flow as well as safety conditions.¹ It is also worth mentioning professional or leisure photography, recreational purposes of UAS as the most popular ways of use among regular users of UAS. Whereas as the main advantages of dashboard cameras ensurance of secure driving², provision of information about the details of traffic accidents, helping to avoid disputes on factual circumstances, as well as ensurance of public security, crime prevention, also taxi drivers' tool helping to ensure their security and dashboard cameras recreational purpose (for example, videos about family road trips)³ are mentioned.

Most of the abovementioned advantages of the technologies make a great influence on economy. European Drones Outlook Study carried out by The SESAR Joint Undertaking, disclosed that the growing drone market shows significant potential: economic impact analysis of the entire value chain for each of the areas of demand revealed the potential for a European market exceeding 10 billion annually by 2035 and 15 billion annually by 2050.⁴ The development of market also provides new jobs throughout all Member States. It is summarized that over 100 000 jobs are estimated to be created with a market this significant.⁵ Additionally, even though the forecast has been prepared on the basis of number assumptions,⁶ the conclusion is that taking into consideration even more conservative assumptions, the foreseen growth is still significant.⁷

Also, unofficial sources disclose that in 2013 only 1 percent of motorists used dashboard cameras in the UK. In 2017 that figure had jumped to 15 percent. Market estimates suggest a further 30 percent of motorists plan to use one in the near future in the UK.⁸

These advantages and the ways of use of the technologies undeniably confirm that their impact on societal security is significant.

¹ Khan, M. A., Ectors, W., Bellemans, T., Ruichek, Y., Yasar, A. H., Janssens, D., Wets, G. (2018). Unmanned Aerial-Vehicle Based Traffic Analysis: A Case Study to Analyze Traffic Streams at Urban Roundabouts, *Procedia Computer Science*, Vol. 130.

² Rogavichene, L., Garmonnikov, I. (2017). Innovative Technologies for Assessment and Correction of the Driving Style, *Transportation Research Procedia*, Vol. 20.

³ Nauwelaerts, W., World Data Protection Report: Guidelines on Use of Dashboard Cameras (2014), retrieved 06.05.2018 from https://www.hunton.com/files/Publication/a75c66a4-2f6f-4e3e-a83b-543923987393/Presentation/PublicationAttachment/580a5a0c-66f6-4cee-834c-8b41b637fd09/Guidelines_on_Use_of_Dashboard_Cameras.pdf

⁴ SESAR, European Drones Outlook Study, Retrieved 01.02.2018 from https://www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/reports/European_Drones_Outlook_Study_2016.pdf: 29.

⁵ Ibid: 29.

⁶ Ibid: 2.

⁷ Ibid: 29.

⁸The Telegraph, retrieved 06.05.2018 from <https://www.telegraph.co.uk/business/risk-insights/dashcam-benefits/>.

2. Privacy and risk to breach it in the context of the use of image capturing devices

2.1. Privacy concept and its protection by relevant legal acts

The Universal Declaration of Human Rights states that no one shall be subject to arbitrary interference with his privacy, family, home and that everyone has the right to the protection of the law against such interference.¹ The right to privacy is also enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.² Its Article 8(2) states that the interference by a public authority with the exercise of this right is allowed only in accordance with the law and only if necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

European Court of Human Rights in one of its decisions stated that the notion of private life should be interpreted broadly but not restrictively and that such interpretation means that personal information is any information relating to an identified or identifiable individual.³ It proves that any information collected by image capturing devices even indirectly connected with a person which could be identified by it, is considered personal data.

Furthermore, in the European Union level the right to privacy is also protected by the Charter of Fundamental Rights of the European Union,⁴ as well as regulated in the GDPR which intends to protect natural persons' personal data as a «third generation» fundamental right.

By national legal acts the right to privacy is protected at the national level. In Lithuanian legislation the right to privacy is described in various legal acts. Besides the main legal act – the Constitution, enshrining people's right to privacy⁵, there is the Law on Personal Data Legal Protection of the Republic of Lithuania (hereinafter – LPDLP) which is in accordance with the GDPR and protects personal information, but does not apply to the processing of personal data by a natural person with no connection to a professional or commercial activity.⁶ As the national

¹ Universal Declaration of Human Rights, 1948, Paris. Retrieved from <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>: 12.

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14. 1950, ETS 5 // <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html>: 8.

³ *Amann v. Switzerland*, no. 27798/95, §65, ECHR 2000-II.

⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7.12.2000, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407: 7,8.

⁵ *Lietuvos Respublikos Konstitucija (Constitution of the Republic of Lithuania)*, Official Gazette (1992, no. 220, 33-1014): Art 22 states that The private life of an individual shall be inviolable. Personal correspondence, telephone conversations, telegraph messages, and other intercommunications shall be inviolable. Information concerning the private life of an individual may be collected only upon a justified court order and in accordance with the law. The law and the court shall protect individuals from arbitrary or unlawful interference in their private or family life, and from encroachment upon their honour and dignity

⁶ Lietuvos Respublikos asmens duomenų teisinės apsaugos įstatymas (Law on Personal Data Legal

legislation must correspond to the European union legislation, the LPDLP was changed just after the GDPR came into force so that it corresponded with the latter. After the newest changes, the separate article connected with video surveillance has expired therefore Lithuania does not have any special rules on video surveillance any more and does not have any special separate regulation on the usage of dashboard cameras. There is only an act governing the usage of UAS, which is called «The rules for the use of unmanned aircrafts» (hereinafter – the Rules).¹ Unfortunately, trying to find a hint about protection of privacy in the Rules will fail, as they are intended to set only physical safety requirements of the usage of UAS.² On the contrary to its predecessors, we will find some privacy protection rules in the Regulation EU 2018/1139, which came into force just recently.³ The latter stresses that unmanned aircrafts present risks for privacy, protection of personal data, therefore the requirements concerning the registration of unmanned aircraft and of operators of unmanned aircraft should be laid down (also, the Regulation sets the essential requirements for registration) and that it is also necessary to establish digital, harmonised and interoperable national registration systems in which information, including the same basic data, about unmanned aircraft and operators of unmanned aircraft registered.⁴

Lithuania also has a Civil Code which establishes the inviolability of the individual's privacy and stresses that a person's private life may be made public only with that person's consent.⁵ The following point of the same article concretizes what a violation of a person's private life is and lists actions, such as unlawful invasion of person's dwelling or other private premises as well as fenced private territory, observation of one's private life, unlawful search of the person or his property, etc.; and states that the given list is not finite. The regulation of the Civil code is special because the rules on privacy protection, set in it, are applied to natural persons as well and they enable the party whose legitimate interests have been violated, to take legal remedies, including requesting for the compensation. However, in order to apply civil liability, all four conditions of the civil liability, must be proved - unlaw-

Protection of the Republic of Lithuania), Official Gazette, 1996, No. 63-1479; 2000, No. 64-1924; 2003, No. 15-597; 2008, No. 22-804; TAR, 2018-07-11, No. 2018-11733: 1.

¹ *Bepiločių orlaivių naudojimo taisyklės (The rules for the use of unmanned aircrafts)*. TAR, 2014, No. 2014-00438.

² Puraite, A., Bereikiene D., Silinske, N. (2017). Regulation of Unmanned Aerial Systems and Related Privacy Issues in Lithuania, *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol. 10: 118.

³ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91 (Text with EEA relevance.), *OJ L 212*, 22.8.2018, p. 1–122.

⁴ *Ibid*: preamble, point 31.

⁵ *Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Civil Code of the Republic of Lithuania)*, Official Gazette (2000), No. 74-2262; 200: 2.23.

ful actions (for example, breach of article 2.23 of the Civil Code of the Republic of Lithuania or any other legal act guaranteeing the right to privacy), causation (only damages related to unlawful actions can be compensated), fault (article 6.248(1) of the Civil Code of Republic of Lithuania states: «Civil liability shall arise only upon the existence of the fault of the obligated person, except in the cases established by laws or a contract when civil liability arises without fault») and damage.¹ Taking into consideration the specificity of UAS and dashboard cameras, proving unlawful actions would be quite difficult, whereas proving damage – even harder. This explains why there are no civil cases of privacy defence against illegal usage of UAS and dashboard cameras in Lithuania.

Article 2.22 of the Civil Code of the Republic of Lithuania protects natural person's right to an image. Photograph (or its part) or some other image of a natural person may be reproduced, sold, demonstrated, published and the person may be photographed only with his/her consent. However, the consent shall not be required if such acts are related to person's public activities, his official post, request of law enforcement agencies or where a person is photographed in public places, but are not allowed to be demonstrated, reproduced or sold only if those acts were to abase person's honour, dignity or damage his professional reputation.² This article is closely related to the usage of UAS and dashboard cameras as person's image is the best source of his identification therefore is one of the components of the right to privacy. The authors believe that even if a person is being photographed (filmed) in a public place, but shows clear disagreement of that, such filming should be discontinued, as the person in public places does not lose the protection of his/her privacy. Such attitude corresponds with and is based on Lithuanian case law which says that «*a person even being in a public place, does not lose his/her individuality and privacy, therefore a subjective inner position of a person photographed is important; if such person clearly and unambiguously expresses his/her unwillingness to be photographed, it must be respected*».³ Under current Lithuanian regulation, to be more precise, lack of regulation, to express unwillingness to be photographed (filmed) by usage of a dashboard camera or UAS is impossible as the person filmed in most of the cases does not even know about it. Thus, using dashboard cameras without special marking informing others about filming, equates to secret filming, therefore it takes away the opportunity to express clear disagreement with the ongoing process. Furthermore, even special marking does not prevent from privacy breaches (breaches of a person's right to an image), as the person filmed, even noticing the marked car, could not have a chance to express his/her disagreement (for example, if the car is moving fast). Therefore, stricter regulation on the usage of footage is essential (for example, clear prohibition to make public videos, taken by dashboard cameras, in which private information (for example, car number plates) or people's faces could be seen, except for reasons, such as public interest, disclosure of violations of the law.

¹ Ibid: 6.246, 6.247, 6.248.

² Ibid: 2.22.

³ J. A., UAB „Lietuvos rytas“. Ruling of the Supreme Court of Lithuania, 2004, No. 3K-3-91/2004.

Protection of privacy is enshrined in Lithuanian administrative and criminal law. However, the code of administrative offences sets the fines only for unauthorized processing of personal data and privacy breach in the area of electronic communications (applied for activities of entities, providing or entitled to provide a public communications network or related facilities only¹) and for the breaches of LPDLP², which also applies to business entities only. However, the code also sets the prohibition to breach The rules for the use of unmanned aircrafts.³ Even though, as it was mentioned earlier, they are designed to regulate questions of security on the usage of UAS, at the same time this administrative tool could be used to defend interests of privacy subjects (if noticed that the UAS is being flown over private area and requirements of distance, location are breached, the injured person on the grounds of these rules could request for stopping the UAS monitoring activities).

Section XXIV of the Criminal Code of the Republic of Lithuania sets the crimes related to inviolability of private life. Among the crimes mentioned there are articles criminalizing trespass,⁴ illegal collection of information about a person's private life and making available to the public,⁵ exploitation, or exploitation for the benefit of third parties information about someone's private life without his consent if this information was received for the accused person's service, profession or during the performance of temporary task, or by committing one of the crimes named above⁶. However, because none of these crimes are classified as the crimes for negligent commitment of which the prosecution is allowed, in order to arraign on earlier mentioned crime charges, direct intention to commit a crime must be proven.⁷ Thus, in case of the usage of the image capturing devices analysed, it would be very difficult to prove direct intention of the breacher of the right to privacy.

It is obvious that «*privacy is a culture-specific: the matters which a particular society regards as 'private' can vary widely*».⁸ Even very geographically, historically and culturally close countries, could have quite a different regulation on privacy and its protection. For example, even though the privacy in Latvia is also protected by the legal act of supreme power – the Constitution⁹, but the most detailed regulation

¹ Elektroninių ryšių įstatymas (Law on Electronic Communications). Official Gazette, 2004, No. 69-2382: 32; Lietuvos Respublikos administracinių nusižengimų kodeksas (Code of Administrative Offences of the Republic of Lithuania). TAR, 2015, no. 2015-11216: 83.

² Lietuvos Respublikos administracinių nusižengimų kodeksas(ibid): 82.

³ Ibid: 393(2).

⁴ Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas (Criminal Code of the Republic of Lithuania). Official Gazette, 2000, No. 89-2741: 165.

⁵ Ibid: 167.

⁶ Ibid: 168.

⁷ Ibid: 16(4) („A person shall be punishable for commission of a crime or misdemeanour through negligence solely in the cases provided for separately in the Special Part of this Code“). See also *S.B., V.B., R.B.* Ruling of Taurage District Court, 2011, No. PK-72-635/2011;

⁸ Quoted from Michael, J. (1994). *Privacy and Human Rights: International and Comparative Study, with Special Reference to developments information technology*. Dartmouth: Unesco Publishing: 2.

⁹ Constitution of the Republic of Latvia, Adopted on 15.02.1922. Published: Latvijas Vestnesis, 01/07, 13.06.43. Last amendments 08.04.2009: 96: „Everyone has the right to inviolability of his or her private life, home and correspondence“

on personal data protection in Latvia is set in the recent Personal Data Processing Law¹, which since 5th July 2018 replaced Personal Data Protection Law.² Its predecessor, contrary to Lithuanian situation, did not set any special conditions under the existence of which precisely video surveillance was allowed (only paragraph 7 obliged to make sure that at least one of the six conditions exists in order to generally process personal data). Whereas in the new Latvian law – Personal Data Processing Law, separate article is dedicated precisely to the conditions of video surveillance (and especially carried out by dashboard cameras) and it says that «*The requirements of this Law and the Data Regulation do not apply to the processing of data by natural persons using automated data recording devices for road traffic, personal or household needs.*» In the same article it is also stressed that «*It is prohibited to disclose the records obtained in road traffic to other persons and institutions, except when one of the bases of data processing specified in the data regulation is found. The requirements of this Law and the Data Regulation do not apply to the processing of data by natural persons using automated video surveillance devices for personal or household use.*»³ Thus, the provision does not only set the rules on video surveillance in traffic (that it is forbidden to disclose the records), but also confirms the specificity of dashboard cameras as a data collection device. What is interesting that even though Latvian laws, on the contrary to Lithuanian, do not distinguish person's right to an image (including his/her right to expressively disagree of being filmed), but, again, on the contrary to Lithuanian regulation, they clearly state that records obtained by dashboard cameras cannot be disclosed to other persons and institutions (except for separately indicated cases).⁴ Furthermore, the same article also states that it is prohibited to disclose the records obtained in road traffic to other persons and institutions, except when one of the bases of data processing specified in the data regulation is found (see GDPR Article 6(1)), whereas Lithuanian Civil Code does not protect privacy subjects from their images, taken in public, being demonstrated publicly if they do not harm the subjects' reputation, honor, dignity.⁵ Thus, if a dashboard camera recorded a video in which a person could be recognized and this video was made public, under Lithuanian law, no offence is made, as the dignity, honor and reputation of the person in the video has not been breached. So, it could be said that the person was filmed without even knowing it and without being able to express his disagreement with the process despite the fact that he or she did not want to be recognized as being in particular place at the particular time or driving a/sitting in a particular car.

Furthermore, Latvian civil code, on the contrary to Lithuanian, does not govern privacy questions at all. However, abundance of privacy-protecting articles in

¹ Personal Data Processing Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 04.07.2018, 132 (6218), available at: <https://likumi.lv/ta/id/300099-fizisko-personu-datu-apstrades-likums>.

² Personal Data Protection Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 06.04.2000, 123/124 (2034/2035), «The Reporter», 9, May 4, 2000, available at: <https://likumi.lv/ta/id/4042-fizisko-personu-datu-aizsardzibas-likums>.

³ Personal Data Processing Law, supra note 44: 36.

⁴ Ibid: 36(2).

⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania, supra note 31: 2.22 (2).

administrative and criminal codes proves legislator's responsible attitude towards privacy. For example, Administrative violations' code of Latvia sets the offences connected with the breaches of private life and applicable in the usage of image capturing devices (illegal activities with personal data (including data collection, registration, entry, storage, arrangement, modification, use, transfer, transmission, disclosure, blocking or deletion),¹ failure to provide information to the data subject,² processing of personal data without registration³. Furthermore, if these articles are not sufficient to protect natural person from his privacy breaches committed by usage of image capturing devices, other articles, punishing the offender for the breaches of usage of, for example, UAS, could be used (for example, Article 114¹). However, it is important to stress that the disposition of this article describes only activities connected with aircrafts, whereas UAS under the national rules on UAS usage («Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft» (hereinafter – UA Rules),⁴ are not treated as aircrafts.⁵ However, as there are no any specific article connected with the breaches of this article is being used by analogy. Besides, the right to privacy which could be breached by the usage of image capturing devices, is also protected by the Criminal Law of Latvia, which criminalizes violation of the privacy of a person⁶ and illegal activities with personal data.⁷ It is important to stress that Latvian case law and scholars have not yet confirmed that entering a private territory with the help of a device (for example UAS) is the breach of person's privacy, therefore it is still treated that the person himself/herself has to enter the private territory in order to commit a crime.⁸

Even though Latvia, as well as Lithuania, does not have separate regulation on the usage of dashboard cameras, but it also has special regulation on the usage of UAS (UA Rules). On the contrary to Lithuanian Rules, UA Rules at least mention the respect for privacy in the course of usage of the UAS: «*Unmanned aircraft flights shall be performed so as not to endanger human life, health, privacy or property, flight safety and security, not to cause harm to the environment, and also not to endanger the State defence and security interests*»,⁹ but no further special privacy protection

¹ Code of Administrative Violations of the Republic of Latvia. Published: Reporters, 20.12.1984, 51, available at: <https://likumi.lv/ta/id/89648-latvijas-administrativo-parkapumu-kodekss>: 204-7

² Ibid: 204-8.

³ Ibid: 204-9.

⁴ Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft. Adopted on 22.11.2016. Published: Latvijas Vestnesis, 28.11.2016, 231 (5803), available at: <https://likumi.lv/ta/id/286823-kartiba-kada-veicami-bezpilota-gaisa-kugu-un-taducita-veida-lidaparatu-lidojumi-kuri-nav-kvalificejami-ka-gaisa-kugi>.

⁵ Ibid: 1.

⁶ Criminal Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 08.07.1998, 199/200 (1260/1261), «The Reporter», 04.08.1998, 15, available at: <https://likumi.lv/doc.php?id=88966>: 143.

⁷ Ibid: 145.

⁸ Krastiņš, U., Liholaja, V. (2016). *Krimināllikuma komentāri. Otrā daļa (IX-XVII nodaļa)*. Rīga: Tiesu namu aģentūra, pp 341, 352.

⁹ Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft, supra note 5: 8.

provisions could be found in this act. However, it is important to stress that, on the contrary to Lithuanian Rules, UA Rules contain provisions obliging the owner of the UAS to label the device with the given name and surname (for legal persons – company name) of the owner or possessor thereof, address of the declared place of residence (for legal persons – legal address) and phone number.¹ This obligation corresponds with the recommendations set in the Regulation EU 2018/1139 (as it was mentioned earlier – to make sure that the UAS is identifiable).² Also, the UA rules oblige the pilot of unmanned aircraft be identifiable.³ These requirements ensure easy determination and identification of the person managing the UAS in cases when there is a question of any kind of liability and in such way serve not only for safety ensurance but for privacy protection as well (when the responsible person concerning privacy breaches must be found or illegal observevation of private areas has to be interrupted). These requirements are useful and practical steps towards realistic, not only formal, implementation of privacy protection. However, modeling situation that a person breaches the requirements of the device and self identification assuranace, it would still be very hard to identify the offender (in case of privacy breaches when using UAS).

As it was mentioned earlier, netiher Lithuania has special regulation, nor Latvia has detailed regulation on dashboard cameras' use and even though there are plenty of rules concerning privacy protection in criminal, administrative law acts, as well as in civil ones (in Lithuania), but if it is impossible to identify the offender of someone's privacy, all these acts are vain. So, in order to ensure the identification of a manager of an image capturing device, besides obligations enshrined in Latvian UA rules (to make sure the device and its operator are identifiable) it is also recommended to oblige to appropriately mark cars (for example, with camera signs and driver's contact details) in which dashboard cameras are used so that other road users are informed about personal data being collected. If determined that no appropriate marking is used, administrative fines must be set.

As it was noticed, Lithuanian and Latvian legislation on privacy protection differs: in the Lithuanian legislation on the usage of UAS there is a lack of rules actually ensuring the protection of privacy. The same problem is with dashboard cameras in both countries compared: none of them sets the requirement to specifically mark the cars in which dashboard camera is being used, therefore neither the dashboard camera users are motivated to act in such a manner that other people's privacy is respected (for example, knowing that others are informed about a dashboard camera being used, its user is more motivated to act in a proper manner), nor potential injured persons can protect themselves from being filmed or know to

¹ Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft, *supra* note 52: 8.

² EU, "Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency ", *supra* note 31: Anex IX, p. 1.3.

³ Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft, *supra* note 52: 28.

whom express their disagreement to be filmed; Latvian criminal law (or case law) has not yet reflected the development of technologies and the threat they could cause, therefore watching private territories with UAS is not treated as transgression of inviolability of the apartment of a person. Thus, if a person in Lithuania could defend his/her privacy on the basis of Civil code which protects person's right to privacy, in Latvia the injured person could invoke criminal and administrative laws only (as Latvian Civil law does not contain provisions neither on privacy protection nor on people's right to an image).

The protection of personal data, as a part of the right to privacy, is very important and as stated in the preamble of the GDPR is officially treated as the fundamental one.¹ However, the authors of this article agree with professor David Flaherty who has stated that the right to privacy «is not identical to such fundamental values as liberty, freedom, and democracy».² This could also be confirmed by the rulings of European Court of Human Rights which allowed for certain limitations by stating that it would be too restrictive to limit the notion of «private life» to an «inner circle» in which the individual may live his or her own personal life as he or she chooses, thus excluding entirely the outside world not encompassed within that circle.³ So, no legal act can protect people's privacy in such a manner that particular individual is totally protected from outside world. In such case whatever threatens privacy, would have to be forbidden. But on the other hand, the limitations of the protection of privacy have to be reasonable. Thus, even though the European Court of Human Rights has explained that «the notion of 'private life' within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept....»⁴ which «is not susceptible to exhaustive definition»⁵, but it is definitely connected with various rights, such as the right to personal development,⁶ right of living privately, away from unwanted attention⁷ and these rights are protected if a reasonable expectation that their privacy would be respected exists.⁸

Furthermore, similar flexible attitude to the right to privacy is reflected in the European Union legislation. For example, in the preamble of the GDPR it is stated that «*The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality.*»⁹

So, as the use of UAS and dashboard cameras cannot be denied and the fact that the right to privacy is not absolute has been supported by the examples above,

¹ General Data Protection Regulation, supra note 1: 2.

² Flaherty, D.H. (1984). *Privacy and Data Protection: An International Bibliography*, London: Mansell.

³ *Niemietz v. Germany*, December 16, 1992, § 29, Series A no. 251-B.

⁴ *M.M. v. Russia*, no. 7653/06, ECHR 1237

⁵ *Sargsyan v. Azerbaijan [GC]*, no. 40167/06, § 255, ECHR 2015; *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, § 43, ECHR 2004-VIII.

⁶ *K.A. and A.D. v. Belgium*, nos. 42758/98 and 45558/99, § 83, February 17, 2005

⁷ *Smirnova v. Russia*, nos. 46133/99 and 48183/99, § 95, ECHR 2003-IX (extracts).

⁸ *Köpke v. Germany (dec.)*, no. 420/07, October 5, 2010

⁹ General Data protection Regulation, supra note 1: 4.

it is important to specify, what assures the achievement of the societal security and privacy balance.

2.2. Tackling illegal usage of image capturing devices

The most realistic and the most effective way of protecting subsets of privacy is threatening legal responsibility for the breaches of people's privacy and clear and effective rules of the usage of image capturing devices. Such responsibility, as it was seen before, under national laws could be criminal, administrative and civil. After a concise review of Lithuanian and Latvian national legislations, it is obvious, that both countries made a great job in reconciling GDPR with their national laws. However, as Personal Data Processing Law and LPDLP set the requirements for data processing by business entities or natural persons (for business purposes), it is obvious, that the biggest threat to people's privacy are private users of image capturing devices, which do not fall under the provisions of the GDPR and, accordingly, Personal Data Processing Law (in Latvia) and LPDLP (in Lithuania). First of all, there is a lack of clear obligation for all users (including private ones) to mark themselves and their devices (UAS and cars in which dashboard cameras are used) (only Latvian legislation has moved forward in obliging such users to make themselves identifiable when operating UAS, but such obligation does not exist in regard to dashboard camera usage in both countries, therefore the cars in which dashboard cameras are used should also be marked with a special sign and contact details of the user). Furthermore, when clear obligation for the operators of image capturing devices to identify themselves and their devices being operated is fulfilled, the subjects of private information have to have possibility to express their disagreement with the action (as in Lithuania: the case law has formulated the provision that a clear expression of disagreement (verbal or non-verbal) prohibits the disclosure of information collected). Taking into consideration specificity of dashboard cameras (that even if a subject of private information is informed about the private information being collected (in other words, about video surveillance being carried out) but the right of disagreement with the operation could be hardly implemented as the cars move fast and in a traffic flow the subjects of private information may not even notice that they are being filmed), a clear prohibition for natural persons to use records or make them public taken by dashboard cameras must exist (with exceptions of public interest, and help to reveal the circumstances of various violations – to courts, preliminary investigation institutions or police).

Furthermore, it is worth considering the fact that the UAS or dashboard camera could be used by natural persons for various illegal purposes, such as spying. So, the video taken shall not be made public, but the operator will achieve his/her unlawful goal at the same infringing someone's right to privacy. In such situation the injured person will not have a chance of proving that he/she was being spied on. Therefore administrative national acts on the usage of UAS must strictly forbid using the devices in residential neighbourhoods and above private territories¹ and for such breaches strict administrative fines must be set.

¹ The Rules do not contain prohibition to fly over a private territory if it is not in a town, city or densely populated area.

Conclusions. After the comparison of two legislations governing the same questions of privacy and usage of UAS and dashboard cameras, it is clear that national laws, even both being in accordance with one – European Union legislation – could protect the same value with different legal tools. Each legislation – Lithuanian and Latvian – has its own advantages and disadvantages, but what could be confirmed is that the law does not always go in step with the quick development of technologies. As it has been seen, with particular adjustments concerning identification of the users of UAS and dashboard cameras, with introduction of legal tools allowing the injured party to efficiently defend their privacy in cases when the personal information users are persons gathering someone’s private information for non-commercial purposes, the right balance between the two values – societal security and privacy – could be found.

The advantages of the new technologies could not be denied, therefore it would be absurd to say that they are not necessary as causing too much danger to our privacy. And privacy as a value could not be absolute. Therefore it is essential to adapt legal mechanisms to the changing threats to the main values, such as privacy. Thus, the lack of legal measures could not be the reason to interfere with technological development: not the new technologies should be treated as a threat, but legal norms should be improved and adjusted to the constantly changing world.

References:

1. Bučiūnas, G. (2015). Vaizdo registratoriai ir asmens privatumas, *Mokslo taikomieji tyrimai Lietuvos kolegijose*, Vol. 1, No. 11, pp. 64–68.
2. Dupont, Q. F. M., Chua, D. K.H., Tashrif, A., Abbott, E. L.S. (2017). Potential Applications of UAV along the Construction’s Value Chain, *Procedia Engineering*, Vol. 182, pp. 165–173.
3. Entrop, A.G., Vasenev, A. (2017). Infrared Drones in the Construction Industry: Designing a Protocol for Building Thermography Procedures, *Energy Procedia*, Vol. 132, pp. 63–68.
4. EU Open Data Portal, «Special Eurobarometer 432: Europeans’ attitudes towards security». (2015). Retrieved 25.11.2017 from http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2085_83_2_432_ENG/resource/ae0b54bc-3974-4165-9f7d-c2907cb3f41f.
5. European Commission, Retrieved 15.07.2018 from https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en.
6. Flaherty, D.H. (1984). *Privacy and Data Protection: An International Bibliography*, London: Mansell, 302 p.
7. Hertz, L.H. (1967). *The Complete Book of Model Aircraft Spacecraft and Rockets*, Crown Publishers, 278 p.
8. Joseph J. Vacek, J.J. (2014). Remote Sensing of Private Data By Drone sis Mostly Unregulated: Reasonable Expectations Of Privacy Are at Risk Absent Comprehensive Federal Legislation, *North Dakota Law Review*, Vol. 90:463–484.
9. Kavoosi, Z., Hossein Raoufat, M., Dehghaani, M., Jafari, A., Kazemini, A., Jafar Naazemossadat, M., (2018). Feasibility of satellite and drone images for monitoring soil residue cover, *Journal of the Saudi Society of Agricultural Sciences*, «in press» version doi: <https://doi.org/10.1016/j.jssas.2018.06.001>.
10. Khan, M. A., Ectors, W., Bellemans, T., Ruicheck, Y., Yasar, A. H., Janssens, D., Wets, G. (2018). Unmanned Aerial-Vehicle Based Traffic Analysis: A Case Study to Analyze Traffic Streams at Urban Roundabouts, *Procedia Computer Science*, Vol. 130, pp 636–643.
11. Krastiņš, U., Liholaja, V. (2016). *Krimināllikumā komentāri. Otrā daļa (IX–XVII nodaļa)*. Rīga: Tiesu namu aģentūra, 512 p.

12. McKown, M (2015). The New Drone State: Suggestions for Legislatures Seeking to Limit Drone Surveillance by Government and Nongovernment Controllers, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, pp. 71–90.
13. Michael, J. (1994). *Privacy and Human Rights: International and Comparative Study, with Special Reference to developments information technology*. Dartmouth: Unesco Publishin, 194 p.
14. Nauwelaerts, W., World Data Protection Report: Guidelines on Use of Dashboard Cameras (2014), retrieved 06.05.2018 from https://www.hunton.com/files/Publication/a75c66a4-2f6f-4e3e-a83b-543923987393/Presentation/PublicationAttachment/580a5a0c-66f6-4cee-834c-8b41b637fd09/Guidelines_on_Use_of_Dashboard_Cameras.pdf.
15. Puraite, A., Bereikiene D., Silinske, N. (2017). Regulation of Unmanned Aerial Systems and Related Privacy Issues in Lithuania, *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol. 10:2, pp. 107–132.
16. Puraite, A., Silinske, N. (2017). Understanding the concept of security: theoretical approach. *Public Security and Public Order*, Vol. 19, pp. 135–145.
17. Rogavichene, L., Garmonnikov, I. (2017). Innovative Technologies for Assessment and Correction of the Driving Style, *Transportation Research Procedia*, Vol. 20, pp. 564–570.
18. SESAR, European Dornes Outlook Study, Retrieved 01.02.2018 from https://www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/reports/European_Drones_Outlook_Study_2016.pdf, 93 p.
19. The Telegraph, retrieved 06.05.2018 from <https://www.telegraph.co.uk/business/risk-insights/dashcam-benefits/>.
20. Vadapalas, V. (1998). *Tarptautinė teisė. Bendroji dalis (International Law. General Part)*, Vilnius: Eugrimas, 371 p.
21. Villasenor, J. (2013). Observation from above: Unmanned Aircraft Systems and Privacy. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol 36, pp 457-517.

Legal references:

22. *Amann v. Switzerland*, No. 27798/95, ECHR 2000-II.
23. *Asmens duomenų teisinės apsaugos įstatymas (Law on Personal Data Legal Protection)*. Official Gazette, latest amendment 2008, no. 22–804.
24. *Bepiloičių orlaivių naudojimo taisyklės (The rules for the use of unmanned aircrafts)*. TAR, 2014, No. 2014-00438.
25. Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7.12.2000, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.
26. Code of Administrative Violations of the Republic of Latvia. Published: Reporters, 20.12.1984, 51, available at: <https://likumi.lv/ta/id/89648-latvijas-administrativo-parkapumu-kodekss>.
27. Constitution of the Republic of Latvia, Adopted on 15.02.1922. Published: Latvijas Vestnesis, 01/07, 13.06.43. Last amendments 08.04.2009.
28. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14. 1950, ETS 5, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html>.
29. Criminal Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 08.07.1998, 199/200 (1260/1261), «The Reporter», 04.08.1998, 15, available at: <https://likumi.lv/doc.php?id=88966>.
30. *Elektroninių ryšių įstatymas (Law on Electronic Communications)*. Official Gazette, 2004, No. 69–2382.
31. Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91 (Text with EEA relevance.), *OJ L 212*, 22.8.2018, pp. 1–122.
32. J. A., *UAB «Lietuvos rytas»*. Ruling of the Supreme Court of Lithuania, 2004, No. 3K-3-91/2004.

33. *K.A. and A.D. v. Belgium*, nos. 42758/98 and 45558/99, § 83, February 17, 2005.
34. *Kupke v. Germany (dec.)*, no. 420/07, October 5, 2010.
35. Lietuvos Respublikos asmens duomenų teisinės apsaugos įstatymas (Law on Personal Data Legal Protection of the Republic of Lithuania), Official Gazette, 1996, No. 63–1479; 2000, No. 64–1924; 2003, No. 15–597; 2008, No. 22–804; TAR, 2018-07-11, No. 2018–11733.
36. Lietuvos Respublikos administracinių nusižengimų kodeksas (Code of Administrative Offences of the Republic of Lithuania). TAR, 2015, No. 2015–11216.
37. Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas (Criminal Code of the Republic of Lithuania). Official Gazette, 2000, No. 89–2741.
38. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Civil Code of the Republic of Lithuania). Official Gazette, 2000, no. 74–2262; 200.
39. *Lietuvos Respublikos Konstitucija (Constitution of the Republic of Lithuania)*, Official Gazette (1992, no. 220, 33–1014).
40. *M.M. v. Russia*, no. 7653/06, ECHR 1237.
41. *Niemietz v. Germany*, December 16, 1992, § 29, Series A no. 251-B.
42. Personal Data Processing Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 04.07.2018, 132 (6218), available at: <https://likumi.lv/ta/id/300099-fizisko-personu-datu-apstrades-likums>.
43. Personal Data Protection Act, Estonia, Isikuandmete kaitse seadus, adopted on 15.02.2007, RT I 2007, 24, 127, available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/507032016001/consolide/current>.
44. Personal Data Protection Law. Published: Latvijas Vēstnesis, 06.04.2000, 123/124 (2034/2035), «The Reporter», 9, May 4, 2000, available at: <https://likumi.lv/ta/id/4042-fizisko-personu-datu-aizsardzibas-likums>.
45. Procedures for the Conduct of Unmanned Aerial Vehicles and Other Types of Aircraft which do not Classify as Aircraft. Adopted on 22.11.2016. Published: Latvijas Vestnesis, 28.11.2016, 231 (5803), available at: <https://likumi.lv/ta/id/286823-kartiba-kada-veicami-bezpilota-gaisa-kugu-un-tadu-cita-veida-lidaparatu-lidajumi-kuri-nav-kvalificjami-ka-gaisa-kugi>.
46. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *OJ L 119, 4.5.2016*.
47. Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91 (Text with EEA relevance.), *OJ L 212, 22.8.2018, pp. 1–122*.
48. *Sargsyan v. Azerbaijan [GC]*, no. 40167/06, § 255, ECHR 2015.
49. *S.B., V.B., R.B.* Ruling of Taurage District Court, 2011, No. PK-72-635/2011.
50. *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, § 43, ECHR 2004-VIII.
51. *Smirnova v. Russia*, nos. 46133/99 and 48183/99, § 95, ECHR 2003-IX (extracts).
52. Universal Declaration of Human Rights, 1948, Paris. Retrieved from: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

Пурайте А., доцент, факультет общественной безопасности, Университет Миколаса Роме-риса, Литовская Республика, г. Каунас.
e-mail : aurelija.puraite@gmail.com

Силинску Н., аспирантка, факультет права, Университет Туриба, Латвия, г. Рига.
e-mail : n.silinske@gmail.com

Приборы, фиксирующие изображения: угроза или благо?

Авторы статьи «взвесили» преимущества и угрозы вмешательства в частную жизнь, возникающие в результате использования беспилотных летательных аппаратов (дронов) и видеорегистратора. Анализируя и сравнивая законодательство двух географически, исторически и культурно близких стран – Латвии и Литвы, они указывают на различия в законодательном урегулировании вопросов конфиденциальности, проблемные аспекты их действующего национального законодательства по использованию технологий и защите частной жизни, а также предлагают возможные решения по урегулированию выявленных правовых пробелов.

Ключевые слова: беспилотные летательные аппараты; дроны; видеорегистраторы; собственность; Латвия; Литовская Республика.

Рекомендоване цитування: Pūraitē A., Šilinskē N. Image capturing devices: threat or good? *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 120–137. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.157226>.

Suggested Citation: Pūraitē, A., Šilinskē, N. (2019). Image capturing devices: threat or good? *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 120–137*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.157226>.

Надійшла до редколегії 09.01.2019 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ



Radutniy Oleksandr Eduardovych,
*PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor
of Criminal Law, Yaroslav Mudryi National
Law University, Ukraine, Kharkiv
e-mail: radut12@gmail.com
Researcher ID E-6683-2015
ORCID 0000-0002-6521-3977*

doi: 10.21564/2414–990x.144.155819
UDC 343.21(477):004.383.8

ADAPTATION OF CRIMINAL AND CIVIL LAW IN VIEW OF SCIENTIFIC–TECHNICAL PROGRESS (ARTIFICIAL INTELLIGENCE, DAO AND DIGITAL HUMAN)

Today there is a powerful challenge to legal doctrine. It is associated with outspreading into all spheres of life by artificial intelligence and new technologies (blockchain, artificial improving of the biological body and human abilities). In this regard, it is necessary to resolve a number of important issues concerning the possibility of recognizing artificial intelligence as the subject (person) of the legal relationship and the subject (person) of the crime, the qualification of the actions of the improved human and encroachment on him, finding the person of responsibility for decentralized legal entities.

Keywords: legal doctrine; artificial intelligence; blockchain; subject (person) of the legal relationship; subject (person) of the crime; person of responsibility; decentralized legal entities; digital human; Homo numeralis; Homo digitalis; Homo horologium.

Радутний О. Е., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права № 1, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.

Адаптація кримінального та цивільного права у зв'язку з досягненнями науково-технічного прогресу (штучний інтелект, DAO та цифрова людина)

Сьогодні має місце потужний виклик правовій доктрині. Він пов'язаний з широким проникненням у всі сфери життя штучного інтелекту та нових технологій (блокчейн, штучне поліпшення біологічного тіла людини та її когнітивних здібностей). У зв'язку з цим може виявитися відсутність фактичної підстави юридичної відповідальності у діях (бездіяльності) розробника або користувача алгоритмами штучного інтелекту. Тому необхідно вирішити ряд важливих

питань, які пов'язані з можливістю визнання штучного інтелекту суб'єктом (особою) правовідносин і суб'єктом (особою) злочину, а так само відносно кваліфікації дій біологічно та когнітивно покращеної цифрової людини (*Homo numeralis*, *Homo digitalis*, *Homo horologium*), яка має підсилений зір, силу м'язів, швидкість, гнучкість, пам'ять без прогалин, здатність до прискореної обробки даних та надрозвинуті аналітичні здібності тощо, або посягання на неї та інші об'єкти правової охорони шляхом втручання в роботу імплантованих у неї пристроїв під керуванням штучного інтелекту, визначення питання про відповідальну особу щодо DAO – децентралізованої юридичної особи, в якій відсутні службовці, що у традиційному розумінні виконують адміністративно-господарські або організаційно-розпорядчі функції.

Ключові слова: правова доктрина; штучний інтелект; суб'єкт правовідносин; суб'єкт злочину; відповідальна особа; децентралізована юридична особа; цифрова людина; *Homo numeralis*; *Homo digitalis*; *Homo horologium*.

Introduction. In a very short time humanity will share its habitat with artificial intelligence of a higher degree of growth (Artificial Superintelligence, ASI) [3], its cognitive properties will exceed the corresponding abilities of a human, in particular perception of information, recognition of objects and their classification, creativity and generation of new knowledge, assessment of the situation, choosing of the optimal strategy and tactics of action, making value statements, independence of decision-making and implementation of them, memory as a complete preservation of all received information or signals etc.

Thus, in the competition for insurance claims artificial intelligence named Case Cruncher Alpha had convincing victory over the lawyers of London firms (the accuracy of the prediction by Case Cruncher Alpha was about 86.6 %, practicing lawyers – 66,3 %) [8]. According to Bloomberg artificial intelligence has surpassed the human's ability to read and understand the text: the results of a person in the test are 82.304, the artificial intelligence of Alibaba is 82.440 and Microsoft 82.650 [12].

Artificial intelligence decisively penetrates into all spheres of our life. Once we will not notice its globality as not surprised by the emergence of smartphones that evolved from the symbiosis of the computer and phone. Man increasingly does into the artificial intelligence majority among process of making important decisions. Who will be responsible if an artificial intelligence has independently placed a medical diagnosis, prescribed treatment and committed it? The developer of the algorithm should not be understood in medicine, and the patient gave his consent and relied not on the physician but on the artificial intelligence.

Many challenges arise due to the phenomenon of the DAO (Decentralized Autonomous Organization or DAC – Decentralized Autonomous Corporation) and the digital human – *Homo numeralis* (*Homo digitalis* or *Homo horologium*) as cybernetic organism (a biological organism that includes mechanical and/or electronic components) – people an integral part of their body were inorganic elements, including electronics and artificial intelligence.

Such a person will have improved physical and mental abilities that can be used to commit a crime. There are grounds to consider the fact of their use as qualifying circumstances, which increases the punishment. Or a digital person can itself be the

object of encroachment due to the criminal influence on certain algorithms, robotic console, memory, objective perception of reality, the process of its decision making, etc.

The modern legal doctrine should be more flexible in our fast-moving world. Its main provisions were formed during times when a person was convinced of the absence of powerful competitors. And if by this time no reliable communications have been established with other intelligent beings, the legal reality is forced to undergo significant changes with the advent of artificial intelligence and digital human. First of all, such changes will be related to the revision of the composition of subjects of legal relations and the possibility of recognizing artificial intelligence as a full-fledged social actor. In legal relations artificial intelligence may appear alongside the individual, the corporation and the state.

But it only matters for such a scenario if a human retains control over artificial intelligence and (or) representatives of digital humanity as a higher caste.

Thereby the evolution of criminal and civil law will take place too.

1. Artificial Intelligence as an entity of criminal and civil law

Attributable to the ASI' full awareness in the principles of its construction and processing, self-study, self-development and self-improvement eventually it will be created a situation of absence both factual and legal grounds for responsibility of ASI' developer, manufacturer, user or owner.

Artificial intelligence has in its arsenal following important cognitive functions: 1) perception of information; 2) memory without gaps; 3) exchange, analysis, comparison, evaluation of certain data; 4) generalization and the most optimal use of information for solving problems; 5) recognition of all objects and their classification; 6) perception of all signals of the surrounding world without exception (for example, human perceives only about 2% of the total electromagnetic range); 7) true summing-up of any situation; 8) effective selection of strategy and method of its behavior, planning; 9) generation of new knowledge; 10) full awareness of the principles of its construction and work; 11) self-education; 12) self-development, self-rebuilding, self-improvement (the first version forms an improved version of itself and thus overwrites the program to infinity); 13) accelerated decision-making speed (seconds and milliseconds); 14) processing of significant spaces of information and their effective using; 15) concentration of attention; 16) construction of value judgments; 17) independent decision-making and independent implementation; 18) self-organization etc.

When artificial intelligence creates a new program (another algorithm or object of robotics) independently and without human intervention, the results of its activity can be unexpected and simply unclear to a human.

The ability to self-study, self-development and self-improvement are the cornerstone of the whole architecture of artificial intelligence.

When the current version of artificial intelligence will be significantly different from the original that developer made, it will be difficult to find the actual basis (socially dangerous behavior) in actions of its IT-architect.

Attracting the developer (manufacturer) to legal liability of any kind in the situation of self-development and self-improvement of his product (full or substantial change in its characteristics and properties), will be a gross violation of the principle of the rule of law, the rule of law and legal certainty.

Making creator responsible for behavior of self-development and self-improvement artificial intelligence will be a gross violation of the principle of the rule of law and legal certainty.

On the other hand, the user of the artificial intelligence robotics may not even be aware of certain rules of conduct (for example, subsequent generations of unmanned vehicle owners may not know the rules of the road and (or) do not have at least minimal skills for driving), or be significantly less effective (no human will be able to compete with the artificial intelligence as surgeon or driver).

The way of acting of artificial intelligence is now considered to be more law-abiding and predictable in comparison with the behavior of an ordinary human. According to *The Guardian* in London the first Volvo autopilot cars will appear on roads without any distinctive signs to prevent offenses of other road traffic participants.

Providing the final decision becomes the prerogative of artificial intelligence, but not the human, there will also be no actual grounds for bringing the user of the object of robotics under the control of artificial intelligence to a criminal or other type of legal responsibility.

The situation with the absence of a person, for which responsibility can be imposed, creates a certain challenge to the modern legal doctrine. Solving this problem is seen in providing artificial intelligence status of the entity of legal relationships, including in the field of criminal and civil law.

Today it is necessary to consider the possibility of recognizing artificial intelligence as the entity of legal relationships and (or) the subject (person) of a crime, certain arguments in favor of which have already been expressed by Ukrainian prof. O. Baranov [2, c. 31–45], Ukrainian prof. M. Karchevskiy [15, c. 109–113; 16], Christoffer Hernæs [14], prof. of University of Washington School of Law Ryan Calo, prof. of Umeå Universitet Peter M. Asaro and the author of these theses [20, c. 98–102; 21, c. 123–136; 22, c. 200–206].

The right to recognition as a person before the law can belong to any social actor (James N. Rosenau, Bertrand Arthur William Russell, Camalludin Gadgiev, Oleg Tarasov). As a social actor artificial intelligence fully meets the requirements of the first axiom of legal personology. That is why it must have its own personative form.

Therefore, the evolution of criminal and civil law should take place in the direction of regulatory consolidation of the ASI' legal status as the subject of legal relations and the subject of responsibility. The first step in this way has already been taken by European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) [11].

In this matter the most striking parallel can be done with the legal status of a corporation (company as a legal person), which in reality is also a virtual entity (a thing with distinct and independent existence). We are aware of the existence of a corporation either from the papers or through the manifestation of its representatives – individuals. It's like watching an electron in physics (nobody saw it, but studying it due to its tracks). Meanwhile, no one has doubts about the possibility for a corporation to have rights and carry certain responsibilities.

Uprise of artificial intelligence as an entity of criminal and civil law and also as a subject of legal relationships will not allow them to adapt to the conditions of old system that needs change and development, but to build a new one that will allow them to make correct conclusions without adjusting the results of scientific research and practice.

Giving to artificial intelligence a status of legal entity requires a system separating of rules under the conventional name Lex Artificial Intelligence (similar to Lex Mercatoria, Lex Informatica, Lex Sportiva etc.) both within national and international law.

ASI should not be considered as an equivalent of an individual in the same way as a legal entity even in the case of a private enterprise or a business entity with one founder or participant. As well as a sovereign person of state is not an equivalent of a legal entity. ASI should become an independent legal entity.

2. Artificial Intelligence as a subject (person) of crime

The probability of ASI' creation equal to human intellect or more is quite real in the near future. This possibility causes some rethinking of the content and concept of the subject (person) of the crime.

By this time, it was believed that no creature has such a level of consciousness as a human. Therefore, the issue of recognition such other creatures as a subjects (person) of the crime was not relevant. In addition, there is a discussion on the possibility of recognizing a legal entity as a subject (person) of crime.

In accordance with the provisions of the Criminal Code of Ukraine (Part 1 of Article 18), the subject of a crime is a person who is physically convicted of a crime in the age from which it may be criminalized in accordance with this Code. Hence there are the following signs of the subject of the crime: 1) an individual (human); 2) sanity, mental capacity; 3) reaching a certain age, which is recognized as the age of criminal responsibility.

Obtaining of a certain age (total – 16 years old in accordance with Part 1 of Article 22 of the Criminal Code of Ukraine, lowered - 14 years old in accordance with Part 2 of Article 22 of the Criminal Code of Ukraine) is associated with the acquisition of certain social skills by a person who was brought up all the time in human society (known examples of the human children upbringing by animals absolutely eliminate such ability: Oksana Malaya (Ukraine, 1991), Shamdeo (India, 1972), Marina Chapman (Colombia, 1959) John Sebunya (Uganda, 1991), Madina (Russia, 2013), Kumar (Fiji, 1978), Ivan Mishukov (Russia, 1998) and others [18]).

Such social skills are the ability to understand what is really happening, the ability to realize the social danger of their actions and their consequences, the ability under certain conditions to make a choice between different behaviors, that is, the ability to manage their behavior.

If a person really needs a significant amount of time to develop his or her physical and mental abilities to acquire certain skills in social life, then for artificial intelligence this time interval is much shorter. Depending on its power, this time period can be hours, seconds, and milliseconds. That is, the sign of age is not critical to artificial intelligence, and in case of the acquisition of the last degree «Strong Artificial Intelligence» (SAI) [9] no need to allocate it separately.

In accordance with the provisions of the Criminal Code of Ukraine (Article 19, paragraph 1) human is a criminal person if, during the commission of his crime, he (she) was aware of and guided his (her) actions (inaction).

The ability to realize the actual side (ability to understand what is really happening) means that a certain person at least in general understands who he (she) is, where he (she) is, what is happening now and what action or inaction he (she) does. The lack of understanding of these circumstances necessitates clarifying the state of mental health of this person, whether he (she) is sanity or not.

Such awareness is a prerequisite for the possibility of evaluating their behavior from the point of view of accepted morals, rules of cohabitation in society and regulatory requirements: whether his (her) actions or inactivity are socially useful, neutral or dangerous. In the latter case, the ability to self-esteem is the basis for a criminal prosecution in accordance with the provisions of the Criminal Code of Ukraine (Art. 18, 19).

Given the purpose and objectives of criminal law attention attracts only conscious mental perception, in contrast to the unconscious actions of the brain.

But when deciding whether it is truly conscious, they rely only on the following assumption: when a person announces his awareness of anything, he (she) has to be trusted. On the basis of this, it was possible to identify a specific pattern of the brain that manifests itself only when a person reports that he (she) is aware of something, and absent in the lack of this message.

For its part, artificial intelligence, while passing the Turing test or during any other activity (diagnosis of diseases, processing of large volumes of information, control of an unmanned vehicle, etc.), of course, can report that it is fully aware of its actions or inactivity. And this will be true, otherwise it will not be able to effectively carry out his tasks. Formally, we are forced to believe it the same way as a human who reports his awareness.

The question of what the consciousness is, who is endowed with it and who is deprived of it, has always been a concern for humanity.

Meanwhile, according to the Cambridge Declaration of Consciousness [6] formulated on July 7, 2012 following the outcome of the Francis Creek Memorial Conference, people are not unique in having neurological mechanisms that generate consciousness and consciously behavior. Consciousness is common to all mammals,

all birds and many other animals, including some arthropods and cephalopods (eg, octopus and squids). Nervous activity is not limited to the cerebral cortex, but to excite the emotional states and the generation of consciousness, subcortical nerve structures are extremely important. Artificial excitement of the same parts of the brain in humans and animals causes the corresponding behavior and sensory state. This is a manifestation of conscious behavior.

The Cambridge Declaration of Consciousness imposes the burden of refuting its conclusions on those who are convinced in the opposite, and opens the way to recognition of consciousness of artificial intelligence.

The cornerstone of the ability to control their actions or inaction as a volitional sign of sanity is some extent unlimited will of human. The idea relies on the perception of a person as a holistic entity. This essence may change, but somewhere in its sacred depth remains unchanged. And this allows it to maintain some control.

Such representations have deep roots in religion, the influence of which on the branch of law today may not be sufficiently noticeable. Regardless of religion, in most cases it is believed that God has given a person some freedom in choosing behavioral choices. But today human gives to artificial intelligence the opportunity to make choices at its own discretion. This discretion is based on a certain algorithm, but it is not limited.

In contrast to these views, genetics and neuroscientists give a slightly different explanation: a person committed an act of certain behavior due to the corresponding electrochemical processes in her brain, which were formed by a specific configuration of genes, which in turn reflects the old evolutionary stresses in conjunction with random mutations.

These processes in the brain are either deterministic, or random, or a combination of these options, but in all cases not free. Decisions taken as a result of the chain reaction of biochemical events, each of which is determined by the previous event, is clearly not free. Solutions that come from random combinations are in any case not free, they are just random. And when incidental events are combined with deterministic processes, we obtain probabilistic consequences, but it does not lead to freedom of choice – a genuine ability to manage and control their actions or inactivity.

We prefer to turn away from this unpleasant fact, but in relation to artificial intelligence the situation is completely transparent.

Similarly, it is believed that human memory should accumulate and store information, but in fact it is unstable (implanted memories, involuntary memory, Mandela's effect, etc.) and it is impossible to objectively rely on it when choosing a particular behavior.

So, if a human only seems to realize his conscious volitional choice, but in reality it is the result of the interaction of unconscious algorithms, it gives rise to a very uncomfortable issue before modern legal doctrine.

If after that they continue to insist that a human has free ability to control his actions or inactivity, then undeniably it is necessary to recognize that artificial intelligence has the same abilities.

Due to the more powerful cognitive properties (memory without gaps, accelerated processing speed, etc.) and because of the lack of emotional color (confusion, fear, anger, jealousy, etc.) important social functions and services are translated into it.

By the way, dolphins have been granted «non-human personhood» status by the government of India, making India the first nation in the world to recognize the unique intelligence and self-awareness of the cetacean order (a class of aquatic mammals). The decision was announced by India's Minister of the Environment and Forests which also outlawed captive dolphin shows. The ministry added that dolphins «should have their own specific rights» [1]. In my opinion, the lack of plain and complete communication prevents humanity from having a legal relationship with other intelligent creatures, including dolphins.

The next step in recognizing the rights and freedoms should be the recognition of the possibility to incur legal liability, that is, to actually be the subject of a crime. And the next logical step should be the recognition of the possibility for artificial intelligence to have legal responsibility, namely to be actually the subject (person) of a crime.

The answer to the question of which punishments or measures of criminal law may be applied to artificial intelligence should consist of the following: liquidation, fines and confiscation of property (artificial intelligence allowed to enjoy rights also can exercise the right of ownership), deprivation of the right to engage in certain activities (for example, in the sphere of cryptocurrency mining, in the field of healthcare, etc.), public works (unpaid socially useful works), corrective work at the place of implementation etc.

In the same way it can be effective an elimination of a certain kind of artificial intelligence. However, for widespread in the blockchain space artificial intelligence it will not be possible to destroy it.

Equally important is the fact whether it will be the person to implement the corresponding measures of responsibility and / or influence, or entrust their application other types of artificial intelligence (in this regard, would like to hope about preserving control over it).

Thus, the following alternatives are likely: 1) recognition of the artificial form of intelligence and (or) artificial highly organized forms of life (organic or inorganic) as the subject (person) of criminal and civil law relations and the subject (person) of a crime; 2) reformatting the criminal-law doctrine, formulating new features of the subject (person) of crime, which will prevent the possibility for artificial intelligence to be a legal person. But personally, I'm inclined to the first option.

Signs of artificial intelligence as a subject (person) of crime *de lege ferenda* can be as follows: 1) it is not physical human, but an electronic person (personality); 2) sanity, which means at the time of committing a crime the opportunity to realize its actions (inaction) and manage them. The sign of age, which was mentioned above, is not essential for artificial intelligence.

But at the same time, any legislative changes should be balanced and well-grounded. Should not hurry in a scientific or political fashion, it is desirable to avoid creating a «legislative virus» [17].

3. No officials inside of DAO

There is another highly controversial issue with the Decentralized Autonomous Organization (abbreviated as DAO) or Decentralized Autonomous Corporation (abbreviated as DAC). The legal status of a decentralized company in foreign jurisdictions is not still determined, but it is on the agenda, including for Ukraine.

DAO is an organization managed by computer programs of «smart contracts». The company is built on a horizontal principle, where each participant of the organization is a full co-owner, endowed with equal authority and unrestricted access to information about its activities. But there is no executive body in the traditional sense.

The company's management tool is blockchain [13]. It records financial transactions, all rules of business, the order of decision-making on any issues and algorithms of any actions. In this case, blockchain is simultaneously an electronic register of the company, which is supported and certified by all members of the network. That is, DAO is a combination of computer code, blockchain, smart contracts and people. Founders of the company form the basic rules and offer token or coins. Possession of a certain number of tokens is documented in blockchain, which forms a certain analogy with joint-stock companies.

Autonomy is ensured by independence from traditional financial and political institutions because of self-sufficiency from ordinary money, which is replaced by cryptocurrency. In addition, its activities are fully automated.

All interaction within the company is carried out with the help of smart contracts (software infrastructure for establishing acceptable rules for all participants). Such programs fully regulate the activities of DAO and independently make legally significant decisions.

Compared to traditional legal entities (corporations), DAO provide their members with greater control over their own investments and activities, including through transparency and lack of human error.

The most well-known decentralized legal entity today is the organization of venture financing with the same name The DAO, which collected 150 million US dollars from its subscribers at the start in June 2016. In fact, it is an unfortunate example, because its program was broken by computer hackers who found the vulnerability and stole cryptocurrency for \$ 50 million. But the unsuccessful start only encouraged other enthusiasts to work on mistakes. Other well-known decentralized companies today are Dash, Digix.io, Fermat, and BitShares.

DAO is fundamentally different from the ordinary corporation because of its decentralized structure. There are no officials in DAO who perform in the usual sense organizational, administrative or regulatory functions. So behind the corporate pall it is impossible to find an individual who is responsible.

4. Digital human

Well-known social movement of Transhumanism (Raymond Kurzweil, Hans Moravec, *Nick Bostrom*, Michio Kaku and others) is an international philosophical activity that advocates for the transformation of the human condition by developing and making widely available sophisticated technologies to greatly enhance human intellect and physiology [5; 4]. Transhumanism has its particular focus on the applications of technologies to the improvement of human bodies at the individual level. Transhumanist theorists seek to apply reason, science and technology for the purposes of reducing poverty, disease, disability and malnutrition around the globe. Transhumanism is a way of thinking about the future that is based on the premise that the human species in its current form does not represent the end of our development but rather a comparatively early phase [26]. The purpose of the movement is defined as getting rid of suffering, aging and death, as well as gaining a significant increase in the physical, mental and psychological capabilities of a person.

Transhumanists support the emergence and convergence of technologies including nanotechnology, biotechnology, information technology and cognitive science (NBIC), as well as hypothetical future technologies like simulated reality, artificial intelligence, superintelligence, 3D bioprinting, mind uploading, chemical brain preservation and cryonics. They believe that humans can and should use these technologies to become more than human [19]. Therefore, they support the recognition and/or protection of cognitive liberty, morphological freedom and procreative liberty as civil liberties, so as to guarantee individuals the choice of using human enhancement technologies on themselves and their children [25].

According to Nick Bostrom (Niklas Boström), the director of the Institute for humanity of the future at Oxford University, a human in its modern form is not the last link of the human' evolution.

Nowadays anyone who uses smart eyeglasses, pacemakers or bio prostheses and other similar devices may in some sense be referred to as cyborg (cybernetic organism – a biological organism that includes mechanical and/or electronic components) – people an integral part of their body were inorganic elements, including electronics and artificial intelligence.

The phenomenon of the *Homo numeralis* (*Homo digitalis* or *Homo horologium*) as the next evolutionary stage after *Homo sapiens* is associated with the achievements of bioengineering, the creation of living beings that combine organics with inorganics («cybernetic organism») and eventually the creation of an inorganic form of life [23, 41–43; 24, 158–171].

Some bio-engineers from Harvard created a soft robot that wraps around the human heart and helps him to work, at the Scientific Research Institute of the Scripps was created a semi-synthetic organism with artificial DNA, other scientists have already reached to grow sensitive hairs of the inner ear, created the artificial retina of the human eye in Oxford, human stem cells were first raised in the Boston Children's Hospital, a bionic skin was established at the University of Minnesota,

the C-LEG system was successfully used to replace amputated human legs at the Chicago Rehabilitation Institute in 2006, a woman's bionic arm was successfully implanted, and earlier similar manipulators were implanted to five men.

It is noteworthy that such a bionic arm or other limb or organ (for example, vision, hearing or a sense of smell) may be made more powerful than the original one of an ordinary human.

The Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA, USA – www.darpa.mil) has been developing a soldier with increased mental and physical abilities due to high-tech means [10]. Beginning in 2014 Israeli Defense Forces received military robots that do not involve human participation in the effectuation of a combat task. It is planned that by 2025 the US Army Forces will have more robots than people [7].

Creating an inorganic form of life involves the following directions: 1) copying or complete transfer (without residues on the primary carrier) of human consciousness, intelligence and personality to a digital transporter; 2) two-way interface between the human brain and a computer that allows to read electrical signals from the brain and simultaneously transmit clear messages (the human brain can be directly connected to the Internet or other network, for example, Internet of Everything); 3) the gradual migration of consciousness, intelligence and personality of a person from a biological carrier to a more durable and enduring one (this problem is investigated by Steven Novella, neurologist from the Yale University).

Thus, gradually and without much attention, we can look on the actual returning to compromised ideas of evolutionary humanism as a creation of a superman (Übermensch – a man with exceptional physical or mental ability). The idea of the availability of all new scientific achievements is very excessive. This does not even happen now. It is clear that the majority of the population will be cut off from access to new advances in medicine, chemistry, biology and nanotechnology. And people with the power and financial resources can gradually create a new caste of biological super people.

A physical person equipped with an implant of a faces (or linguistic, textual and video materials) recognition system can more effectively perform his tasks.

Thus legal regulation ways of the digital human (*Homo numeralis*, *Homo digitalis* or *Homo horologium*) should be the following: 1) elaborating and consolidation of the legal status of the *Homo numeralis* (*Homo digitalis* or *Homo horologium*); 2) predicting in the Criminal Code of Ukraine new qualifying attributes or new features of a special subject of a crime for cases using above-mentioned abilities (memory, strength, agility, speed, endurance etc.) to facilitate the commission of crimes; 3) criminalization of new forms of socially dangerous behavior for cases of criminal influence or manipulation a digital human (using him or her as an instrument for crime – part 2 art. 26 of the Criminal Code of Ukraine, hacking, copyright infringement, unwarranted mass-surveillance, sextortion, computer program damaging).

Conclusions. As follows artificial intelligence has important cognitive functions in particular perception of information, memory without gaps, exchange, analysis, comparison, evaluation of certain data, generalization and the most optimal use of

information for solving problems, recognition of all objects and their classification, perception of all signals of the surrounding world without exception, true summing-up of any situation, effective selection of strategy and method of its behavior, planning, generation of new knowledge, full awareness of the principles of its construction and work, self-education, self-development, self-rebuilding, self-improvement (the first version forms an improved version of itself and thus overwrites the program to infinity), accelerated decision-making speed, processing of significant spaces of information and their effective using, full concentration of attention, construction of value judgments, independent decision-making and independent implementation, self-organization etc. The ability to self-study, self-development and self-improvement are the cornerstone of the whole architecture of artificial intelligence.

The indicated cognitive abilities in the near future will be equivalent to human abilities or even substantially exceed them. Artificial intelligence will be instructed an important or risky activity. One of the fundamental requirements for such artificial intelligence is the independence of decision-making. But this will eliminate the grounds for reproach and responsibility of developers and users of artificial intelligence. Because in fact they did not commit any unlawful behavior and everyone have agreed to transfer the burden of making a decision on artificial intelligence.

Oddly enough, but this situation requires the recognition of artificial intelligence as a subject (person) of legal relationships and the subject (person) of the crime.

For an ordinary human obtaining of a certain age is associated with the acquisition of certain social skills. They are the ability to understand what is really happening, the ability to realize the social danger of their actions and their consequences, the ability under certain conditions to make a choice between different behaviors. Artificial intelligence needs only hours, seconds, and milliseconds for it. Human gives to artificial intelligence the opportunity to make choices at its own discretion. This discretion is based on a certain algorithm, but it is not limited. If they continue to insist that a human has free ability to control his actions or inactivity, then undeniably it is necessary to recognize that artificial intelligence has the same abilities. The next logical step should be the recognition of the possibility for artificial intelligence to have legal responsibility, namely to be actually the subject (person) of a crime.

Some punishments or measures of criminal law may be applied to artificial intelligence: liquidation, fines and confiscation of property (artificial intelligence allowed to enjoy rights also can exercise the right of ownership), deprivation of the right to engage in certain activities (for example, in the sphere of cryptocurrency manning, in the field of healthcare, etc.), public works (unpaid socially useful works), corrective work at the place of implementation etc.

Signs of artificial intelligence as a subject (person) of crime *de lege ferenda* can be as follows: 1) it is not physical human, but an electronic person (personality); 2) sanity, which means at the time of committing a crime the opportunity to realize its actions (inaction) and manage them. The sign of age, which was mentioned above, is not essential for artificial intelligence.

Giving to artificial intelligence a status of legal entity requires a system separating of rules under the conventional name Lex Artificial Intelligence (similar to Lex Mercatoria, Lex Informatica, Lex Sportiva etc.) both within national and international law. The artificial intelligence should not be considered as an equivalent of an individual in the same way as a legal entity. As well as a sovereign person of state is not an equivalent of a legal entity. The artificial intelligence should become an independent legal entity.

DAO (Decentralized Autonomous Organization – DAO, or Decentralized Autonomous Corporation – DAC) is an organization managed by computer program like smart contracts. Its activities are fully automated. There are no officials in DAO who perform in the usual sense organizational, administrative or regulatory functions. So behind the corporate pall it is impossible to find an individual who is responsible.

The phenomenon of the *Homo numeralis* (*Homo digitalis* or *Homo horologium*) as the next evolutionary stage after *Homo sapiens* is associated with the achievements of bioengineering, the creation of living beings that combine organics with inorganics («cybernetic organism») and eventually the creation of an inorganic form of life.

Thus legal regulation ways of the digital human should be the following: 1) elaborating and consolidation of the legal status of the *Homo numeralis* (*Homo digitalis* or *Homo horologium*); 2) predicting in the Criminal Code new qualifying attributes or new features of a special subject (person) of a crime for cases using improved abilities (memory, strength, agility, speed, endurance etc.) to facilitate the commission of crimes; 3) criminalization of new forms of socially dangerous behavior for cases of criminal influence or manipulation a digital human (using him or her as an instrument for crime, hacking, copyright infringement, unwarranted mass-surveillance, computer program damaging).

References:

1. Adams, Mike. (2013). Dolphins granted personhood by government of India. *Natural News*, August 9, 2013. URL: https://www.naturalnews.com/041547_dolphins_personhood_intelligence.html.
2. Baranov, O.A. (2018). Internet rechet (IoT): meta zastosuvannya ta pravovi problem. *Informazia i pravo – Information and law*, 2(25), 31–45 [in Ukrainian].
3. Bostrom, Nick. (1998). How long before superintelligence? *Oxford Future of Humanity Institute*, University of Oxford, 1998, vol. 2. URL: <https://nickbostrom.com/superintelligence.html>.
4. Bostrom, Nick. (2005). A history of Transhumanist. *Journal of Evolution and Technology*, Vol. 14, Issue 1, April 2005. URL: <https://nickbostrom.com/papers/history.pdf>.
5. Calvin Mercer, Tracy J. Trothen. (2014). Religion and Transhumanism. *The Unknown Future of Human Enhancement*, Praeger, 2014. 452 p.
6. Cambridge Declaration of Consciousness. (2012). URL: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>.
7. Carrie, Ann. (2016). Combat Robots Will Outnumber Human Soldiers in the US Army by 2025. *Industry Leaders Magazine*, October 21, 2016. URL: <https://www.industryleadersmagazine.com/combat-robots-will-outnumber-human-soldiers-us-army-2025/>.
8. Cellan-Jones, Rory. (2017). The robot lawyers are here – and they're winning. *BBC, Technology*, November 1, 2017. URL: <http://www.bbc.com/news/technology-41829534>.

9. Copeland, B.J. (2017). Artificial intelligence (AI). *Britannica*, Jan 12, 2017. URL: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
10. Douglas, Ernst. (2017). Real-life Jason Bourne: SEALs test 'cognitive enhancement'. *The Washington Times*, April 3, 2017. URL: <https://www.washingtontimes.com/news/2017/apr/3/navy-seals-elite-units-testing-cognitive-enhanceme>.
11. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>.
12. Fenner, Robert. (2018). Alibaba's AI Outguns Humans in Reading Test. *Bloomberg Technology*, Jan 15, 2018. URL: <https://www.bloomberg.com/technology>
13. Hodson, H. (2013). Bitcoin moves beyond mere money. *New Scientist*, November 20, 2013. URL: <https://www.newscientist.com/article/dn24620-bitcoin-moves-beyond-mere-money>.
14. Hernajs, Christoffer. (2015). Artificial Intelligence, Legal Responsibility And Civil Rights. *Techcrunch*, Aug 22, 2015. URL: <https://techcrunch.com/2015/08/22/artificial-intelligence-legal-responsibility-and-civil-rights>.
15. Karchevsky, N.V. (2016). Perspektivnie zadachi ugolovnoho prava v kontekste razvitiya robototekhniki. *Sozialnaya funkzia kriminalnogo prava: problem naukovogo zabezpechennya, zakonotvorennata pravozastosuvannya: materialy mignar. nauk.-prakt. konf. (Kharkiv, 12–13 govt. 2016 r.) – Social Function of Criminal Law: Problems of Scientific Provision, Legislation and Law Enforcement*. Kharkiv: Pravo, 109–113 [in Russian].
16. Karchevsky, N.V. (2017). Pravo robotiv abo robot z pravami. URL: <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/pravo-robotiv-abo-robot-z-pravami/> [in Ukrainian].
17. Kirichko, V.M. (2016). Zakonodavchiy virus u sistemi KK Ukraini : viznachennya i aktualizatsia problem na prikladi st. 368-2 KK Ukraini "Nezakonne zbagachennya". *Problemi zakonnosti – Problem of Legality, issue 133, 142 – 151* [in Ukrainian].
18. Macdonald, Fiona. (2015). Feral: The children raised by wolves. *BBC Culture*, October 12, 2015. URL: <http://www.bbc.com/culture/story/20151012-feral-the-children-raised-by-wolves>.
19. Naam, Ramez. (2010). More Than Human: Embracing the Promise of Biological Enhancement. *Lulu.com*, August 9, 2010. 230 p.
20. Radutniy, O.E. (2018). Mistze shtuchnoho intelektu v strukturii suspilnih vidnosin, ayki okhoronyautsa kriminalnim pravom. *Fundamentalni problem kriminalnoi vidpovidalnosti : materialy nauk. polilogu (Kharkiv, 7 veres. 2018 r.) – Fundamental problems of criminal liability*. Kharkiv: Pravo, 98–102 [in Ukrainian].
21. Radutniy, O.E. (2018). Subektnist shtuchnoho intelektu u kriminalnomu pravi. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 21 sich. (No. 1), 123–136* [in Ukrainian].
22. Radutniy, O.E. (2017). Artificial Intelligence (shtuchny intelekt) yak subekt pravovidnosin u galuzi kriminalnogo prava. *Politika v sferi borotbi zi zlochinnistu: materialy mignar. nauk.-prakt. konf. (Ivano-Frankivsk, 2017) – Policy in the field of fighting crime: Proceeding of the International Scientific and Practical Conference*. Ivano-Frankivsk, 200–206 [in Ukrainian].
23. Radutniy, O.E. (2018). Kvalifikuyuchi oznaki, pov'yazani z dosyagnennymi naukovogo progressu (bioingeneria, shtuchny intelekt, neorganichna ta zmishana forma gittya). *Aktualni problem kriminalnogo prava, kriminologii ta kriminalno-vikonavchogo prava: materialy vseukr. nauk.-prakt. konf. (Dnipro, 25 trav. 2018) – Current problems of criminal law, criminology and criminal-enforcement law: Proceeding of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference*. Dnipro: Dniprov. derg. un-t vnutr. sprav, 41–43 [in Ukrainian].
24. Radutniy, O.E. (2018). Zifrova ludina z toчки zoru zagalnoi ta informaziynoi bezpeki: filosofskiy ta kriminalno-pravoviy aspekt. *Informazia i pravo – Information and law, 2(25), 158–171* [in Ukrainian].
25. Sandberg, Anders. (2018). Morphological Freedom – Why We not just Want it, but Need it. *Tankesmedjan Eudoxa AB*. URL: <http://www.aleph.se/Nada/Texts/MorphologicalFreedom.htm>.
26. What is Transhumanism? (2018). URL: <https://whatistranshumanism.org>.

Радутний А. Э., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: radut12@gmail.com ; ORCID 0000-0002-6521-3977

Адаптация уголовного и гражданского права в связи с достижениями научно-технического прогресса (искусственный интеллект, ДАО и цифровой человек)

Сегодня возникает серьезный вызов правовой доктрине. Он связан с широким проникновением во все сферы жизни искусственного интеллекта и новых технологий (блокчейн, искусственное улучшение биологического тела человека и его когнитивных способностей). В связи с этим может выявиться отсутствие фактического основания юридической ответственности в действиях (бездействии) разработчика или пользователя алгоритмами искусственного интеллекта. Поэтому необходимо решить ряд важных вопросов, связанных с возможностью признания искусственного интеллекта субъектом (персоной) правоотношений и субъектом (персоной) преступления, а так же относительно квалификации действий биологически и когнитивно улучшенного цифрового человека (Homo numeralis, Homo digitalis, Homo horologium), наделенного усиленными зрением, силой мышц, скоростью, гибкостью, памятью без пробелов, способностью к ускоренной обработке данных и сверхразвитыми аналитическими способностями, или посягательством на такого человека и другие объекты правовой охраны путем вмешательства в работу имплантированных в него устройств под управлением искусственного интеллекта, а также выявление ответственной персоны в ДАО – децентрализованном юридическом лице, в котором отсутствуют служащие, выполняющие в традиционном понимании административно-хозяйственные или организационно-распорядительные функции.

Ключевые слова: правовая доктрина; искусственный интеллект; субъект правоотношений; субъект преступления; ответственное лицо; децентрализованное юридическое лицо; цифровой человек; Homo numeralis; Homo digitalis; Homo horologium.

Рекомендоване цитування: Radutniy O. E. Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (artificial intelligence, dao and digital human). *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 138–152. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155819>.

Suggested Citation: Radutniy, O.E. (2019). Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (artificial intelligence, dao and digital human). *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 144, 138–152. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155819>.

Надійшла до редколегії 05.02.2019 р.



Філіппов Станіслав Олександрович,
кандидат психологічних наук, доцент,
докторант, Національна академія
Державної прикордонної служби України
Україна, м. Хмельницький
e-mail: stanislav.filippov@ukr.net; nadpsu@i.ua
ORCID 0000-0001-6700-4194

doi: 10.21564/2414–990x.144.155729
УДК 343.988

ВІКТИМОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ЗАПОБІГАННЯ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ

Обґрунтовано віктимологічний підхід до вирішення проблеми запобігання домашньому насильству. Уточнено систему понять для опису явища віктимності у домашньому насильстві; подано порівняння наукових поглядів на причини віктимізації. Запропоновано віктимологічні контрзаходи через найбільш доступні канали: спільноти у соціальних мережах, цілеспрямований вплив з боку референтних груп тощо. Зроблено висновок про перспективи програмування корекції віктимності.

Ключові слова: віктимологія; віктимність; домашнє насильство; жертва; ризикологія; девіктимізація.

Філіппов С. А., кандидат психологических наук, доцент, докторант, Национальная академия Государственной пограничной службы Украины, Украина, г. Хмельницкий.
e-mail : stanislav.filippov@ukr.net ; nadpsu@i.ua ; ORCID 0000-0001-6700-4194

Виктимологические аспекты предупреждения домашнего насилия

Обоснован виктимологический подход к решению проблемы предупреждения домашнего насилия. Уточнена система понятий для описания явления виктимности в домашнем насилии; представлено сравнение научных взглядов на причины виктимизации. Предложены виктимологические контрмеры через наиболее доступные каналы: сообщества в социальных сетях, целенаправленное воздействие со стороны референтных групп и т.д. Сделан вывод о перспективах программирования коррекции виктимности.

Ключевые слова: виктимологія; виктимність; домашнє насиліє; жертва; ризикологія; девіктимізація.

Постановка проблеми. Незалежно від перспектив ратифікації Україною Стамбульської конвенції, встановлені нею стандарти протидії домашньому насильству вплинули на модернізацію законодавства у цій сфері. Ми маємо на увазі прийняття Закону України «Про запобігання та протидію домашньому

насилльству» та оновлення законів «Про охорону дитинства» та «Про забезпечення рівних прав та можливостей чоловіків і жінок». Очевидно, це кроки у напрямку впровадження комплексного підходу до вирішення проблеми протидії всім формам домашнього насилльства. І тут, на наш погляд, важливим є не вдаватися до надмірної «юридизації» цієї проблеми, оскільки сама наявність норм, на жаль, не означає їх автоматичного дотримання і майже нічого не змінює в процесі інтеракції правопорушника та його жертви. Отже, спробуємо обґрунтувати погляд на віктимологічні аспекти вирішення проблеми домашнього насилльства, тим більше, що «організацію і проведення міжгалузевих досліджень стану, причин і передумов поширення домашнього насилльства» передбачено ст. 19 базового Закону [1] серед інших заходів у досліджуваній сфері.

Аналіз останніх досліджень. Зважаючи на поліаспектність проблеми, різні її напрями тією чи іншою мірою досліджувалися у рамках кримінології, психології, педагогіки, соціології. У вітчизняній кримінології на сучасному етапі віктимологічний напрям розвивають А. Б. Блага (A. B. Blaha), В. В. Василевич (V. V. Vasylevych), М. Ю. Валуйська (M. Yu. Valuys'ka), В. В. Голіна (V. V. Holina), Б. М. Головкін (B. M. Golovkin), О. М. Джужа (O. M. Dzhuzha), С. С. Косенко (S. S. Kosenko), О. М. Литвинов (O. M. Lytvynov), В. О. Туляков (V. O. Tulyakov), В. І. Шакур (V. I. Shakun) та інші вчені. Зокрема, віктимологічні аспекти захисту неповнолітніх від насилльства досліджували А. О. Джужа (A. O. Dzhuzha), І. О. Бандурка (I. O. Bandurka), О. Ю. Юрченко (O. Yu. Yurchenko), питання повноважень прокурора у сфері захисту прав дітей – Г. В. Попов (H. V. Popov) та ін. Психологічні дослідження цієї проблематики представлені у роботах В. Є. Христенка (V. Ye. Khrystenko), І. Г. Малкіної-Пих (I. H. Malkina-Pykh), О. О. Андроннікової (O. O. Andronnikova). Феномен подружнього насилльства, Battered Woman Syndrome (синдром побитої жінки) вивчено О. Д. Шинкаренко (O. D. Shynkarenko). Емоційний інтелект осіб юнацького віку, схильних до віктимної поведінки, є предметом дослідження О. О. Бантишевої (O. O. Bantysheva). Педагогічні аспекти проблематики розроблялися І. А. Хозраткуловою (I. A. Khozratkulova). Аналіз наукових праць цих та інших авторів дозволяє дійти висновку про різноманіття методологічних принципів вивчення віктимності, відсутність міжгалузевого співвідношення ключових дефініцій, наявні суперечності між оновленням законодавства і реальною практичною роботою щодо запобігання домашньому насилльству нерепресивними засобами, у тому числі – віктимологічними. Це, на наше переконання, обумовлює своєчасність та актуальність **мети статті** – аналіз віктимологічних аспектів запобігання домашньому насилльству, що своєю чергою, дозволить наблизитися до вирішення пов'язаного з нею **практичного завдання** – удосконалення системи віктимологічного запобігання домашньому насилльству.

Виклад основного матеріалу. Аксиоматичним виглядає твердження, що профілактика правопорушень починається з характеристики і розуміння на різних рівнях узагальнення трьох елементів, що перебувають у взаємозв'язку: правопорушення, правопорушника та його жертви. Як вказує В. О. Туляков,

«усвідомлення факту значимості аналізу інтеракції жертви і злочинця дозволяє говорити не стільки про конфлікт, скільки про взаємозалежність, визначену однопорядковість зазначених типів особистості, наявність системних, гомеостатичних зв'язків між ними» [2, с. 7]. Очевидно, що розгляд системи «правопорушник-жертва» не тільки у межах питання про юридичну відповідальність, а й на віктимологічному рівні дозволяє реально зменшувати проблеми насильства та запобігати криміналізації домашнього насильства (у кримінологічному розумінні цього терміна).

I. Концептуалізація проблеми починається з уточнення термінів. Під час проведеного нами емпіричного дослідження чинників віктимізації потерпілих [3, с. 30] ми застосовували *систему понять*, яка, на наш погляд, є цілком придатною для дослідження явища віктимності у домашньому насильстві:

1. Віктимність – фізичні, психічні, моральні й соціальні риси та ознаки людини, які перетворили або потенційно призводять до перетворення її на жертву.

1.1. Особистісна віктимність – специфічний особистісний конструкт, що реалізується в настановах та атрибуціях особистості як жертви.

1.2. Загальна віктимність – залежить від соціально-рольових характеристик, що обумовлюють перетворення її на жертву.

2. Віктимна схильність – сукупність властивостей, обумовлених соціальними, психологічними, іншими причинами, що сприяють дезадаптивному стилю реагування суб'єкта та призводять до негативних наслідків для нього, які полягають у перетворенні його на жертву.

3. Віктимізація – процес реалізації віктимності в динаміці.

4. Віктимна поведінка – відхилення від норм небезпечної поведінки, що реалізується в сукупності соціальних, психічних та моральних проявів особистості та призводить до ролі жертви.

5. Віктимогенні фактори (чинники) – об'єктивні обставини, що формуються безпосередньо перед або під час вчинення правопорушення, не пов'язані з віктимністю постраждалої особи та з її поведінкою.

Отже, центральним поняттям термінологічного апарату опису системи віктимологічного запобігання домашньому насильству є віктимність як здатність особистості набувати ознак жертви соціально небезпечного прояву. Вона включає соціальні риси (рольові характеристики і небезпечні поведінкові диспозиції), психічні (що належать до аномалій), моральні (інтеріорізація віктимогенних норм, віктимне самоусвідомлення) та фізичні ознаки, що обумовлюють сприйняття особистості як жертви. Ми підтримуємо думку, висловлену І. А. Хозраткуловою, що результатом взаємодії даних рис потенційної жертви є формування насильницької поведінки кривдника [4].

Звернімося до норм законодавства, згідно з якими домашнє насильство – «діяння (дії або бездіяльність) фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, а також *погрози вчинення таких діянь*». Примітно, що це визначення значно розширює спектр неправомірних діянь у порівнянні

із законом, що діяв до 2018 р. Зокрема, вилучена вказівка на обов'язковість порушення конституційних прав і свобод, а також ознака заподіяння шкоди. З урахуванням цього, вважаємо, що значно розширюються межі розуміння віктимної поведінки в ситуаціях домашнього насильства.

II. У нормі, яка є, на наш погляд, нормативним підґрунтям постановки питання про віктимологічну профілактику явища домашнього насильства – п. 5 ст. 1 Закону [1] – застосовано декілька психологічних понять. Зокрема, «запобігання домашньому насильству це система заходів, що здійснюються суб'єктами (перелік включає і громадян) та спрямовані на підвищення рівня *обізнаності* суспільства щодо форм, причин і наслідків домашнього насильства, формування *нетерпимого ставлення до насильницької моделі поведінки* у приватних стосунках, *небайдужого ставлення до постраждалих осіб*, викорінення *дискримінаційних уявлень про соціальні ролі та обов'язки жінок і чоловіків*, а також будь-яких звичаїв і традицій, що на них ґрунтуються». Поза сумнівом, психологічний тезаурус Закону свідчить про доцільність та необхідність застосовувати насамперед психопрофілактичні форми віктимологічного запобігання домашньому насильству. Психопрофілактичну роботу О. М. Джужа та А. О. Джужа розглядають як форму впливу на детермінанти віктимної поведінки на ранніх етапах появи проблем у жертв посягання. Ці дослідники визначають перелік (очевидно, не вичерпний) деяких форм здійснення психопрофілактичної роботи, що мають віктимологічне значення:

- 1) організація соціального середовища;
- 2) інформування громади,
- 3) активне навчання соціально значущим навичкам [5, с. 98].

Отже, вважаємо справедливим припущення, що результативність віктимологічного підходу перебуває у прямому кореляційному зв'язку з ефективним застосуванням насамперед психологічних методів.

III. У зв'язку з високим ступенем латентності віктимізації жінок, визначення її реального рівня є окремим практичним завданням. Результати наукових досліджень численних авторів та кримінологічна статистика дозволяють зробити висновок про більш високий рівень віктимізації серед жінок, які постраждали від насильства в сім'ї, ніж серед чоловіків. Обумовлено це не статевими, а перш за все гендерними відмінностями між жінками і чоловіками (у розумінні «гендеру» як соціальної, а не біологічної статі, набору соціокультурних якостей, які закріплені за чоловічою та жіночою соціальною поведінкою) [6, с. 133]. Законом на цій обставині концентрується особлива увага. Зокрема, тричі в Законі зустрічається констатація непропорційного впливу домашнього насильства на жінок і чоловіків. Ураховуючи це, зауважимо, що у джерелах поширені три підходи до питання урахування віктимності в системі детермінант домашнього насильства, а саме: гендерно-сенситивний підхід; гендерно-нейтральний підхід; гендерно-стереотипізований підхід [7, с. 121]. Інакше підходи до вивчення проблематики домашнього насильства формулює О. Д. Шинкаренко:

Соціокультурний підхід відсилає проблему до того комплексу соціальних структур, культурних норм і цінностей, які продукують певний тип соціальної чутливості суспільства, що породжуються, в основному, протилежністю гендерних ролей, уявленнями про те, якою в межах даної культури повинна бути поведінка чоловіка чи жінки. *Системний сімейний підхід* інтегрує основні концепції сімейної психотерапії. У рамках даного підходу сімейне насильство розглядається як дисфункція всієї системи, а не як наслідок індивідуальної психопатології ... Цей підхід піддається критиці з боку представників феміністичного напрямку, які вважають, що він...знімає вину за агресивний акт з правопорушника... У рамках *індивідуально-психологічного підходу* досліджуються особистісні риси правопорушника і жертви як фактори, що спричиняють віктимну поведінку чи поведінку насильства [8, с. 6].

IV. Традиційно у віктимології виділяють два види віктимності: 1) особистісний (властивість людини, яка виявляється у суб'єктивній здатності через власні психологічні особливості ставати постраждалими від певного виду правопорушень навіть тоді, коли була наявна можливість цього уникнути); 2) рольовий або загальний (сукупність рольових ознак життєдіяльності, що обумовлює небезпеку для їх носіїв). Як ми вважаємо, ефективній корекції підлягає насамперед особистісний вид віктимності [9, с. 121–125].

V. Обрання способів та методів девіктимізації безпосередньо залежить від типу особи, яка постраждала від домашнього насильства. Якщо звернутися до класифікації В. О. Тулякова, то це: 1) імпульсивні жертви (загальмованість реагування, нездатність чинити свідомий опір правопорушнику); 2) жертви з утилітарно-ситуативною активністю (рецидивні необачливі жертви); 3) настановні жертви (провокативна поведінка, істероїдні, агресивні способи реагування); 4) раціональні жертви (провокатори, що причетні до підготовки ситуації правопорушення); 5) жертви із ретретистською активністю (своім зовнішнім виглядом, пасивною поведінкою, стилем життя провокують правопорушника) [2, с. 10].

VI. Останнім часом є підстави говорити про розвиток нового напрямку досліджень – ризикології (М. М. Бабаєв), яка дає методологію аналізу ризикогенної обстановки, порядку управління ризиками [10, с. 109]. Цей напрям є цікавим у контексті визначення ризиконебезпечних груп з точки зору віктимології. Однією з проблем ризикологічного підходу є визначення типового портрету жертви домашнього насильства за різних умов, що, очевидно, зробити вкрай складно. Серед виявлених жертв є люди різної статі, віку, соціального походження, статку. Такі проблеми не оминають сім'ї з високим рівнем доходів та освіти [11]. У доповіді UNDP зазначено, що насильство щодо жінок, в тому числі побутове, має місце в усіх суспільствах, серед усіх соціально-економічних груп і на всіх рівнях освіти. Глобальний огляд, що проводився в 2013 р., показав, що проблема насильства стосується кожної третьої жінки (35 %). У деяких країнах цей відсоток сягає 70 % [12, с. 69].

Наприклад, у Сполучених Штатах в середньому кожну хвилину вчиняється домашнє насильство стосовно 20 осіб. Кожна третя жінка і кожен четвертий

чоловік в США хоча б раз в житті стає жертвою насильства з боку близької людини. За деякими даними, свого піку домашнє насильство досягає у першу неділю лютого під час Супербоула (як і під час деяких свят), коли по телебаченню демонструють фінальну гру за звання чемпіона Національної футбольної ліги США. Його аудиторія досягає 300 мільйонів чоловік. Останнім часом організатори Супербоула в перервах демонструють ролики, покликані привернути увагу до проблеми домашнього насильства [13].

Незважаючи на труднощі у визначенні груп ризику, дослідники солідарні у тому, що є певні категорії осіб, щодо яких існує висока ймовірність ризику віктимізації. Наприклад, найчастіше вважаються такими члени тоталітарних, домінаторних сімей або сімей, де вживають психоактивні речовини, або подружжя, для стосунків яких характерними є ревнощі. Оцінка ризиків може здійснюватися за різними методиками, серед яких добре відомі українським фахівцям, наприклад «Оцінка ризиків насильства в сім'ї (SARA)» Д. Сонкін або індикатори прихованих форм насильства (О. Кочемировська та ін.) або тест на вивлення психологічного насильства [14, с. 101, 104, 109–113]. Окремим практичним завданням у зв'язку з цим є верифікація результатів, отриманих за допомогою різних методик. Очевидно, слід подумати про стандартизацію апробованих методик в інтересах віктимологічної роботи.

VII. Дослідження віктимогенних чинників як елементу системи детермінації злочинності дозволить запобігти криміналізації некримінальних видів домашнього насильства, що є важливим кримінологічним завданням.

VIII. Надання реальної допомоги постраждалим від домашнього насильства сьогодні, за наявності в Україні мережі соціальної, психологічної допомоги та жіночих організацій, а також урахування створення інституційної системи, передбаченою Законом «Про запобігання та протидію домашньому насильству», вже не є такою проблемою, якою, можливо, була декілька років тому. Водночас не слід ігнорувати і можливості віктимологічних контрзаходів через найбільш доступні канали: спільноти у соціальних мережах, цілеспрямований вплив на молодих жінок з боку осіб, які належать до референтних для них груп. На наше переконання, віктиміність піддається корекції, результатом якої є девіктимізація (потенційних) жертв.

Висновки. Отже, своєчасною та актуальною є постановка питання про наукове обґрунтування запобігання домашньому насильству засобами віктимології. Формулюючи відповідні науково-практичні аргументи, ми виходимо з того, що оновлене у 2017 р. законодавство про запобігання домашньому насильству може стати основою для програмування корекції особистісного виду віктимності та заходів девіктимізації суб'єктів, яким притаманний рольовий вид віктимності.

При цьому *віктимність особи, яка постраждала від домашнього насильства*, ми визначаємо як інтегральну властивість особистості, яка характеризується низькою самооцінкою, непропорційно критичним ставленням до себе; підвищеним рівнем тривожності; низькою здатністю долати зовнішній тиск; помітною

установкою на безпорадність; такими поведінковими диспозиціями у сімейних відносинах, що керуються віктимними стереотипами.

Наведені міркування не вичерпують всіх аспектів даної проблеми, а є лише кроком до розробки програми, спрямованої на удосконалення системи запобігання домашньому насильству засобами віктимології. Перспективним напрямком наукових розвідок є теоретичне обґрунтування, розробка, та експериментальна перевірка цієї програми.

Список літератури:

1. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19> (дата звернення: 17.01.2019).
2. Туляков В. О. Вчення про жертву злочину: соціально-правові основи : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2001. 36 с.
3. Філіппов С. О. Корекція віктимності як умова запобігання насильству в сім'ї. *Зб. наук. праць Національної академії Державної прикордонної служби України*. 2006. № 36-2. С. 221–225.
4. Хозраткулова І. А. Педагогічні засади виявлення та подолання насилля у підлітковому середовищі : автореф. дис. ... канд. пед. наук : 13.00.05. Харків, 2003. 20 с.
5. Джужа О. М., Джужа А. О. Віктимологічне значення психопрофілактичної роботи. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 96–103.
6. Голіна В. В., Ємельянов В. П., Воднік В. Д. та ін. Кримінологічні проблеми попередження злочинності неповнолітніх у великому місті: досвід конкретно-соціологічного дослідження : монографія. Харків : Право, 2006. 292 с.
7. Бантишева О. О. Емоційний інтелект осіб юнацького віку, схильних до віктимної поведінки : дис. ... канд. психол. наук : 19.00.07, 19.00.05. Київ, 2017. 305 с.
8. Шинкаренко О. Д. Особистісні особливості жінок-жертв подружнього насильства (синдром побитої жінки) : автореф. дис... канд. психол. наук : 19.00.04. Київ, 2001. 20 с.
9. Філіппов С. О. Чинники віктимізації потерпілих від транскордонних кримінальних правопорушень. *Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України*. 2013. № 3. С. 29–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadps_2013_3_38 (дата звернення: 17.01.2019).
10. Бабаев М. М. Риски как компонент детерминационного комплекса преступности. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2018. № 1 (41). С. 104–109.
11. Голіна В. В., Головкін Б. М., Валуйська М. Ю. та ін. Віктимологія : навч. посіб. Харків : Право, 2017. 308 с.
12. Human Development Report 2015. UNDP. URL: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf (дата звернення: 17.01.2019).
13. Супер Боул 2015 объявляет войну домашнему насилию. Официальный канал ООН в You Tube. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=nPfhgfvMVk> (дата звернення: 17.01.2019).
14. Бондаровська В. М., Бордіян Я. І., Булах Л. В. та ін. Запобігання насильству в сім'ї у діяльності фахівців соціальної сфери : навч.-метод. посіб. Київ : ТОВ «Видавничий дім «КАЛИТА». 2014. 282 с.

References:

1. Pro zapobihannya ta protydiyuu domashnomu nasylystvu: Zakon Ukrayiny vid 07.12.2017 r. № 2229-VIII. (2017). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19>.
2. Tulyakov, V.O. (2001). Vchennya pro zhertvu zlochinu: sotsial'no-pravovi osnovy. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
3. Filippov, S.O. (2006). Korektsiya viktytnosti yak umova zapobihannya nasylystvu v sim'yi. *Zbirnyk naukovykh prats Natsionalnoi akademii Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy – Collection of scientific works of the National Academy of the State Border Guard Service of Ukraine, 36-2, 221–225* [in Ukrainian].

4. Khozratkulova, I.A. (2003). Pedahohichni zasady vyvavlennya ta podolannya nasyllya u pidlitkovomu seredovyshchi. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
5. Dzhuzha, O.M., Dzhuzha, A.O. (2015). Viktymolohichne znachennia psyhkoprofilaktychnoi roboty. *Yurydychnyy chasopys Natsionalnoi akademiyi vnutrishnikh sprav – Legal Journal of the National Academy of Internal Affairs*, 1, 96–103 [in Ukrainian].
6. Holina, V.V., Yemelianov, V.P., Vodnik, V.D. et al. (2006). Kryminolohichni problemy poperedzhennia zlochynnosti nepovnolitnikh u velykomu misti: dosvid konkretno-sotsiolohichnoho doslidzhennia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
7. Bantisheva, O.O. (2017). Emotsiyni intelekt osib yunatskoho viku, skhylnykh do viktymnoi povedinky. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
8. Shynkarenko, O. (2001). Osobystisni osoblyvosti zhinok-zhertv podruzhnogo nasylstva (syndrom pobytoi zhinky). *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
9. Filippov, S.O. (2013). Chynnyky viktymizatsii poterpilykh vid transkordonnykh kryminalnykh pravoporushen. *Visnyk Natsionalnoyi akademiyi Derzhavnoyi prykordonnoyi sluzhby Ukrayiny – Bulletin of the National Academy of the State Border Guard Service of Ukraine*, 3, 29–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadps_2013_3_38 [in Ukrainian].
10. Babayev, M.M. (2018). Riski kak komponent determinatsionnogo kompleksa prestupnosti. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD – Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs*, 1 (41), 104–109 [in Russian].
11. Holina, V.V., Holovkin, B.M., Valuiska, M.Yu. et al. (2017). Viktymolohiia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
12. Human Development Report 2015. UNDP. URL: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf/.
13. Super Bowl 2015 declares war on domestic violence. The official UN channel on YouTube. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=nPfhgfVMVk>.
14. Bondarovska, V.M., Bordiyan, Ya.I., Bulakh, L.V. et al. (2014). Zapobihannia nasylstvu v sim'i u diialnosti fakhivtsiv sotsialnoi sfery. Kyiv: TOV Vydavnychyy dim KALYTA [in Ukrainian].

Filippov S. O., PhD in Law, Associate Professor, Doctoral Candidate of the National Academy of the State Border Service of Ukraine, Ukraine, Khmelnytsky.
e-mail : stanislav.filippov@ukr.net ; nadpsu@i.ua ; ORCID 0000-0001-6700-4194

Victimological aspects of domestic violence prevention

The article substantiates the victimological approach to the problem of domestic violence prevention.

I. The system of concepts to describe the phenomenon of victimity (also referred to as “victimhood”) has been specified. The central concept of the system: *victim-like behavior of the person who has suffered from domestic violence* is an integral feature of personality, characterized by low self-esteem, disproportionately critical self-attitude; increased level of anxiety; low ability to overcome external pressure; a noticeable helplessness-focused mindset; behavioral dispositions in family relationships, guided by victim-like stereotypes. Other definitions:

1. *Victimity* - physical, psychological, moral and social features and characteristics of a person that have transformed or potentially lead to transformation of such person into a victim;

1.1. Personality victimity is a specific personal construct, realized in the guidelines and attributes of victim's personality;

1.2. General victimity depends on the social and role characteristics that transform a person into a victim;

2. *Victim propensity* is a set of features stipulated by social, psychological and other reasons that contribute to non-adaptive reaction style of the subject and lead to negative consequences for him/her, which consists in transforming a person into a victim.

3. *Victimization* – the process of victimity realization in dynamics;

4. *Victim-like behavior* – deviation from the rules of dangerous behavior, implemented in the

aggregate of social, psychological and moral manifestations of a personality, leading to the victim's role;

5. *Victimogenic factors (causes)* – objective circumstances formed directly before or during commission of an offense and not connected with victimity of a sufferer or his/her behavior.

A conclusion has been made about the expansion of the meaning of victim-like behavior in domestic violence situations, set in the Law “On domestic violence prevention and combating” compared with the definition given in the corresponding Law that had been in force earlier.

II. The assumption that the effectiveness of victimology is in direct correlation with the effective application of primarily psychological methods has been substantiated.

III. The comparison of scientific approaches to the study of the rates and causes of victimization among women affected by domestic violence (namely: socio-cultural approach, systemic family approach and individual-psychological approach) has been presented.

IV. The content of the main types of victimity – person-based and role-based (general) ones – has been specified. The opinion on the effectiveness of the person-based type of victimity correction has been expressed.

V. The issue of choosing the ways and methods of de-victimization is put into dependence on the type of person who had suffered from domestic violence.

VI. The conclusion has been made of the applicability of the new direction of research – so called “riskology” (risk analysis) – in victimological researches to identify the risk groups.

VII. A suggestion has been made to investigate victimogenic factors as an element of the domestic violence determination system.

VIII. It has been proposed to carry out the victimological countermeasures through the most accessible channels: social network groups, a purposeful influence on young women made by the members of their reference groups.

It has been emphasized that victimity is subject to correction, resulting in de-victimization of (potential) victims of domestic violence.

Keywords: victimology; victim; domestic violence; victim; riskology; devictimization.

Рекомендоване цитування: Філіпов С. О. Віктимологічні аспекти запобігання домашньому насильству. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 153–161. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155729>.

Suggested Citation: Filippov, S.O. (2019). Viktymolohichni aspekty zapobihannia domashnomu nasylystvu [Victimological aspects of domestic violence prevention]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 153–161*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155729> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 03.02.2019 р.



Nugroho Hibnu,
Professor, Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Grendeng-Purwokerto
e-mail: hibnunugroho@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.144.156068
UDC 342.841

GRATIFICATION PREVENTIVE MODEL FOR LAW ENFORCERS IN DISTRICT COURTS OF INDONESIA

Corruption act relentlessly evolves along with the changes of human behavior, one of which is gratification. At glimpse, gratification might be viewed differently from corruption act since in practice people commonly consider it as an expression of gratitude to state officers or authoritativeas decision makers. Gratification in court setting is intolerable regarding the court is the final destination for those who seek justice for what they experience in life. This paper discusses the concept of preventive models of gratification in district courts. This is a juridical study as it focuses its object on law. Emphasizing its study on the preventive models of gratification performed in the district courts, this applies juridical approach in broader sense along with the empirical approach. Specifically, this is an analytical descriptive study.

Keywords: prevention; gratification; District Court.

Хибне Нугрохо, професор, юридичний факультет, Університет ім. генерала Судірманна, Індонезія, м. Гренденг-Пурвокерто.
e-mail : hibnunugroho@gmail.com

Превентивна модель заохочення працівників окружних судів в Індонезії

Форми корупційних правопорушень, однією з яких є заохочення, постійно змінюються і залежать від моделей поведінки людини. На перший погляд заохочення може сприйматися не як корупційне діяння, оскільки на практиці люди зазвичай розглядають його як вираз подяки державним службовцям або посадовим особам, які ухвалюють відповідальні рішення. Проте в судовій практиці заохочення є неприпустимим, оскільки суд виступає останньою інстанцією для тих, хто чекає справедливого рішення щодо проблем, з якими вони стикаються у своєму житті, й останньою надією відновлення порушених прав чи отримання відповідної компенсації. У статті аналізується концепція використання превентивних моделей заохочення в окружних судах Індонезії. Основну увагу приділено дослідженню суто правових проблем заохочення працівників окружних судів, при цьому в основному застосовано емпіричний і теоретичний підходи, а саме дослідження має описовий характер. Наведені у статті пропозиції в цілому стосуються доброчесності суддів, яка має постійно підтримуватись, вивчатись і вдосконалюватись. Визнання й підтримання високого рівня доброчесності суддів є пріоритетним у роботі судових органів. Зроблено висновок,

що спроба вдосконалити судову систему, спрямована на усунення контактів між окремими сторонами судового процесу та суддями, не виявилась ефективною для запобігання і попередження заохочення як форми корупційного правопорушення.

Ключові слова: профілактика; заохочення; окружний суд.

Introduction. Judicial system in Indonesia is based on the amended 1945 Constitution, Article 24 (1) stating “The Judicial Power shall be independent and shall possess the power to organize the judiciary in order to enforce law and justice”. The judicial power in Indonesia is performed by a Supreme Court and judicial bodies underneath it in the form of public courts, religious affairs courts, military tribunals, state administrative courts and by a Constitutional Court.

The court institution is independent, free from any intervention. The court conducts judicial performance to enforce law and justice, thus, it puts the judges as the executors of judicial power even calls them as the God representative in earth. Corruption offenses undoubtedly bring about abominable impact on life facets since this crime always causes negative consequences.¹ One of the negative impacts of systemic corruption on the democratization and sustainable development is illegitimacy of democracy process by decreasing the public trust toward the public policy and disregarding the rule of law.

Corruption occurred among the law enforcers causes considerable impacts as those of economic and political field. Indonesia as the state of law puts Law as the main entity. Corruption done by the law enforcers then counteracts the public trust in a greater extent. On the other hand, the law will not run in accordance with the given regulation. The court which should have restored the damaged sense of justice among people cannot uphold justice due to the integrity loss of the law enforcers. The judge will be unfair and stand for those who give money. Finally, people will not be afraid of committing crime as long as they can buy the justice including the judge decision as he wishes.

Gratification is one of crimes which brings the equal impact as corruption crimes. The gratification occurred within the court recorded by the Judicial Commission from 2012 to 2017 stated that almost every year the judges were red-handed caught in an operation. During this period, out of 28 law enforcers arrested, 17 are judges including those who are in charge in corruption court.

The arise of corrupted behaviour within the law enforcers cannot be separated from either personal or environmental factors. The strict monitoring and the given regulations in court are still neglected by the perpetrators. As a law enforcer, a judge is granted a standard salary and sufficient facilities comparing to other officials to support their performance in serving law as well as preventing themselves from being involved in gratification. Nevertheless, the personality background, morality, mentality and environment significantly affect the judges personality.

Corruption Eradication Commission (KPK), an anti corruption institution idealizes what so-called National Integrity System. KPK believes that integrity is the key of all. The higher integrity a person has, the higher self prevention he has from

¹ BPKP. *Cause of Corruption*. Accessed on 11 March 2018. P. 4. URL: <http://www.transparansi.or.id>.

corruption and vice versa. Considering the high importance of integrity, it requires not only individual but also system and institution. The next question would be how the concept of preventive models of gratification conducted in the District Court.

Theoretical Concept. Criminal Judicial System is a system aimed to regulate criminal issues which disrupt social order and security which functions as an effort to control crime in a tolerable degree.¹ According to Mardjono Reksodipoetro² the objectives of the Criminal Judicial System is to prevent community from criminal victim; to solve criminal cases proportionally for legal assurance as well as to provide deterrent effect for the perpetrators.

To do so, a collaborative performance is required. The collaboration is carried out by the four law enforcers including police department, office of the prosecution, court and correctional facilities. Further, he added that if is not achieved, the following might happen:

“1. Difficulties in measuring the self achievement and failure in each institution dealing with their shared duty;

2. Difficulties in solving their own main problems (as a sub system of the criminal judicial system);

3. Since it is on each institution responsibility, the whole effectiveness of the criminal judicial system is ignored”.³

Corruption offense constantly shifts along with the changes of human behavior, one of which is gratification. At glance, gratification might be viewed differently from corruption since in practice people commonly consider it as an expression of gratitude to state officers or authoritative decision makers.

Basically, receiving gratification is not a crime. Black’s Law Dictionary defines gratification as “*a voluntarily given reward or recompense for a service or benefit; a gratuity.*” Moreover, in the explanation of Article 12 B (1) of Law No. 31 Year 1999 of Law No. 20 Year 2001 on the Corruption Eradication (Corruption Law), gratification is defined as:

“payment or gifts in broad sense including money, goods, discount, recompense, interest-free loan, travel ticket, lodging, tour, free medicine, and other facilities. The gratification includes the one received either at home or from abroad and the ones done with or without using electronic devices”.

The change of gratification meaning⁴ to civil servants or state apparatus cannot be separated from the development of Indonesian people. Koentjaraningrat explained the characteristics and traits of Indonesian community after independence which affect on the acknowledgement of new norms in the community. Indonesian community have been accustomed to being inferior before colonials which causes resistance toward the given regulations. The developing patterns of behaviour are as follows:

¹ Abdussalam & DPM Sitompul, 2007. *Criminal Justice System*, Jakarta: Restu Agung. P. 4.

² Nyoman Serikat Putrajaya, 2007. *Criminal Justice System*. Course Module of Master of Law, UNDIP, Semarang. P. 11.

³ Ibid. P. 13.

⁴ Laola Easter et al. 2014, *Study of the Application of Gratification Articles which are considered bribes in the Corruption Law*. Jakarta: ICW. P. 11.

a) unawareness on meaning and quality; b) attitude to achieve something instantly/ result-based effort rather than process-based effort; c) irresponsibility; d) apathetic and sceptic.

Gratification crime to state apparatus is governed in the provision of Article 12 B of Law No. 20 Year 2001. Gratification is defined as payment or gifts in broad sense including money, goods, discount, recompense, interest-free loan, travel ticket, lodging, tour, free medicine, and other facilities. The gratification includes the one received either at home or from abroad and the ones done with or without using electronic devices. The provision states as follows:

“Any gratification for a civil servant or state apparatus shall be considered as a bribe when it has something to do with his/her position and is against his/her obligation or task”.

Based on this law, gratification is categorized into:

1. Gifts in form of goods and money as gratuity;
2. Reward or donation on a marriage of the state apparatus' son or daughter by the partnership of work.
3. The travel ticket given to the state apparatus and family for personal business for free.
4. Discount given by the partnership to the state apparatus for a good or service purchase.
5. An interest-free loan to the state apparatus by the partnership.
6. Pilgrimage fund for the state apparatus by the partnership.
7. A birthday gift or any other personal occasion by the partnership.
8. Souvenirs given at religious holidays by the partnership or his subordinates.

All those rewards are considered as gratification if there is a partnership or institutional relation between the giver and the state apparatus and/or solely related to the position of the apparatus.

The reward given to the civil servant aimed to ease an agreement with the government commonly occurs in terms of goods and service procurement. In this case, the giver will take advantages of the agreed project. Therefore, the gift in this context cannot be defined merely as a reward since there is an expectation for a larger benefits given by the civil servant who has authority for his or her position.

Corruption offenses and gratification are commonly perceived as beyond the law crime since it involves high level economy offenders and high level bureaucratic, either economic bureaucrat or government. Consequently, it takes much effort to prove. Moreover, an attempt of corruption eradication is frequently hampered by the conflict of bureaucrat interest who might involve in the crime. Needless to say then the corruption offense is beyond the law and untouchable by the law.¹

¹ Margareth Carla Rampengan, *The function of the BPK Audit Report in the Corruption Case*. Available at <http://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexcrimen/article/download/1575/1267>. Accessed on, 10 June 2018.

Methodology. It is a juridical study by taking law as the object.¹ Since the focus of the research is a preventive model on corruption and gratification carried out in District Courts, it applies juridical in broad sense by employing empirical method.² Further, it is descriptive analytical study as it attempts to describe facts in the effort of preventing corruption and gratification offenses performed within the District Courts along with the obstacles that finally explains the application of a more comprehensive preventive system in the District Courts.

The data in this research include primary and secondary data. The primary data are in the form of verbal information gathered from the selected informants while the secondary data involve law and regulation which deal with the prevention of corruption and gratification crimes in the District Prosecution and other relevant sources. Informants in this research involve judges and deputy registrar on the District Court of Purwokerto and Purbalingga Central Java. Besides, it requires input from other law enforcers as well as legal experts. From the key informants, the data gathering was developed through snowballing which means that the information keeps expanding until no more new information found. This research takes place in legal area of the District Court of Purwokerto and Purbalingga.

Technique of data collection in this research is carried out depending on the type of data. The primary data are gathered through interview with judges of the District Court of Purwokerto and Purbalingga while the secondary data are obtained from observing document and other relevant sources within the legal area of the District Court of Purwokerto and Purbalingga.

The analysis is done by qualitative descriptive and content analysis by making use of law interpretation, law principles and theories of law. The descriptive qualitative analysis is employed to find out the methods to prevent corruption and gratification offenses occurred in District Courts as well as the solution.

Findings. Gratification crime to state apparatus is governed in the provision of Article 12 B of Law No. 20 Year 2001. Gratification is defined as payment or gifts in broad sense including money, goods, discount, recompense, interest-free loan, travel ticket, lodging, tour, free medicine, and other facilities. The gratification includes the one received either at home or from abroad and the ones done with or without using electronic devices. The provision states as follows:

“Any gratification for a civil servant or state apparatus shall be considered as a bribe when it has something to do with his/her position and is against his/her obligation or task”.

The Corruption Law categorizes gift or gratification into eight categories: (1) Gifts in form of goods and money as gratuity; (2) Reward or donation on a

¹ Barda Nawawi Arief, September 1995, *Normative Law Research (An Understanding Reorientation Effort)*, MPIH Upgradingin Unsoed Purwokerto, 11-15 September 1995.

² Sudarto, 1981, *Law and Cūnal Law*, Bandung, Alumni, P. 13.

Juridical method itself can be viewed from either broad or narrow sense, the use of method which only sees the logical and systematical relation in a whole norm set is called juridical method in narrow sense while it does not only see the relation within the norm sets but also the social effect and the importance of community background, then it is the juridical method in broad sense.

marriage of the state apparatus' son or daughter by the partnership of work; (3) The travel ticket given to the state apparatus and family for personal business for free; (4) Discount given by the partnership to the state apparatus for a good or service purchase; (5) An interest-free loan to the state apparatus by the partnership; (6) Pilgrimage fund for the state apparatus by the partnership; (7) A birthday gift or any other personal occasion by the partnership; and (8) Souvenirs given at religious holidays by the partnership or his subordinates.

All those rewards are considered as gratification if there is a partnership or institutional relation between the giver and the state apparatus and/or solely related to the position of the apparatus.

Judges as one of the law enforcers must have high integrity, as stated by the president of Indonesia, Joko Widodo in his speech on the CPNS briefing of judges candidates within Supreme Court of Republic of Indonesia 2018. He explained that a judge must uphold honesty and integrity throughout his or her career, as a role model for other professions since Indonesian people expect the judges candidates to be a fair, professional, high integrity and dignity and justice serving model. By doing so, it is expected that they provide strong foundation for the accelerated development as well as improve social justice for the whole people of Indonesia.¹

Integrity for a judge is one of the judge codes of conduct worldwide as in *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. This is an unquestioning thing a judge must have as the key to open justice for the people as promised in the 1945 Constitution. However, nowadays, Indonesian judges suffered from integrity crisis indicated by the widespread misconduct performed by judges and several judges red-handed caught in corruption cases.²

The Supreme Court as an institution responsible for supervising the judges behaviour has issued the Supreme Court Regulation No. 8 Year 2016 on the Monitoring and Guidance of Direct Supervisor in the Environment of the Supreme Court and Judicial Bodies underneath. In the regulation, it is stated that monitoring is necessarily conducted by the direct supervisor of the judges to prevent them from misconduct on their duty or violation of court officers. This guidance shall be consistently carried out for the effective result.

In the theory of Legal System by Lawrence Meir Friedman,³ there are four key elements of the legal system determining the success or failure of a law and regulation. These are (1) Legal Structure; (2) Legal Substance; (3) Legal Culture and (4) Legal Impact.

In implementing gratification prevention in court institution, the element of legal structure and legal substance has been well applied. The supervising performed based on the applicable regulation should have made the judges avoid gratification. Yet, the gratification persists.

¹ <https://nasional.sindonews.com/read/1283930/13/presiden-jokowi-minta-calon-hakim-pegang-teguh-kejujuran-1519197511>. Wednesday, 21 February 2018. Accessed on 22 October 2018.

² Siti Nurhalimah, 2017, *Integrity of Judges in Indonesia*. Buletin Hukum dan Keadilan, Volume 1 No. 8, February 2017. Jakarta : UIN Syarif Hidayatullah. P. 1.

³ Lawrence M. Friedman, 2011, *Social Sciences Perspective Law System*. Bandung: Nusa Media. P. 5.

Dealing with Legal Culture, it is known there is a close relation among people as a justice seeker, judges, court officers, prosecutor, and advocates. Each element has their own interest. From the interview with an advocate, it reveals that advocate play a dominant role in a trial since it is commonly found that the advocate has an emotional bound with judges, registrar and court officers. This closeness tends to be misused for gratification. From 2005 to the early 2018, there are 22 advocates involved in bribery case. This number keeps increasing counted up to the end of 2018 following some recent Red Handed Operation of Judges in some District Court.

In Legal Impact perspective, how a legal product brings impact on the society is closely related to the purpose of a sanction imposed and to what extent the decision makers are consequent in passing the verdict.

In handling ethic violation and major crimes, it is commonly seen a conflict of interest between the Supreme Court and the Judicial Commission. It seems that the Supreme Court is reluctant to consider Judicial Commission suggestion. It will surely put the Supreme Court in difficulty for its selfishness.

The judge contribution as a law enforcer shall have been in accordance with the legal objectives, that is, to represent the people justice. The judge's crown is a verdict which is always initiated by the utterance "Based on the Belief in the One and Only God" implying what is decided in the verdict truly upholds honesty and the given facts during the trial, to which a judge passes a verdict refer.

Conclusion and Suggestion. The Supreme Court as an institution which is responsible as the highest supervisor of the judicial implementation constantly attempts to perform monitoring and issuing regulation on the monitoring as stated in the Regulation of Supreme Court No. 8 Year 2016 on the Monitoring and Guidance of Direct Supervisor in the Environment of the Supreme Court and Judicial Bodies underneath. In addition, as a profession, a judge has a code of conduct as stipulated in the Shared Decision of Chief of Supreme Court of Republic of Indonesia and Chief of Judicial Commission of Republic of Indonesia Number: 047/KMA/SKB/IV/2009 – 02 SKB/P.KY/IV/2009 on the Code of Conduct and Guidance of Judges governing ten principles of Judges Conduct. In supervising, the state judges mandate Constitutional Court to act as an external supervisor for the judges as governed by Law No. 18 Year 2011, the supervising includes monitoring the judges conduct; receiving complaint of community concerning about ethical violation; verifying, clarifying and investigating on the report of allegedly ethical misconduct; and take any measure toward individual, group or legal bodies who defame the judge dignity. The supervising the Constitutional Court is external while the Supreme Court is internal. Both internal and external supervising have been complementary yet the synchronization cannot be well implemented due to the sectoral interest of the Supreme Court.

The suggestions proposed in this research are the continuous improvement of judge integrity since it should be persistently maintained, trained and improved. Establishing a high integrity environment shall be the priority among judicial bodies. In addition, the attempt for system improvement aimed to eliminate contact between

particular party and judges has not proved effectively to prevent gratification. Thus, formal approaches without a mental revolution among judges would be far from effective to implement.

References:

1. Abdussalam & DPM Sitompul, 2007, *Criminal Justice System*, Jakarta: Restu Agung. P. 4.
2. BPKP (<http://www.transparansi.or.id>). *Course Of Corruption*. Accessed on 11 March 2018.
3. Arief, Barda Nawawi. September 1995, *Normative Law Research (An Understanding Reorientation Effort)*, MPIH Upgradingin Unsoed Purwokerto, 11-15 September 1995.
4. Easter, Laola et al. 2014, *Study of the Application of Gratification Articles which are considered bribes in the Corruption Law*. Jakarta: ICW. P. 11.
5. Friedman, Lawrence M. 2011. *Social Sciences Perspective Law System*. Bandung: Nusa Media. P. 5.
6. Nurhalimah, Siti. 2017, *Integrity of Judges in Indonesia*. Buletin Hukum dan Keadilan, Volume 1 No. 8, February 2017. Jakarta: UIN Syarif Hidayatullah. P. 1.
7. Putrajaya, Nyoman Serikat. 2007. *Criminal Justice System*. Course Module of Master of Law, UNIP, Semarang. P.11.
8. URL: <https://nasional.sindonews.com/read/1283930/13/presiden-jokowi-minta-calon-hakim-pegang-teguh-kejujuran-1519197511> Wednesday, 21 February 2018. Accessed on 22 October 2018.
9. Rampengan, Margareth Carla. *The function of the BPK Audit Report in the Corruption Case*. URL: <http://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexcrimen/article/download/1575/1267>. Accessed on, 10 June 2018.
10. Sudarto, 1981. *Law and Ciinal Law*, Bandung, Alumni, P. 13.

Нугрохо Хибну, профессор, юридический факультет, Университет им. генерала Судирмана, Индонезия, г. Гренденг-Пурwokerto.
e-mail : hibnunugroho@gmail.com

Превентивная модель поощрения работников окружных судов в Индонезии

Формы коррупционных правонарушений постоянно меняются и зависят от моделей поведения человека, одной из которых является поощрение. На первый взгляд поощрение может восприниматься не как коррупционное деяние, поскольку на практике люди обычно рассматривают его как выражение благодарности государственным служащим или должностным лицам, которые принимают ответственные решения. Однако в судебной практике поощрение недопустимо, поскольку суд выступает последней инстанцией для тех, кто ожидает справедливого решения проблем, с которыми они сталкиваются в своей жизни, и последней надеждой восстановления нарушенных прав или получения соответствующей компенсации. В статье анализируется концепция использования превентивных моделей поощрения в окружных судах Индонезии. Основное внимание уделено исследованию правовых проблем поощрения работников окружных судов, при этом использованы эмпирический и теоретический подходы. Предложения автора в целом касаются честности судей, которая должна постоянно поддерживаться, изучаться и совершенствоваться.

Ключевые слова: профилактика; вознаграждение; окружной суд.

Рекомендоване цитування: Nugroho Hibnu. Gratification preventive model for law enforcers In district courts of Indonesia. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 162–169. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156068>.

Suggested Citation: Nugroho Hibnu. (2019). Gratification preventive model for law enforcers In district courts of Indonesia. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 162–169*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.156068> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 14.01.2019 р.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Капліна Оксана Володимирівна,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінального процесу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: o-kaplina@ukr.net
ORCID 0000-0002-3654-673X

doi: 10.21564/2414–990x.144.155593
УДК 343.13:336.5

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА РОЗПОДІЛУ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Досліджуються питання визначення та розподілу судових витрат у кримінальному провадженні. На підставі проведеного узагальнення судової практики зроблено висновок про відсутність єдності у підходах до визначення видів процесуальних витрат у кримінальному провадженні, віднесення судового збору до судових витрат у кримінальному провадженні. Проаналізовано термінологію, що використовується у кримінальному процесуальному та цивільному процесуальному законодавстві. Констатовано недоцільність отождошення понять «процесуальні витрати» та «судові витрати», адже останні є поняттям більш широким, ніж «процесуальні витрати», оскільки у цивільному судочинстві судові витрати включають в себе судовий збір та витрати, пов'язані з розглядом справи. Зроблено висновок про недоцільність справляння судового збору з потерпілого, який пред'являє до обвинуваченого цивільний позов у кримінальному провадженні, а відтак стягнення з обвинуваченого судового збору як процесуальних витрат.

Ключові слова: цивільний позов у кримінальному провадженні; процесуальні витрати; види процесуальних витрат; розподіл процесуальних витрат у кримінальному провадженні; судовий збір.

Капліна О. В., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой уголовного процесса, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : o-kaplina@ukr.net ; ORCID 0000-0002-3654-673X

Проблемы определения и распределения процессуальных издержек в уголовном производстве

Исследуются вопросы определения и распределения судебных расходов в ходе уголовного производства. На основании обобщения судебной практики сделан вывод об отсутствии един-

ства в подходах к определению видов процессуальных издержек в уголовном процессе, отнесении судебного сбора к судебным издержкам. Проанализирована терминология, используемая в уголовном процессуальном и гражданском процессуальном законодательстве. Констатируется нецелесообразность отождествления понятий «процессуальные расходы» и «судебные расходы» в связи с тем, что последние являются более широким понятием, поскольку в гражданском судопроизводстве судебные издержки включают в себя судебный сбор и расходы, связанные с рассмотрением дела. Сделан вывод о нецелесообразности взимания судебного сбора с потерпевшего, предъявляющего к обвиняемому гражданский иск в уголовном производстве, а в связи с этим и взыскание с обвиняемого судебного сбора как процессуальной издержки.

Ключевые слова: гражданский иск в уголовном производстве; процессуальные издержки; виды процессуальных издержек; распределение процессуальных издержек в уголовном производстве; судебный сбор.

Постановка проблеми. Останнім часом в юридичній літературі виникла дискусія з приводу процесуальних витрат, які існують у кримінальному провадженні. Ця дискусія породжена відсутністю єдності правозастосовної практики, що склалася у вітчизняному кримінальному процесі. Відомо, що ст. 118 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) встановлює види процесуальних витрат, які складаються з: 1) витрат на правову допомогу; 2) витрат, пов'язаних із прибуттям до місця досудового розслідування або судового провадження; 3) витрат, пов'язаних із залученням потерпілих, свідків, спеціалістів, перекладачів та експертів; 4) витрат, пов'язаних із зберіганням і пересиланням речей і документів. Розподіл процесуальних витрат, визначення їх розміру та вирішення питання щодо них здійснюється судом під час ухвалення вироку відповідно до вимог статей 124-126 КПК України. Однак у деяких випадках з обвинувачених стягується судовий збір, який сплатили цивільні позивачі під час пред'явлення цивільного позову у кримінальному провадженні. Серед суддів немає одностайності щодо стягнення з обвинуваченого (засудженого) судового збору при вирішенні цивільного позову під час ухвалення вироку, тому й правозастосовна практика далека від одноманітності. Так, колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду у постанові від 8 лютого 2018 р. (справа № 182/2766/16-к) визнала правомірним стягнення із засудженого судового збору на користь держави. Мотивуючи позицію, Суд зазначив, що ст. 1 Закону № 3674-VI «Про судовий збір» установлено, що судовий збір включається до судових витрат. Оскільки питання про розмір та порядок розподілу судових витрат чинним КПК України не врегульовано, то до них застосовуються норми Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Суд констатував, що за змістом ч. 3 ст. 88 ЦПК України, якщо потерпілого, який подає позов, звільнено від сплати судового збору, то такий збір стягується з обвинуваченого в дохід держави [1].

Інша колегія суддів цієї ж судової палати Верховного Суду не погодилась із наведеною позицією і у своєму рішенні від 13 листопада 2018 р. (справа № 187/291/17) зазначила, що відповідно до пунктів 2, 6 ч. 1 ст. 5 Закону № 3674-VI «Про судовий збір» стягнення з обвинуваченого на користь держави судового збору є неправомірним [2].

Отже, очевидною є відсутність єдності правозастосовної практики та правових підходів суддів до вирішення проблем застосування статей 118, 124, 128 КПК України у їх взаємозв'язку з положеннями статей 88 і 141 ЦПК України та статей 1, 5 Закону України «Про судовий збір», що обумовлює **актуальність** напрацювання доктринальних підходів до усвідомлення сутності процесуальних витрат у кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Не можна стверджувати, що проблеми, пов'язані з процесуальними витратами у кримінальному провадженні, залишалися поза увагою науковців. Зокрема, ця проблематика розглядалася у працях С. В. Бажанова (S. V. Bazhanov), І. О. Барсукова (I. O. Barsukov), В. П. Бож'єва (V. P. Bozh'iev), В. М. Демідова (V. M. Demidov), В. Т. Маляренка (V. T. Maliarenko), Н. А. Марцінкевич (N. A. Martsynkevych), К. М. Омелянова (K. M. Omelianov), П. Ф. Пилипчука (P. F. Pylypchuk), В. Т. Томіна (V. T. Tomin) та ін. Особливо слід відзначити внесок в розробку окреслених проблем вітчизняних вчених львівської школи кримінального процесуального права В. Т. Нора (V. T. Nor), В. П. Бойка (V. P. Boiko), А. А. Павлишина (A. A. Pavlyshyn), Н. І. Поліщак (N. I. Polishchak) [Див: 3; 6]. Разом із тим більшість досліджень вітчизняних авторів були здійснені до набуття чинності нового КПК України. У тих наукових працях, що базуються на нормах нового КПК України, проблема, що постала зараз перед правозастосовною практикою, не підіймалася.

Мета статті полягає у з'ясуванні правової природи процесуальних витрат у кримінальному провадженні; вирішенні проблеми нормативного регулювання цих витрат та їх розподілу під час ухвалення вироку; знаходженні відповіді на питання про те, чи є перелік видів процесуальних витрат, визначених ст. 118 КПК України, вичерпним; чи можна вважати, що ст. 124 КПК України не врегульовано питання розподілу процесуальних витрат у кримінальному провадженні та чи підлягає стягненню з обвинуваченого судовий збір на користь держави на підставі ч. 3 ст. 88 ЦПК України або ч. 6 ст. 141 ЦПК при вирішенні цивільного позову у межах кримінального провадження; чи можна включити судовий збір, передбачений Законом України «Про судовий збір» для позовних заяв про відшкодування шкоди, до процесуальних витрат у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж намагатися дати відповідь на проблемні питання, окреслені вище, слід звернутися до термінології, що використовується в законодавстві, доктрині та у правозастосовній практиці. Зокрема, йдеться про словосполучення, які постійно використовуються практиками «процесуальні витрати», «судові витрати», «процесуальні (судові) витрати». Слід зазначити, що іноді процесуальні витрати ототожнюються з судовими витратами. Зокрема, в рішеннях судів під час застосування ст. 124 КПК України «Розподіл процесуальних витрат» судді вирішують питання про розподіл судових витрат або можна побачити використання в судових рішеннях словосполучення «процесуальні (судові) витрати». Між тим відомо, що дужки використовуються у будь-якому тексті (в тому числі й у нормативно-правових актах, у судових рішеннях) для позначення меж синтаксичної конструкції, що

вводиться в речення для доповнення, пояснення його членів або всього речення в цілому; в разі необхідності додатково роз'яснити зміст терміна. Способи такого роз'яснення можуть бути найрізноманітнішими. Наприклад, у дужках указуються видові відмінності, що входять у родові поняття; вони можуть використовуватися для побудови норми права в економічній, з точки зору використання мовних засобів, формі. Дужки ставляться для введення в текст законодавчого акта нового поняття. За допомогою дужок може конкретизуватися поняття, позначуване терміном, який має іншомовний аналог. Дужки застосовуються в тексті законодавчого акта для внутрішніх посилань на статті цього акта або на статті іншого законодавчого акта. У дужках також можуть указуватися деталі терміна, його характерні ознаки, уточнення, аналоги. Отже, використання уточнення терміна, яке подається поряд з ним в дужках, найчастіше свідчить, що вказані слова можуть тлумачитися правозастосовниками як синоніми [Див.: 4, с. 185–187]. Проте «процесуальні витрати» та «судові витрати» – це різні за своєю сутністю терміни, у зв'язку з чим використання словосполучення «процесуальні (судові) витрати» є некоректним та таким, що не слід використовувати у судових рішеннях під час вирішення питання про розподіл процесуальних витрат у кримінальному провадженні. Можна припустити, що така плутанина виникла після прийняття нового КПК України, адже Кримінальний процесуальний кодекс України 1961 р. використовував саме словосполучення «судові витрати» (ст. 91) [5], проте такі зміни у законодавстві не повинні впливати на правосвідомість правозастосовників під час застосування норм чинного кримінального процесуального законодавства та позначатися на правах та законних інтересах осіб, що беруть участь у кримінальному провадженні.

Кримінальний процесуальний закон оперує терміном «процесуальні витрати». Як було зазначено вище, відповідно до ст. 118 КПК України процесуальні витрати складаються із: 1) витрат на правову допомогу; 2) витрат, пов'язаних із прибуттям до місця досудового розслідування або судового провадження; 3) витрат, пов'язаних із залученням потерпілих, свідків, спеціалістів, перекладачів та експертів; 4) витрат, пов'язаних із зберіганням і пересиланням речей і документів.

Крім того, до процесуальних витрат також належать витрати, що виникли на території України у зв'язку з вирішенням питання про видачу особи, а також витрати, що виникли у зв'язку із транзитним перевезенням через територію іншої держави особи, яка видається Україні (ст. 594 КПК).

Звернення до кримінального процесуального законодавства дає підстави зробити висновок, що виходячи з лексико-граматичного, логічного та системного тлумачення статей 118-126, 594 КПК можна стверджувати: 1) у кримінальному процесуальному законодавстві передбачені лише *процесуальні витрати*; 2) перелік процесуальних витрат є вичерпним та відсутні будь-які альтернативи або відсилання до інших норм права; 3) інших видів витрат, в тому числі «судових», чинним кримінальним процесуальним законодавством не передбачено; 4) кримінальне процесуальне законодавство не оперує терміном

«судові витрати»; 5) виходячи з лексико-граматичного та логічного способів тлумачення, отожднення двох термінів – «процесуальні витрати» та «судові витрати» – є некоректним і здатне дезорієнтувати правозастосовників.

КПК України не містить визначення поняття кримінальних процесуальних витрат. Воно розроблено наукою кримінального процесу. Зокрема, Н. І. Поліщак розглядає процесуальні витрати як передбачені кримінальним процесуальним законодавством витрати, пов'язані із здійсненням кримінального провадження, понесені органами досудового розслідування, прокуратури і суду та іншими учасниками кримінального провадження, які підлягають відшкодуванню за рахунок коштів державного бюджету або стягуються з осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального правопорушення, за рішенням суду [6, с. 11, 175–176].

Більш деталізоване (та, як на наш погляд, складне) визначення розробила Н. А. Марцінкевич. Дослідниця зазначає, що процесуальні витрати – грошові суми, витрачені державою під час майнових відносин у зв'язку з придбанням предметів і засобів праці або забезпеченням майнових прав осіб, які не належать або не відносяться до органів, які ведуть кримінальний процес, а спеціально придбані або запрошені з метою провадження у конкретній кримінальній справі, та які підлягають відшкодуванню за рахунок коштів перерахованих в законі учасників кримінального процесу з метою компенсації державі частини понесених витрат чи відносяться в передбачених законом випадках на рахунок держави [7, с. 5].

Отже, з доктринальних уявлень та зі змісту ст. 118 КПК можна зробити висновок, що процесуальні витрати – це передбачені кримінальним процесуальним законом затрати, пов'язані із здійсненням кримінального провадження, що несе держава або особи, які залучаються до участі у кримінальному провадженні, та які стягуються у разі ухвалення обвинувального вироку з обвинуваченого на користь держави, та/або на користь потерпілого, або компенсуються потерпілому за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом для компенсації шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Зрозуміло, що витрати держави на здійснення кримінального провадження значно більше, ніж ті процесуальні витрати, що стягуються з обвинуваченого. Учені навіть намагалися підрахувати вартість кримінального провадження [8], однак компенсуються лише ті витрати, які законодавець вважає за необхідне компенсувати. Переважно це витрати, що пов'язані із залученням до участі у кримінальному провадженні адвокатів, потерпілих, свідків, спеціалістів, перекладачів та експертів.

Правила розподілу процесуальних витрат у кримінальному провадженні врегульовано ст. 124 КПК України, відповідно до якої у разі ухвалення обвинувального вироку суд стягує з обвинуваченого на користь потерпілого всі здійснені ним документально підтверджені процесуальні витрати. За відсутності в обвинуваченого коштів, достатніх для відшкодування зазначених витрат, вони компенсуються потерпілому за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом для компенсації шкоди, завда-

ної кримінальним правопорушенням. У разі ухвалення обвинувального вироку суд стягує з обвинуваченого на користь держави документально підтвержені витрати на залучення експерта.

На відміну від КПК України Цивільним процесуальним кодексом України встановлені саме *судові витрати* (ст. 133 ЦПК України). Залежно від призначення у цивільному судочинстві судові витрати поділяються на дві групи: 1) судовий збір; 2) витрати, пов'язані з розглядом справи (по суті це і є процесуальні витрати). Отже, поняття «судові витрати» більш широке, ніж «процесуальні витрати».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про судовий збір» [9] судовий збір – збір, що справляється на всій території України за подання заяв, скарг до суду, за видачу судами документів, а також у разі ухвалення окремих судових рішень, передбачених цим Законом. Судовий збір включається до складу судових витрат. Ставки судового збору, порядок його сплати, повернення і звільнення від сплати встановлюються Законом України «Про судовий збір»

До витрат, *пов'язаних з розглядом справи*, належать витрати: 1) на професійну правничу допомогу; 2) пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів, експертів та проведенням експертизи; 3) пов'язані з витребуванням доказів, проведенням огляду доказів за їх місцезнаходженням, забезпеченням доказів; 4) пов'язані з вчиненням інших процесуальних дій, необхідних для розгляду справи або підготовки до її розгляду.

Соціальне призначення кримінального судочинства обумовлює його публічно-правову природу, саме тому у кримінальному судочинстві не передбачене стягнення судового збору за подачу заяви про вчинення злочину заявником (статті 60, 214 КПК), потерпілим про вчинення щодо нього кримінального правопорушення (ст. 55 КПК), за пред'явлення цивільного позову до підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні (ст. 128 КПК) тощо. Витрати, пов'язані зі здійсненням досудового розслідування, судового розгляду кримінального провадження, за винятком процесуальних витрат, передбачених п. 1-3 ст. 118 КПК, здійснюються за рахунок держави.

Норми Закону України «Про судовий збір» не є джерелом кримінального процесуального законодавства. На підтвердження саме такої позиції можна навести положення зазначеного Закону, який у ст. 3 передбачає: Судовий збір справляється: 1) за подання до суду позовної заяви та іншої заяви, передбаченої процесуальним законодавством; 2) за подання до суду апеляційної і касаційної скарги на судові рішення, заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами, заяви про скасування рішення третейського суду, заяви про видачу виконавчого документа на примусове виконання рішення третейського суду та заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України; 3) за видачу судами документів; 4) у разі ухвалення судового рішення, передбаченого цим Законом.

Буквальне тлумачення абз.1 ч 1 ст. 3 наведеного Закону дає підстави стверджувати, що судовий збір справляється за «*позовні заяви та інші заяви, передба-*

чені процесуальним законодавством». Між тим відомо, що відповідно до вимог ст. 128 КПК України «Особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, має право під час кримінального провадження до початку судового розгляду пред'явити *цивільний позов* до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння». Тобто процесуальним документом, який ініціює відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, є *цивільний позов*.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про судовий збір» «Пільги щодо сплати судового збору»: «1. Від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях звільняються: ... 6) *позивачі* – у справах про відшкодування матеріальних збитків, завданих внаслідок вчинення кримінального правопорушення...».

Як відомо, фізична особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової шкоди, та яка в порядку, встановленому цим Кодексом, пред'явила цивільний позов, набуває у кримінальному провадженні статусу *цивільного позивача* (ст. 61 КПК України).

Щодо положення ч. 5 ст. 128 КПК України, якою встановлено, що якщо процесуальні відносини, що виникли у зв'язку з цивільним позовом, КПК України не врегульовані, до них застосовуються норми ЦПК України за умови, що вони не суперечать засадам кримінального судочинства, можна зазначити наступне. При тлумаченні наведеної норми права логічний акцент доцільно зробити на два моменти:

1) норми КПК дозволяють субсидіарне застосування норм цивільного процесуального законодавства у разі, якщо КПК України не врегульовані *процесуальні відносини*. Тобто не врегульованими є моменти, пов'язані з рухом цивільного позову, зокрема, щодо його змісту та реквізитів, відмови від цивільного позову, зміни цивільного позову тощо.

2) субсидіарне застосування норм цивільного процесуального законодавства у разі, якщо КПК України не врегульовані процесуальні відносини, дозволяється, якщо це не суперечить засадам кримінального судочинства. Справляння судового збору за пред'явлення цивільного позову у кримінальному судочинстві, яке прямо не передбачене кримінальним процесуальним законодавством, суперечить насамперед таким засадам кримінального провадження, як законність та публічність.

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід указати, що кримінальне процесуальне законодавство оперує поняттям «процесуальні витрати» та не передбачає терміна «судові витрати». Перелік процесуальних витрат, що міститься у ст. 118 КПК України, є вичерпним. Виходячи з лексико-граматичного та логічного способів тлумачення, у кримінальному процесі ототожнення двох термінів –

«процесуальні витрати» та «судові витрати» – є некоректним і дезорієнтує правозастосовників. На відміну від кримінального процесуального законодавства ЦПК України встановлені *судові витрати* (ст. 133 ЦПК України), які залежно від призначення поділяються на дві групи: 1) судовий збір; 2) витрати, пов'язані з розглядом справи (по суті, це і є процесуальні витрати). Норми Закону України «Про судовий збір» не є джерелом кримінального процесуального законодавства, оскільки не передбачають справляння судового збору за пред'явлення цивільного позову у кримінальному провадженні та не оперують спеціальною кримінальною процесуальною термінологією, а саме – «цивільний позов» «цивільний позов у кримінальному провадженні», «цивільний позивач» тощо.

При тлумаченні положення ч. 5 ст. 128 КПК України, яким встановлено, що якщо процесуальні відносини, котрі виникли у зв'язку з цивільним позовом, КПК України не врегульовані, до них застосовуються норми ЦПК України за умови, що вони не суперечать засадам кримінального судочинства», на наш погляд, слід виходити з того, що норми КПК України дозволяють субсидіарне застосування норм цивільного процесуального законодавства у разі, якщо КПК України не врегульовані саме процесуальні відносини. Тобто не врегульованими є процесуальні питання, пов'язані з рухом цивільного позову, зокрема, щодо його змісту та реквізитів, відмови від цивільного позову або його зміни.

Список літератури:

1. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 8 лютого 2018 р., судова справа №182/2766/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72199342>.
2. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 листопада 2018 р., судова справа №187/291/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77911023>.
3. Нор В. Т., Павлишин А. А. Судові витрати у кримінальному процесі України : монографія. Київ : Атіка, 2003. 176 с.
4. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія. Харків : Право, 2008. 296 с.
5. Кримінально-процесуальний кодекс України : Закон України від 28.12.1960 р. № 1001-05. *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 15.
6. Поліщак Н. І. Процесуальні витрати у кримінальному провадженні України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2017. 211 с.
7. Марцынкевич Н. А. Процессуальные издержки в уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2018. 27 с.
8. Бажанов С. В. Стоимость уголовного процесса : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2003. 588 с.
9. Про судовий збір : Закон України від 08.07.2011 р. № 3674-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. №14. Ст. 87.

References:

1. Postanova kolehii suddiv Druhoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnoho sudu Verkhovnoho Sudu vid 8 liutoho 2018 r., sudova sprava №182/2766/16-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72199342>.
2. Postanova kolehii suddiv Druhoi sudovoi palaty Kasatsiinoho kryminalnoho sudu Verkhovnoho Sudu vid 13 lystopada 2018 r., sudova sprava № 187/291/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77911023>.

3. Nor, V.T., Pavlyshyn, A.A. (2003). Sudovi vytraty u kryminalnomu protsesi Ukrainy. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
4. Kaplina, O.V. (2008). Pravozastosovne tлумachennia norm kryminalno-protseessualnoho prava. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Kryminalnyi-protseessualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28.12.1960 r. № 1001-05. (1961). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2, 15.
6. Polishchak, N.I. (2017). Protseessualni vytraty u kryminalnomu provadzhenni Ukrainy. *Candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].
7. Martsynkevych, N.A. (2018). Protseessualnye yzderzhky v uholovnom protsesse. *Extended abstract of candidate's thesis*. Mynsk [in Russian].
8. Bazhanov, S.V. (2003). Stoymost' uholovnoho protseessa. *Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].
9. Pro sudovyi zbir: Zakon Ukrainy vid 08.07.2011 r. № 3674-VI. (2012). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 14, 87.

Kaplina O. V., Doctor of Law, Full Professor, Head of the Department of Criminal Procedure, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail : o-kaplina@ukr.net ; ORCID 0000-0002-3654-673X

Problems of determination and distribution of procedural costs in criminal proceedings

The article deals with the issues of determination and distribution of court costs during criminal proceedings. On the basis of the generalization of judicial practice, it was concluded that there was no unity in the approaches to determining the types of procedural costs in criminal procedure, the assignment of litigation fees to court costs. The terminology used in the criminal procedural and civil procedural legislation is analyzed. This gave the possibility to state the inappropriateness of identifying the concepts of «procedural expenses» and «court costs», because the latter are broader concept, since in civil proceedings the court costs include litigation fees and expenses which are connected with the hearing of the case. It is concluded that it is inappropriate to charge the litigation fee from the victim, who submit to the accused the civil action in criminal proceeding, and in connection with this the charge from the accused the litigation fees as a procedural expense.

Keywords: civil action in criminal proceedings; procedural expenses; types of the procedural expenses; distribution of procedural expenses in criminal proceedings; litigation fee.

Рекомендоване цитування: Капліна О. В. Проблеми визначення та розподілу процесуальних витрат у кримінальному провадженні. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 170–178. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155593>.

Suggested Citation: Kaplina, O.V. (2019). Problemy vyznachennia ta rozpodilu protseessualnykh vytrat u kryminalnomu provadzhenni [Problems of determination and distribution of procedural costs in criminal proceedings]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 170–178*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.155593> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 01.02.2019 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Nwocha Matthew Enya,
*PhD, Senior Lecturer,
Head of Department of Jurisprudence
and International Law,
Faculty of Law, Ebonyi State University,
Nigeria, Abakaliki
e-mail: nwochaenyaeni@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.144.147755
UDC 341

ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN NIGERIAN COURTS: NEW FRONTIERS FOR INTERNATIONALIZATION

This paper has discussed the various kinds and nature of international treaties as well as their enforcement methods. It has raised and examined Nigerian attitude towards implementation of international treaties particularly by its courts. It has equally made the case that Nigerian courts should be more conscious of the need to enforce international treaties to which Nigeria is a signatory including those that Nigeria is under obligation as a member of the international community to implement within its territorial jurisdiction.

Keywords: International law; domestic jurisdiction; enforcement mechanism; territorial jurisdiction.

Нвоча Метью Енья, доктор філософії, старший викладач, завідувач кафедри правознавства та міжнародного права, юридичний факультет, Ебонійський державний університет, Нігерія, м. Абакалікі.

e-mail : nwochaenyaeni@gmail.com

Забезпечення дотримання міжнародних договорів з прав людини в нігерійських судах: нові можливості для інтернаціоналізації

У статті проаналізовано природу та види міжнародних договорів, процеси їх імплементації на міжнародному і внутрідержавному рівнях, виконання міжнародних угод нігерійськими судами, а також визначено механізми, які можуть використовуватися для більш ефективної реалізації міжнародних договорів відповідно до нігерійського законодавства. Зроблено висновок, що нігерійські суди повинні розуміти необхідність забезпечення дотримання міжнародних договорів, стороною яких виступає Нігерія, в тому числі й тих, які Нігерія, як член міжнародного співтовариства, зобов'язана виконувати в межах своєї територіальної юрисдикції.

Міжнародний договір, по суті, є угодою, укладеною на міжнародному рівні між державами, і стосується головним чином відносин між ними. Саме на основі таких договорів і здійснюється в основному міжнародне співробітництво. Договори в міжнародному праві мають обов'язкову силу і є еквівалентом документа про передачу прав чи майна, муніципального права чи законодавчого акта. Деякі договори створюють правове підґрунтя тільки для тих держав, які є їх учасниками, інші кодифікують звичайне міжнародне право, що раніше існувало, а також деякі спеціальні норми, які в кінцевому підсумку перетворюються на звичайне міжнародне право і є обов'язковими для всіх держав, як, наприклад, конвенція щодо геноциду. Міжнародні громадські організації іноді також можуть укладати між собою договори та угоди. Договори є не лише справжнім джерелом міжнародного права, а й роблять значний внесок у його прогресивний розвиток.

Сторони, які беруть участь в укладенні договорів, мають можливість вибору будь-якого зручного для них методу, оскільки в міжнародному праві не існує певної або встановленої процедури для цього. Договори можуть бути укладені між державами, урядами, главами держав або урядовими установами, які завжди виявляються найбільш придатними й доцільними з урахуванням мети або цілей, які конкретний договір має досягти.

Ключові слова: міжнародне право; внутрішня юрисдикція; механізм застосування; територіальна юрисдикція.

Introduction. Treaties, alternatively referred to as Convention, Protocol, Declaration, Charter, Covenant, Pact, Act, Statute, Agreement, Concordat, Modus Vivendi, Exchange of Notes (or Letters), Process Verbal, Final Act, General Act, Accord, Arrangement, Understanding, Compromise, Regulation, Provision and so forth,¹ constitute the principal media through which international transactions are consummated. By a simple definition, a treaty is basically an agreement at the international forum between States and are concerned essentially with relations between such States. International co-operation has been carried out principally through such treaties. A treaty may be bilateral as between two States or multilateral as involving more than two States. A contract treaty merely regulates a specific relationship between two or more States while a law making treaty lays down rules for a number of States.

Treaties are binding in international law and provides the equivalent of municipal law contract, conveyance, or legislation. Some treaties create law only for those States that are parties to them, some codify pre-existing customary international law, and some propound rules that eventually develop into customary international law that are binding upon all States, like the Genocide Conventions. Public international organizations are sometimes in a position to enter into treaty obligations.²

Treaties are not only a veritable source of international law but contribute immensely to its progressive development. This article takes a critical look at the nature and dimensions of international treaties, their implementation processes at both international and domestic fora, international treaties before Nigerian Courts, and avenues that are exploitable to foster improved implementation of international treaties in the Nigerian context particularly as it affects international human rights treaties.

¹ Umozurike, U.O. (1993). *Introduction to International Law*. Ibadan: Spectrum Law Publishing. Pgs 17, 163.

² Martin, A.E. ed. (2002). *A Dictionary of Law*, 5th Ed. Oxford: Oxford University Press. Pg 507.

The Making and Incidents of International Treaties. Parties engaged in the making of treaties have the option of choosing any method convenient to them as there is no definite or prescribed procedure for doing so in international law. Treaties may be drafted as between States, Governments, Heads of State, or governmental departments which ever appears most suitable and expedient bearing in mind the purpose or purposes the particular treaty is intended to accomplish.¹

In spite of this, certain principles have evolved in international law in relation to the formulation of international conventions and this concern especially the capacity to do so. Treaties are usually negotiated by accredited representatives. Under Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a Head of State, Head of Government, or foreign minister is not required to furnish full powers before negotiating for his State. Likewise, a head of diplomatic mission need not produce full powers before adopting a treaty between his own State and his host State. The same applies to a representative to an international conference or organization.² However, any act relating to the making of a treaty by a person not authorized as required will be without any legal effect, unless the State involved afterwards confirms the act.³ Under Article 46 of the treaty convention, a representative acting in manifest violation of the provisions of municipal law in relation to the making of treaties provides good cause for invalidating the treaty.

Once the capacity to negotiate a treaty is present, it remains to adopt the text, sign and subsequently ratify the same or otherwise have it acceded or adhered to by parties that had not signed it. Under Article 26 of the treaty convention, every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. The article draws inspiration from the customary law rule of *Pacta Sunt Servanda*.

Another area that has often induced controversy in the implementation of treaties is the question of reservations.⁴ Article 2(1)(1) of the treaty convention defines reservation as a *unilateral statement made by a state when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State*. In a general sense, where a State is satisfied with most of a treaty, but is uncomfortable with specific provisions, it may in certain circumstances refuse to accept or be bound by such provisions while consenting to the rest of the agreement. Some of the salutary consequences of reservations include that States may agree to be bound by a treaty which otherwise they might reject in its entirety. In multilateral treaties, this privilege may work to induce as many States as possible to accede to the treaty and by doing so encourage harmony among States of widely differing social, economic, and political systems. Contrariwise, uncontrolled reservations may frustrate the

¹ Shaw, M.N. (1997). *International Law*, 4th Ed. Cambridge: Cambridge University Press. Pg. 636.

² Umzurike, U.O., Op. cit

³ Article 8 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁴ See also Redgewell, C. (1993). *Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties*". 64 BYIL: pg. 245; J. K. Gamble, "Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice", 74 AJIL, 1980. Pg 372.

entire exercise, dislocate the purpose of the agreement and complicate relationships among States. This problem seldom arises in bilateral treaties since a reservation by one party may be viewed as a counter-offer requiring re-negotiation and acceptance.

A treaty enters into force when and by the procedure decided by the contracting parties. However, in the absence of any agreement or provision on this, it becomes operative soon after consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.¹ To draw instances, the Geneva Convention on the High Seas 1958, provide for entry into force on the thirtieth day following the deposit of the twenty- second instrument of ratification with the United Nations Secretary-General, while the Vienna Convention on the Law of Treaties itself came into effect thirty days after the deposit of the thirty-fifth ratification.² By application, a treaty does not operate retroactively unless the treaty expresses a contrary intention. By Article 28 of the Law of Treaties, its provisions will not bind a party as regards any facts, acts, or situations prior to that State's acceptance of the treaty.

There are a number of circumstances upon which a contracting party may avoid a treaty. This may include error, fraud or corruption, coercion, breach by the other party or parties, or otherwise impossibility of performance. Article 48 of the treaty law declares that a State may only invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty, if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist, but did not, at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty. But if the State knew or was in a position to know of the error, it cannot subsequently avoid the obligation imposed upon it by the treaty by using the error as justification. That was why the International Court of Justice rejected the argument of Thailand in the *Temple of Preah's Case*,³ that a map which was in issue contained a basic error and as such it was not bound to observe it. Taking the circumstances into account the court held that Thailand's plea of error cannot be allowed as an element vitiating consent more so as the party advancing it contributed by its own conduct to the error, or could have avoided it.⁴

A State that is induced by fraud or corruption to consent to a treaty may have such consent invalidated. This is based on Article 50 of the Law of Treaties providing that if the expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating the treaty. Furthermore, coercion is an excuse for avoiding a treaty where directed against the State or against its representatives to the negotiations. Where consent has been obtained by coercing the representative of a State, whether by acts or threats directed against him, it shall, in line with Article 51 of the treaty law, be

¹ Article 7 Vienna Convention on the Law of Treaties.

² Shaw M. N., op cit. Pg 650.

³ *Cambodia vs. Thailand*, ICJ Reports 1962.

⁴ Among other things the court felt that Thailand's argument was not sustainable considering the character and qualifications of the men on their negotiating team.

without any legal effect.¹ If directed against a State, Article 52 provides that a treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the charter of the United Nations.² Again, impossibility of performance in the same way as a fundamental change in circumstances may provide ground for revoking, withdrawing from, or suspending a treaty.³ Equally, save with regard to humanitarian treaties such as the Genocide Convention, 1948, the Geneva Red Cross Conventions, 1949, and their Additional Protocols, 1977, a material breach of a treaty entitles the other parties to regard the treaty as terminated in regard to the party that caused the breach.

Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that a treaty is void if at the time of its conclusion it conflicts with a peremptory norm of general international law. It goes ahead to explain a peremptory norm of general international law as a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted, and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. By Article 64, if a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty, which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

Apart from the circumstance enumerated above, a treaty may only come to an end in accordance with a specific provision in that treaty or otherwise at any time by consent of all the parties after due consultation. A treaty may, of course, determine by performance or by effluxion of time where it was time bound. The tribunal in the *Rainbow Warrior Case*⁴ held that the breach of the New Zealand – France Agreement, 1986, concerning the two captured French agents who had sunk the vessel in harbour in New Zealand in 1985, had commenced in 1986 and run continuously for the three years period of confinement of the agents stipulated in the agreement. Accordingly, the period concerned had expired on 22 July 1989 which was enough time to exculpate France from breach of its international obligations after that date. An invalid treaty is void and requires that the parties be placed, as much as possible to the position they would have been had the treaty not been concluded. Furthermore, acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful only by reason of the invalidity.⁵

International Treaties and Nigerian Courts. Nigeria's Treaties (Making, Procedure Etc.) Act of 1993 classifies treaties into three categories, namely: those that must be enacted into law to be operative such as law-making treaties which affect or modify existing legislation or powers of the National Assembly; those that

¹ *First Fidelity Bank N. A. vs. Government of Antigua and Barbuda Permanent Mission* (1989), 877 F 2nd 189, 192; 99 ILR, pgs. 126 & 130.

² All international instruments prohibiting the threat or use of force in international relations are pertinent here. See also Article 2(4) of the UN Charter, the *Fisheries Jurisdiction Case*, ICJ Reports, 1973, pg. 384.

³ See for instance, *The Russian Indemnity Case* (1912) Hague Court Report 277.

⁴ 82 ILR, pgs 499, 564 – 6; Shaw M. N. Op cit

⁵ Umozurike, U. O. Op cit. Pg 171.

must be ratified such as agreements which impose financial, political, and social obligations or have scientific or technological importance; those that deal with mutual exchange of cultural and educational facilities and require no ratification. The Federal Ministry of Justice is the depository of treaties and keeps a Register of Treaties which is open for inspection on payment of a token fee.¹

The fate of international treaties in Nigerian courts have generated quite some animated controversy among writers and publicists. Nigerian courts themselves have not helped matters as they have, when faced with opportunity, sounded discordant voices. The reason for these differences of opinion is not far-fetched. International law appears strange and enigmatic to some even at the Bench and those who possess indepth understanding of it are far between among judicial officers who most of the time are quite at home with municipal law with its simplicity and clear rules of application. Further reason is that some members of the Bench together with the lawyers who persuade them are prone to conservatism and view international law with apprehension and caution, being somewhat content with the ever alluring theories of state sovereignty.²

It is not proper to say that enforcing international treaties of whatever hue could impinge on sovereignty and there are many arguments in support of this position. The most important of them is that acceding to a treaty by a State has the same import as an individual entering into a binding contract. If an individual does not dispense of his general rights and liberties by entering into a binding contract whether of service or of trade, then a State does not dispense of its sovereignty merely by accession to a treaty. All that is required of both the State and the individual is to be faithful to their commitments and obligations under the treaty or contract as the case may be. Failure to do this amounts to breach of international obligation or of contract and remedies are expectedly available to the other parties who have suffered the consequence of breach. A *locus classicus* for the enforcement of international treaties in Nigeria remains, to date, the case of *Abacha vs. Fawehinmi*³ and it is to this case we turn our attention to deepen our discourse.

Chief Gani Fawehinmi, a Lagos based Legal Practitioner was on Thursday, 30 January 1996, at about 6a.m. arrested at his residence in Ikeja without warrant. He was first detained at the State Security Service detention centre at Shangisha, Lagos, and subsequently at Bauchi prisons where he was held incommunicado.

On February 1, 1996, his Counsel sought and obtained Leave of the Federal High Court, Lagos, to enforce his fundamental rights. Subsequently, on a motion on notice he sought a number of reliefs, which included a declaration that his arrest and detention constituted a violation of his fundamental rights guaranteed under the 1979 Constitution and the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act, Cap. 10, Laws of the Federation of Nigeria,

¹ This Act previously came as Decree No. 16 of 1993, and provides, among other things, for treaty-making procedure and the designation of the Federal Ministry of Justice as the depository of all treaties entered into between the Federation and any other country.

² Article 3(1)(a)(b)(c) of Treaties (Making Procedure, Etc) Act, 1993

³ (2000) 77 LRCN 1254

1990. The others were a mandatory Order to compel the Respondents to release the detainee, an injunction and damages of Ten million naira. The Attorney-General of the Federation on behalf of the other Respondents filed a notice of preliminary objection challenging the competence of the court to entertain the action on grounds among other things that the Federal Military Government (Supremacy and Enforcement of Powers) Decree No.12 of 1994 and the Constitution (Suspension and Modification) Decree No 107 of 1993 ousted the jurisdiction of the court to entertain any civil proceedings that arise from anything done pursuant to the provisions of any decree; further, that the court lacked the jurisdiction to entertain any action relating to the enforcement of the provisions of Chapter IV of the 1979 Constitution and the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act.

The learned trial judge held that the Inspector-General of police was empowered to issue the order with which the applicant was detained and that such detention order having been made by the appropriate authority under the decree, could not be legally questioned. On the effectuality of the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act, he held that Decree No 107 of 1993 represented the *grundnorm* of Nigeria at the material time and that any of the provisions of the Act which are inconsistent with that decree were void to the extent of the inconsistency. He therefore, struck out the action on the ground that the court was incompetent to entertain it. The applicant appealed to the Court of Appeal. In its Ruling on the status of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act, all the 3 justices of the Court of Appeal sitting were unanimous that the trial judge was in error when he held that the African Charter contained in Cap. 10 of the Laws of the Federation of Nigeria., 1990, was inferior to the decrees of the Federal Military Government. The Court of Appeal in a lead judgment read by Musdapher J. C. A., further held that it is common knowledge that no Government will be allowed to contract out by local legislation, its international obligations and that notwithstanding the fact that Cap. 10 was promulgated by the National Assembly in 1983, it was a legislation with international flavour and the ouster clauses contained in Decrees 107 of 1993 or No. 12 of 1994 cannot affect its operation in Nigeria. Again, that provisions of Cap. 10 of the Laws of the Federation, 1990, were provisions in a class of their own. That while the Decree of the Federal Military Government may override other municipal laws, they cannot oust the jurisdiction of the court whenever properly called up to do so in relation to matters pertaining to human rights under the African Charter. Despite this bold step, however, the Court of Appeal allowed itself to be swayed by the arguments of the Respondents' Counsel that the Appellant adopted a wrong procedure for seeking relief by relying on the Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules, 1979, and consequently remitted the case back to the High Court for retrial. Both the Applicant and Respondents appealed to the Supreme Court. In the main appeal, the Appellants who were Respondents at the Court of Appeal complained against those parts of the judgment of the court below that relate to findings on the status of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the

Order remitting the case to the High Court for retrial. The Respondent formerly Appellant at the Court of Appeal appealed against parts of the decision relating to the power of the Inspector-General of police to sign and issue a detention order, mode of enforcement of fundamental rights under the African Charter, procedure for tendering detention order, and immunity of the Head of State.

In its judgment delivered by Ogundare *JSC*, the Supreme Court unanimously dismissed the main appeal and allowed the cross appeal by a majority of four against three justices. The Court decided among other things that, one, by S. 12 (1) of the 1979 Constitution,¹ international treaty entered into by the Government of Nigeria does not become binding until enacted into law by the National Assembly; two, that where the treaty is enacted into law by the National Assembly as was the case with the African Charter, it becomes binding and our courts must give effect to it like all other laws falling within the judicial powers of the courts; three, that although the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act will prevail over any other municipal law in case of conflict on account of its international flavour same does not make it superior to the constitution, and that its international flavour cannot prevent the National Assembly or the Federal Military Government from removing it from the body of our municipal laws by simply repealing Cap. 10, nor is the validity of another statute necessarily affected by the mere fact that it violates the African Charter or any other treaty.

All said, the Federal High court ignorantly denied itself an opportunity to stand up for liberty and respect for human dignity, a trend that is fast growing worldwide having support in sundry international treaties and conventions as well as international customary law. The decision of the Court of Appeal in relation to the status of the African Charter commendably captured the spirit of international law. They held, rightly in our view, that the provisions of the charter are in a class of their own and did not fall within the classification of the hierarchy of laws in Nigeria in order of superiority. That notwithstanding the fact that Cap 10 was promulgated by the National Assembly, it was a legislation with international flavour and the ouster clauses contained in Decree 107 of 1993 or No. 12 of 1994 cannot affect its operation in Nigeria. This position, gratefully, is in line with the doctrine of *Pacta Sunt Servanda* and also accords with the *Draft Declaration on Rights and Duties of States, 1949*, as well as the *Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969*. In concurring with the judgment, Pats-Acholonu *JCA*, pointed out that the tenor and intendment of the preamble of the charter seems to vest the Act with a greater vigour and strength than a mere Decree for it has been elevated to a higher pedestal. Again this view accords with the monist theory, which is growing in popularity, and in the practice of States.

However, the decision of the Supreme Court is more confounding, disparate, and controversial. In one breath they acknowledge that *the Charter gives to citizens of member states of the Organization of African Unity rights and obligations which rights and obligations are to be enforced by our courts, if they must have any meaning.*

¹ The same section is re-enacted in the 1999 Constitution.

In another, it said that the international flavour of the charter cannot prevent the National Assembly, or the Federal Military Government from removing it from our body of laws, *...nor also is the validity of another statute be necessarily affected by the mere fact that it violates the African Charter or any other treaty.* By express implication, the Supreme Court gave the constitution superior powers over the African Charter. In this judgment, the Supreme Court failed to take advantage of the trend towards enforceability of international obligations in treaties and charters, irrespective of domestic bottlenecks. In fact, a State party to any treaty or convention is obligated to adjust its domestic laws to accord with effective and unfettered implementation of those treaties or conventions.

Notwithstanding the above misadventure, it is commendable that certain aspects of the court's decision namely ratio 7 and ratio 8 respectively held that the ouster of court's jurisdiction is not a matter of course and that for the court's jurisdiction to be ousted it must be clearly shown that a particular action falls within the ouster clause; again, that Cap. 10 which is the African Charter is preserved by sections 16 and 17 of Decree 107 of 1993. And by virtue of the Preambles of Decree 12 of 1994 and S.I thereof, Cap 10 is equally preserved by the said Decree. We also find inspiring some aspects of the dissenting judgment of Uwaifo, JSC. In ratio 16, the learned justice admonished that where we have a treaty like the African Charter on Human and Peoples' Rights and similar treaties applicable to Nigeria, we must be prepared to stand on the side of civilized societies the world over in the way we consider and apply them. He went further to say that *this will necessarily extract from the judiciary, so much so in a military regime, its will and resourcefulness to play its role in the defence of liberty and justice....*

Finally, while dismissing the main appeal and allowing the cross-appeal by a narrow margin the Supreme Court laid down the following principles regarding the African Charter namely, that the African Charter is a special genus of law in the Nigerian legal and political system; that the charter has international flavour and in that sense, it cannot be amended or watered down or sidetracked by any Nigerian law; that the effect of the charter in Nigeria may be completely obliterated by an express repeal of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act.

In response to the above, we salute the Supreme Court for its pronouncement in principles (a) and (b) which tend towards the dualist school of thought. At any rate, however, we submit that as it relates to principle (c) and similar improper views expressed in the judgment, the Supreme Court betrayed a lack of proper appreciation of international law especially with regard to its purposes, application, and political and moral implications. Even a State that has not ratified or domesticated the African Charter is at least bound by its underlying principles if it must avoid obvious repercussions at the international scene. It is therefore incorrect to assume as they did that a repeal of the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act would *completely obliterate* the effect of the charter in Nigeria.

Conclusion. We conclude simply that as it concerns superiority between international and domestic laws, the present practice of States favours municipal law in national courts and international law in international tribunals. However, as has been pointed out, international Agreements by whatever name called are meant to be observed and, apart from international customary law, there are a plethora of such treaties and conventions that make it mandatory for State parties to implement same within their jurisdictions. Furthermore, the movement is growing universally in favour of international law even in municipal courts, which lends weight to the strengthening of international law for the overall benefit of humankind. Nigerian courts therefore, ought to join up with other civilized societies to effect the unfettered implementation of our international obligations. Understandably, attention has often been over focused on the economic provisions of the African Charter and critics readily point out that Nigeria has not the economic capacity to implement same. To this group, we say, firstly, that Nigeria's economic potentials when properly harnessed through sustainable economic and political structures, accountability in public affairs, absence of corruption and visionary, focused, responsible and selfless leadership could more than carry the weight of full implementation of the African Charter; secondly, economic rights are not the only rights contained in the African Charter, for there are civil and political rights that deserve unfettered application in our domestic jurisdiction.

References:

1. 1979 Constitution of Nigeria.
2. 1999 Constitution of Nigeria.
3. Brownlin, I. (1979). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
4. David, B. & Colin, P. (1996). *International Law*. Oxford: Oxford Butterworth.
5. Gamble, J. K. (1980). "Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice", 74 AJIL.
6. Redgewell, C. (1993). "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties". 64 BYIL.
7. Umozurike, U. O. (1997). *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. The Hague: Kluwer Law International.
8. Umozurike, U. O. (2005). *Introduction to International Law*. Ibadan: Spectrum Books Ltd.

Нвоча Мэтью Энья, доктор философии, старший преподаватель, заведующий кафедрой правоведения и международного права, юридический факультет, Эбонийский государственный университет, Нигерия, г. Абакалики.
e-mail : nwochaenyaeni@gmail.com

Обеспечение соблюдения международных договоров по правам человека в нигерийских судах: новые возможности для интернационализации

В статье проанализированы природа и виды международных договоров, процессы их имплементации на международном и внутригосударственном уровнях, выполнение международных соглашений нигерийскими судами, а также определены механизмы, которые могут использоваться для более эффективной реализации международных договоров в нигерийском контексте, особенно касающихся международных соглашений по правам человека.

Ключевые слова: международное право; внутренняя юрисдикция; механизм применения; территориальная юрисдикция.

Рекомендоване цитування: Nwocha M. E. Enforcing international human rights treaties in Nigerian courts: new frontiers for internationalization. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 179–189. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.147755>.

Suggested Citation: Nwocha, M.E. (2019). Enforcing international human rights treaties in Nigerian courts: new frontiers for internationalization. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 179–189*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.147755>.

Надійшла до редколегії 20.11.2018 р.



Plancius Isplancius,
*Doctor of International Law, Law teacher,
Law Faculty, Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Grendeng-Purwokerto
e-mail: isplancius@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.144.159750
UDC 341.39

INDONESIAN GOVERNMENT RESPONSIBILITIES AGAINST THE STATUS OF FORMER EAST TIMOR INDEPENDENCE FIGHTERS AT EAST NUSA TENGGARA IN HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

East Timor which has now become an independent and sovereign State of Timor Leste in 2002 still leaves humanitarian problems namely human rights violations related to the claims of former East Timor independence fighters who still become refugees at East Nusa Tenggara (NTT) after helping the Indonesian government fight under their leader, Eurico Guterres since integrated with Indonesia by means of Balibo Declaration in 1976 and hence Indonesia succeeded to make the East Timor region as the 27th Indonesian province. The issue that arises now is about the status of former East Timor independence fighters at NTT and the responsibility of the Indonesian government according to human rights law. This paper aims to find out the citizenship status of former East Timor independence fighters at NTT and what should be the responsibility of the Indonesian government toward their claims. The research method used is normative juridical with case and human rights law approaches based on qualitative analysis.

Based on the results of the discussion, it was concluded that in the system of modern human rights law that has been practiced by the United Nations, the Indonesian government as the duties bearer has 5 (five) obligations, namely the obligation to respect, protect, fulfill the human rights of the people, promote human rights and punish everyone who violates human rights. Having that former East Timor independence fighters had ever given advantage to Indonesia, the government should fulfill their human rights claims by means of providing facilities for the former East Timor independence fighters to obtain Indonesian citizenship status. Indonesia should also asked apologize to Timor Leste and work together to ask United Nations Organization to abolish the 403 names of former East Timor independence fighters from the black list of human rights serious crimes. The Indonesian government is also expected to immediately give compensation to 13.000 of the former East Timor independence fighters and let their children to become members of army, police and civil servant in Indonesia.

Keywords: responsibility; Indonesian government; former East Timor fighters; human rights.

*Планциус Испланциус, доктор міжнародного права, викладач, юридичний факультет, Університет імені генерала Судірманна, Індонезія, м. Гренденг-Пурвокерто.
e-mail : isplancius@gmail.com*

Зобов'язання уряду Індонезії щодо надання колишнім учасникам війни за звільнення південної провінції Східного Тимору Нуса Тенгара статусу борців за права людини

У Східному Тиморі, який у 2002 р. нарешті здобув незалежність і став суверенною державою Тимор-Лешті, все ще існують гуманітарні проблеми, пов'язані з порушеннями прав людини. Про це заявляють колишні учасники боротьби за незалежність Східного Тимору, які воювали в партизанських загонах під керівництвом Еуріко Гутерріша. Однак після переходу їх лідера на бік індонезійських урядових військ і приєднання в 1976 р. Східного Тимору за Декларацією Балібо до Індонезії, в результаті чого він став її 27-ю провінцією, вони знайшли притулок у провінції Східний Нуса Тенгара (НТТ).

Мета статті – з'ясувати статус громадянства колишніх борців за незалежність Східного Тимору в НТТ і відповідальність уряду Індонезії за порушення їх прав. При цьому автор використовував нормативно-правовий і прецедентно-правовий методи дослідження прав людини, засновані на якісному аналізі. У результаті зроблено висновок, що в системі сучасного права в галузі прав людини, яка практикується Організацією Об'єднаних Націй, уряд Індонезії, як носій зобов'язань у галузі прав людини, має виконати 5 зобов'язань, а саме зобов'язання поважати, захищати, дотримуватися прав людини, забезпечувати їх реалізацію і карати всіх, хто порушує права людини. З огляду на те, що колишні борці за незалежність Східного Тимору колись виступали на боці Індонезії, уряд має виконувати свої зобов'язання щодо прав людини, надавши їм можливість отримати статус індонезійського громадянства. Індонезія також повинна вибачитися перед Тимор-Лешті та спільно звернутися до Організації Об'єднаних Націй з проханням виключити 403 імені колишніх борців за незалежність Східного Тимору з списку серйозних злочинів проти людства. Очікується також, що уряд Індонезії негайно виплатить компенсацію 13000 колишніх борців за незалежність Східного Тимору і дозволить їх дітям стати військовослужбовцями, поліцейськими та державними службовцями в Індонезії.

Ключові слова: відповідальність; уряд Індонезії; колишні борці Східного Тимору; права людини.

Introduction. East Timor which has now become an independent and sovereign State of Timor Leste in 2002 still leaves humanitarian problems namely human rights violations related to the claims of former East Timor independence fighters who still become refugees at East Nusa Tenggara (NTT) after helping the Indonesian government fight under their leader, Eurico Guterres since integrated with Indonesia by means of Balibo Declaration in 1976 and hence Indonesia succeeded to make the East Timor region as the 27th Indonesian province¹.

The issue that arises now is about the status of former East Timor independence fighters at NTT and the responsibility of the Indonesian government according to human rights law. This paper aims to find out the citizenship status of former East Timor independence fighters at NTT and what should be the responsibility of the Indonesian government for their claims.

Methodology. This paper aims to find out the citizenship status of former East Timor independence fighters at NTT and what should be the responsibility of the Indonesian government for their claims. The research method used is normative juridical with case and human rights law approaches. Data collected from literatures study, browsing internet as secondary data and with descriptive analysis

Former East Timor independence fighters. Eurico Guterres, a leader of former East Timor independence fighters supported by around 13.000 people at East Nusa

¹ Indonesia. Department of Foreign Affairs and Department of Information. *The Province of East Timor: Development in Progress*. Jakarta: Department of Information, Republic of Indonesia, 1981.

Tenggara claims Jokowi, as the President of the government of Indonesia about the status of former East Timor independence fighters who become refugees and live without having legal protection. Even Eurico Guterres has been a citizenship as Indonesian but his status is still recorded in the list of the 403 people involved in serious human rights crimes so that he cannot go abroad even only to Timor Leste for visiting his family there. According to Eurico, there are some claims of former East Timor independence fighters toward the government of Indonesia. First, political certainty of the Indonesian government in relation with citizenship status. Second, legal certainty related to 403 people in which their names are included in the list of serious crimes to gross human rights violations during the 1999 East Timor opinion poll. Third, claim for compensation for 13.000 East Timor independence fighters including widows and orphans who remain loyal to the Republic of Indonesia. Fourth, the claim for awarding a certificate of appreciation to 13,000 East Timor independence fighters. Fifth, the Government is also asked to provide facilities and opportunities for the sons and daughters of East Timor independence fighters to become members of the TNI, Police, and Civil Servant or PNS. Sixth, ask the Indonesian government to settle the assets of Indonesian citizens left behind in the entire territory of Timor Leste and Seventh, ask the Indonesian government to remove the bodies of Indonesian heroes who died in East Timor into Indonesian jurisdiction¹.

Human rights perspective.

Human Rights definition.

Human rights according to Law Number 39 of 1999 concerning Human Rights is a set of rights inherent in humans as creatures of God Almighty and is a gift that must be respected, upheld and protected by the State, Law and Government and everyone for honor and protection of human dignity².

Article 1 of the United Nations General Declaration of Human Rights in 1948 emphasized that: Every human being is born free and equal in his honor and rights. They are given logic and awareness and must treat each of them in a fraternal spirit. Based on this article, human beings have freedom from fear, freedom from torture, freedom from slavery, for the survival of their rights of life and in the field of economy can demand equality. But in the context of human rights there are rights that can be limited by natural means reduced such as civil and political rights as regulated in the International Covenant on Civil and Political Rights in 1966 and also in the field of social and cultural economics as regulated in the International Covenant on Economic Rights the social and cultural aspects of 1966 and the limitation or reduction of these rights are usually in the form of the conditions given for obtaining such rights, for example the right to elect and be elected to State officials or legislative members of the people³.

¹ [http://regional.kompas.com/read/2017/09/28/Mantan Milisi Timor-Leste Ingin Dihapus dari Daftar Hitam PBB](http://regional.kompas.com/read/2017/09/28/Mantan_Milisi_Timor-Leste_Ingin_Dihapus_dari_Daftar_Hitam_PBB).

² Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

³ Isplancius, Konsep Dasar Hukum Internasional, UPT Unsoed, 2011.

Human Rights Principles

The universal principle is that all people, in all parts of the world, no matter what their religion, their citizens, what language, what ethnicity, regardless of their political and anthropological identity, and regardless of their disability status, have the same rights as humans. The undivided principle is defined as all human rights are equally important and therefore not permitted to issue certain rights or certain categories of rights from the division. The Equality Principle is considered a very fundamental human rights principle. Equality is interpreted as equal treatment, where in the same situation must be treated equally, and where in different situations with little difference treated differently. Equality is also considered an absolute prerequisite in a democratic country while equality before the law, equality of opportunity, equality of access to education, equality in accessing a fair trial, equality of belief and worship in accordance with their beliefs and others are important in fulfilling human rights. As for the principle of non discrimination occurs when everyone is treated or has an unequal opportunity such as inequality before the law, inequality of treatment, or education opportunity, and others. The principle of human dignity aims to ensure that all people can live in dignity. All people must be respected, treated well, and considered valuable. Therefore if someone has rights, that means he can live a life with dignity. The State Responsibility Principle explains that the fulfillment, protection and respect of human rights are the responsibility of the State. So the main actor who is burdened with the responsibility to fulfill, protect and respect human rights is the State through its government apparatus. This principle is written throughout international covenants, human rights conventions and domestic regulations.¹

Responsibility of Indonesian Government.

Fulfillment, protection and respect for human rights are the responsibility of the State. The main actor who is burdened with responsibility to fulfill, protect and respect human rights is the state through its apparatus. This principle is written throughout the international covenants and human rights conventions and national or national regulations of a country. In Indonesia, this State obligation is explicitly recognized in Article 8 of Law No. 39 of 1999 concerning Human Rights states that: Protection, promotion, enforcement and fulfillment of human rights are primarily the responsibility of the government.²

Article 71 of Law Number 39 of 1999 concerning Human Rights states that, the Government is obliged and responsible to respect, protect, enforce and promote human rights as regulated in this law, legislation others, and international law on human rights accepted by the Republic of Indonesia. This principle can also be found in the consideration of the Universal Declaration of Human Rights which reads: Member States pledge to achieve progress in the promotion and general respect for human rights and fundamental freedoms, through collaboration with the United Nations³.

¹ Ibid.

² Eko Riyadi, *Hukum Hak Asasi Manusia, Perspektif Internasional, Regional dan Nasional*, PT Raja Grafindo Persada, Depok, Rajawali Pers, 2018, hal 31.

³ Universal Declaration of Human Rights 1948.

The State of Indonesia on one side and Indonesian citizens or people on the other side in the context of the modern legal regime which is fully facilitated by international legal mechanisms that are technically carried out by the United Nations categorizes Human rights into two, namely first, rights holders are individuals or groups of both citizens and non-citizens, while the duty bearer/holder is the State. Respect for the human rights law system has a different capacity, namely the State as duty holder/bearer while the people as rights holder. Being the duty bearer/holder raises at least 5 (five) State obligations, namely the State is obliged to respect people's rights (obligation to respect), obligation to protect, obligation to fulfill, obligation to promote human rights to the people, and the obligation to punish a person or group of people or legal entities such as a corporation (obligation to punish) so that a sense of justice for the people is fulfilled. Instead people have human rights that must be respected, protected, fulfilled, given promotion / socialization of human rights, and given a sense of justice by the State.¹

Closing. Based on the results of the discussion, it was concluded that in the system of modern human rights law that has been practiced by the United Nations, the Indonesian government as the duty holder/bearer has 5 (five) obligations, namely the obligation to respect, protect, fulfill the human rights of the people, promote human rights and punish every one who violates human rights. Given that former East Timor independence fighters have given advantage to Indonesia, the government should at least fulfill their human rights claims by providing facilities, as follows: First, there must be political certainty of the Indonesian government in relation with citizenship status. Second, legal certainty related to 403 people in which their names are included in the list of serious crimes to gross human rights violations during the 1999 East Timor opinion poll. Third, claim for compensation for 13,000 East Timor independence fighters including widows and orphans who remain loyal to the Republic of Indonesia. Fourth, the claim for awarding a certificate of appreciation to 13,000 East Timor independence fighters. Fifth, the Government is also asked to provide facilities and opportunities for the sons and daughters of East Timor independence fighters to become members of the TNI, Police, and Civil Servant or PNS. Sixth, ask the Indonesian government to settle the assets of Indonesian citizens left behind in the entire territory of Timor Leste and Seventh, ask the Indonesian government to remove the bodies of Indonesian heroes who died in East Timor into Indonesian jurisdiction. The Indonesian government is expected to immediately form a special team to resolve the cases of citizens of former East Timor independence fighters who are still fighting for their human rights claims at NTT.

References:

1. Universal Declaration of Human Rights 1948.
2. International Covenant on Civil and Political Rights 1966.
3. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966.
4. Undang Undang No 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia¹.
5. Undang Undang No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

¹ [https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/21435241/Treat of former East Timor independence fighters if their claims are not attended by the government.](https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/21435241/Treat%20of%20former%20East%20Timor%20independence%20fighters%20if%20their%20claims%20are%20not%20attended%20by%20the%20government)

6. Eko Riyadi, 2018, Hukum Hak Asasi Manusia Perspektif Internasional, Regional, dan Nasional, Rajawali Press, PT Raja Grafindo Persada, DEPOK.

7. Isplancius, Ismail, Konsep Dasar Hukum Internasional, UPT Unsoed, 2011.

8. [https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/21435241/Treat of former East Timor independence fighters if their claims are not attended by the government](https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/21435241/Treat%20of%20former%20East%20Timor%20independence%20fighters%20if%20their%20claims%20are%20not%20attended%20by%20the%20government). [https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/08062371/Guterres Minta Presiden Beri Perhatian kepada Eks-Pejuang Timtim](https://regional.kompas.com/read/2017/09/26/08062371/Guterres%20Minta%20Presiden%20Beri%20Perhatian%20kepada%20Eks-Pejuang%20Timtim).

9. [http://regional.kompas.com/read/2017/09/28/Mantan Milisi Timor-Leste Ingin Dihapus dari Daftar Hitam PBB](http://regional.kompas.com/read/2017/09/28/Mantan%20Milisi%20Timor-Leste%20Ingin%20Dihapus%20dari%20Daftar%20Hitam%20PBB).

Планциус Испланциус, доктор международного права, преподаватель, юридический факультет, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, г. Гренденг-Пурвокерто.
e-mail : isplancius@gmail.com

Ответственность правительства Индонезии за предоставление бывшим борцам за освобождение южной провинции Восточного Тимора Нуса Тенгара статуса борцов за права человека

В Восточном Тиморе, который в 2002 г. наконец обрел независимость и стал суверенным государством Тимор-Лешти, все еще существуют гуманитарные проблемы, связанные с нарушениями прав человека. Об этом заявляют бывшие участники борьбы за независимость Восточного Тимора, сражавшиеся в партизанских отрядах под руководством Эурико Гутерриша. Однако после перехода их лидера на сторону индонезийских правительственных войск и присоединения в 1976 г. Восточного Тимора по Декларации Балибо к Индонезии, в результате чего он стал ее 27-й провинцией, они нашли убежище в провинции Восточная Нуса Тенгара (НТТ).

Цель статьи – выяснение статуса гражданства бывших борцов за независимость Восточного Тимора в НТТ и ответственности правительства Индонезии за нарушение их прав. При этом автор использовал нормативно-правовой и прецедентно-правовой методы исследования прав человека, основанные на качественном анализе. Сделан вывод, что в системе современного права в области прав человека, которая практикуется Организацией Объединенных Наций, правительство Индонезии как носитель обязательств и обязанностей в области прав человека имеет 5 обязательств, а именно обязательства уважать, защищать, соблюдать права человека, обеспечивать их осуществление и наказывать всех, кто нарушает права человека. Учитывая, что бывшие участники борьбы за независимость Восточного Тимора когда-то выступали на стороне Индонезии, правительство должно выполнять свои обязательства в области прав человека, предоставив бывшим борцам за независимость Восточного Тимора возможность получить статус индонезийского гражданства. Индонезия также должна извиниться перед Тимор-Лешти и совместно обратиться в Организацию Объединенных Наций с просьбой исключить 403 имени бывших борцов за независимость Восточного Тимора из списка серьезных преступлений против человечества. Ожидается также, что правительство Индонезии немедленно выплатит компенсацию 13000 бывших борцов за независимость Восточного Тимора и позволит их детям стать военнослужащими, полицейскими и государственными служащими в Индонезии.

Ключевые слова: ответственность; правительство Индонезии; бывшие борцы Восточного Тимора; права человека.

Рекомендоване цитування: Plancius Isplancius. Indonesian government responsibilities against the status of former East Timor independence fighters at East Nusa Tenggara in human rights perspective. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 190–195. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.159750>.

Suggested Citation: Plancius Isplancius. (2019). Indonesian government responsibilities against the status of former East Timor independence fighters at East Nusa Tenggara in human rights perspective. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 190–195*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.159750>.

Надійшла до редколегії 20.11.2018 р.

РЕЦЕНЗІЇ

НОВЕ АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВА КИЇВСЬКОЇ РУСІ¹

Немає сумнівів, що історія права як наука почалася з дослідження права Київської Русі, а на українських землях тісно пов'язана з діяльністю перших університетів: Харківського, Київського та Одеського (Новоросійського). Саме тут, на кафедрах новостворених університетів, і розпочалася діяльність перших істориків права, яка розширювалася та поглиблювалася з роками, досягши певних наукових вершин.

Тож актуальною і важливою видається нам монографія професорів О. М. Головка та В. А. Греченка, присвячена огляду досліджень права Київської Русі, проведених ученими університетів на теренах України у XIX – на початку XX ст. Робота написана у руслі юридичної біографістики та юридичної історіографії, і у цьому її особливість. Автори вивчили майже тридцять наукових праць, що дало змогу розкрити висвітлення вченими дореволюційного періоду становлення основних галузей права в добу Київської Русі. Починається монографія з визначення ролі Дерптської школи істориків права у становленні науки історії права в Російській імперії, що виглядає дещо несподівано. Уперше професори розглянули це питання в одній зі своїх публікацій 2013 року, а у цій монографії поглибили свою аргументацію. Проте ця несподіваність зникає, коли вчитуєшся в фактичний матеріал, яким оперують автори. Дійсно, Дерптська історико-правова школа зіграла видатну роль у впровадженні західноєвропейської методології та методики досліджень. Цілком пітримую твердження авторів монографії, що практично жодна робота історика права у XIX ст., присвячена дослідженню права Київської Русі, не обходилася без посилань на найвидатнішого представника цієї школи Й. Еверса. Крім того, у перші десятиліття XIX ст., упродовж майже тридцяти років, у вітчизняних університетах найпопулярнішим навчальним посібником з історії права була робота іншого представника цієї школи А. Рейца «Опыт истории Российских государственных и гражданских законов». Звичайно, вплив цієї школи на розвиток історико-правової науки не був абсолютним. Не все сприймалося апріорі, але значення робіт представників цієї школи визнавалося і цінувалося. Варто у зв'язку з цим процитувати думку щодо значення Дерптської школи юристів, висловлену уродженцем України, випускником Київського, професором Харківського та Казанського університетів А. Г. Станіславським: «Справедливість

¹ Рецензія на монографію: Головка О. М., Греченко В. А. Право Київської Русі в дослідженнях вчених університетів на теренах України у XIX – на початку XX ст. Харків : Константа, 2018. 472 с.

вимагає сказати, що для історії російського законодавства в перші тридцять років нинішнього століття (XIX ст. – В. Є.) зробили більше за інших професори Дертського університету».

Разом з тим автори справедливо підкреслили і роль Харківського університету у розробці проблем історії права. У результаті вивчення наукової літератури початку XIX ст. вони виявили, що першою публікацією, де висвітлювалися, зокрема, історико-правові проблеми, стала книга професора Харківського університету Г. П. Успенського «Опыт повествования о древностях руських», видана у 1818 р., у якій окреслювалися деякі історико-правові аспекти.

Автори вивчили конкретний внесок у розробку даної проблематики багатьох учених, але серед них особливо слід виділити таких представників історико-правової науки, як М. Ф. Владимирський-Буданов, М. Л. Дювернуа, С. В. Пахман, М. І. Ланге. Саме їх перу належать найфундаментальніші праці з цієї проблематики, опубліковані у XIX на початку XX ст. Учені значно розширили наше уявлення про роль цих правників, оскільки до цього в науковій літературі найчастіше згадували лише М. Ф. Владимирського-Буданова. Саме О. М. Головку і В. А. Греченку належить перша у наш час публікація про С. В. Пахмана як історика права (наразі з цієї проблеми вже захищена кандидатська дисертація).

У рецензованій монографії вперше висвітлюється внесок багатьох інших професорів університетів, прізвища яких до цього часу були маловідомими навіть фахівцям. Йдеться про Г. П. Успенського, К. П. Михайловського, В. В. Сокальського, О. І. Загоровського, П. П. Цитовича, Г. Ф. Блюменфельда та багато інших. Оцінка їх ролі в розробці проблем права Київської Русі – безсумнівна заслуга авторів монографії, і наукова, і моральна. Дуже добре, що автори присвятили цілий розділ біографіям тих учених, чії роботи вони досліджували. При цьому хочу зауважити, що це не просто довідки, почерпнуті з доступних джерел – автори підійшли до цієї проблеми творчо, уточнивши деякі дані та перевірили їх.

Цілком логічно є структура роботи. Авторі показали, як вивчалися дореволюційними вченими окремі галузі права Київської Русі. Найбільше уваги було приділено дослідженням цивільного та кримінального права, тож саме ці розділи монографії і є, на нашу думку, найвдалішими з точки зору насиченості матеріалом, аргументації та авторських коментарів. Цілком поділяємо висновок, що найпильніша увага серед проблем цивільного права Київської Русі в роботах дореволюційних професорів приділялася спадковому праву, позаяк останні були переконані, що розвиток давньоруського спадкового права йшов своєрідним шляхом, включав в себе складові деяких зарубіжних правових систем (передусім візантійських), адаптуючи їх до етнічних, політичних і соціально-економічних реалій Київської Русі.

Щодо кримінального права, то тут теж слід погодитися з висновком, що дореволюційні вчені справедливо підкреслювали, що класифікація злочинів в Руській Правді зроблена на підставі їх об'єктів, адже вже прадавня Правда

містить щодо цього певну систему, розглядаючи спочатку злочини проти особистих прав: вбивство, замах на здоров'я і на честь, потім злочини майнові.

Автори монографії ґрунтовно дослідили роль університетських учених у вивченні судочинства доби Київської Русі. Учені тієї доби, як зазначають О. М. Головка та В. А. Греченко, дійшли висновку, що основною засадою судочинства того часу був звичай. Як стверджували дореволюційні вчені, загальна форма процесу в цей період включала три стадії: встановлення відносин сторін, провадження суду і виконання рішення. Дослідники дали пояснення і намагалися визначити суть термінів «заклич», «звід», «гоніння сліду», «видоки», «послухи», «ордалії», хоча єдиної точки зору щодо цього не мали, як, власне, немає її й зараз.

Автори монографії роблять слушний висновок, що роботи вчених університетів на теренах України, опубліковані у XIX – на початку XX ст., залишаються засадничими у історико-правовій науці, її фундаментом. Тож досліджуючи внесок університетських учених у становлення та розвиток історико-правової науки, О. М. Головка та В. А. Греченко самі провели фундаментальне у багатьох аспектах дослідження і виконали шляхетну місію, відродивши пам'ять про наших видатних попередників та учителів.

Насамкінець хотілося б висловити і деякі побажання та зауваження. Як нам видається, монографія лише виграла б, якби автори розглянули дослідження державного права Київської Русі, тим більше, що цей аспект вивчався тогочасними вченими, наприклад, М. Ф. Владимирським-Будановим.

Та це аж ніяк не применшує наукового значення монографії, поява якої є подією у історико-правовій науці.

Рецензент
доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії
правових наук України

В. М. Єрмолаєв

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 144

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. Якішина*

Підп. до друку 12.03.2019 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 16,12. Обл.-вид. арк. 15,5.
Тираж 300 прим. Зам. № 19-03/2. 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.