

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 92



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

Збірник розраховано на наукових працівників, викладачів, студентів юридичних вищих навчальних закладів і практичних працівників органів державної влади й місцевого самоврядування.

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф. Г. І. Чанишева (головний редактор), д-р юрид. наук М. Р. Аракелян (заступник головного редактора), канд. юрид. наук О. В. Дикий (відповідальний секретар), д-р юрид. наук, проф. С. С. Андрейченко, д-р юрид. наук, проф. Л. Р. Біла-Тіунова, канд. юрид. наук В. А. Динту, д-р юрид. наук В. В. Дудченко, д-р юрид. наук, проф. Т. А. Латковська, д-р юрид. наук, проф. В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф. Г. О. Ульянова, д-р юрид. наук, проф. В. І. Фелик, професор права George A. Bermann (США), д-р юрид. наук, проф. Bernd Wieser (Австрія).

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

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»,
протокол № 3 від 4 листопада 2021 року.

Свідоцтво про державну реєстрацію: КВ 19035-7825 ПР від 14.11.2011 р.

На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (додаток 1) збірник включено до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 262 «Правоохоронна діяльність», 293 «Міжнародне право»).

Сайт видання: www.apdp.in.ua

UDC 347.77/.78-049.7

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3254>*T. I. Begova*

FEATURES OF USE OF INTELLECTUAL PROPERTY OBJECTS: LEGAL BASES AND PROCEDURE

Formulation of the problem. At the present stage of development of the world economy, the issue of commercialization of intellectual property is relevant, the introduction of intellectual property in the statutory fund of enterprises is becoming more common, and so on.

However, the problem now is that the results of intellectual work, expressed in intellectual property, although they should bring tangible income, but not always in practice. A necessary prerequisite for profit is the use of property, its introduction into economic circulation.

Legal introduction into economic circulation of results of scientific and technical activity, including objects of intellectual property, is possible only after registration in the order of the property rights established by the state. Otherwise, protection against unfair competition, as well as relations on the transfer of rights with the receipt of material benefits, become impossible.

Unfortunately, legal research in the field of use of intellectual property in the production and sale of competitive products in a market economy and, accordingly, the mechanisms of their legal protection is critically small.

That is why we consider important and relevant analysis of the legal nature and forms of use of such objects.

Research analysis. Problems of legal regulation of relations in the field of intellectual property are covered in the scientific works of V. Kryzhna, V. Milash, O. Yavorska, I. Yakubivsky and others. The issues of the place of such agreements among civil law or commercial agreements, the division of agreements in the field of intellectual law according to various criteria, the state registration of these agreements and other aspects are studied. However, as of today, there are still problems with the application of intellectual property law.

Therefore, **the purpose of our article** is to reveal the main legal mechanisms for the use of intellectual property.

Presenting main material. Legal regulation of the use of intellectual property is based on the Civil Code of Ukraine, the Commercial Code of Ukraine, the Laws of Ukraine ‘On protection of rights to inventions and utility models’, ‘On protection of rights to industrial designs’, ‘On protection of trademark rights for goods and services’. ‘On protection of plant variety rights’, ‘On protection of rights to indicate the origin of goods’, ‘On protection of rights to topography of integrated circuits’, ‘On copyright and related rights’, ‘On protection of economic competition’, ‘On distribution of copies of audiovisual works and phonograms’, ‘On the peculiarities of state regulation of economic entities related to the production, export, import of disks for laser reading systems.’

It is advisable to start your research by determining what exactly is to be used, ie what specific types of objects can be used, and what are the features of their use.

The analysis of the civil legislation gives grounds to assert that all objects of the intellectual property right can be conditionally divided into the following types:

1. *Objects of industrial property* (inventions, utility models, industrial designs, trademarks or marks for goods and services, geographical indications, brand names);

2. *Non-traditional objects of intellectual property* (plant varieties, animal breeds, layout (topography) of integrated circuits, trade secrets, scientific discoveries, innovation proposals);

3. *Objects of copyright and related rights* (literary works, works of art, computer programs, data compilation, performance, phonograms and videograms, programs of broadcasting organizations).

It should be noted that this list is not closed and is quite complete. Over time, more and more intellectual property.

Ways of using intellectual property are enshrined in Art. 426 of the Civil Code of Ukraine. It also enshrines one of the main postulates of the procedure for the transfer of intellectual property rights: the use of intellectual property by another person is carried out with the permission of the person who has the exclusive right to allow its use, except in cases of lawful use without such permission.

In this case, the methods of use, its forms are not regulated. The legislator only indicates that these methods must comply with the law.

The conditions for granting a permit (license) for the use of an object of intellectual property rights may be determined by a license agreement, which is concluded in accordance with the requirements of the law. Types of agreements on the disposal of intellectual property rights and requirements for them are contained in Art. 1107-1129 of the Central Committee of Ukraine.

The legislation provides for the main ways of using an invention, utility model or industrial design in the field of management. These include:

1) manufacture, offer for sale, introduction into economic (commercial) circulation, use, import or storage for the specified purpose of a product protected in accordance with the law;

2) application of a method protected in accordance with the law, or offering it for use in Ukraine under the conditions provided by the Central Committee of Ukraine;

3) offering for sale, introduction into economic (commercial) circulation, use, import or storage for the specified purpose of a product manufactured directly in a manner protected in accordance with the law.

Ways to use the trademark are enshrined in Art. 157 of the Civil Code of Ukraine – is its use on goods and services for which it is registered, on the packaging of goods, in advertising, printed publications, on signs, during the display of exhibits at exhibitions and fairs held in Ukraine, in brochures, invoices, on forms and in other documentation related to the introduction of these goods and services in economic (commercial) circulation.

Using the geographical indication of the business entity in accordance with the provisions of Art. 160 of the Civil Code of Ukraine are: its use on the goods

for which this geographical indication is registered, as well as on the packaging; use in advertising, brochures, invoices, printed publications, official forms, signs, etc.

Chapter 75 of the Civil Code of Ukraine regulates the main types of agreements on the disposal of intellectual property rights. Yes, according to Art. 1107 of the Central Committee of Ukraine the order of property rights of intellectual property is carried out on the basis of such agreements:

- 1) license to use the object of intellectual property rights;
- 2) license agreement;
- 3) agreement on the creation by order and use of the object of intellectual property rights;
- 4) agreement on the transfer of exclusive intellectual property rights;
- 5) another agreement on the disposal of intellectual property rights.

Detailed consideration of certain types of agreements on the disposal of intellectual property rights is not a direct subject of our study, so we note only what features they have.

The features of agreements on the disposal of intellectual property rights are as follows:

1) the object of the contract itself is special – intangible benefits. In this case, they may be the object of the contract, provided that they are expressed in such an objective form that allows not only to reproduce but also to reproduce them;

2) the second difference from other civil law agreements is the fact that the use of an intellectual property object is possible only on the basis of a user agreement with the right holder of the specified object. In this case, any non-contractual use of the object of the current legislation is recognized as a violation of the rights to this object;

3) in addition, a feature of contracts for the use of intellectual property is their paid nature. The right of the owner may grant permission for the free use of such facilities, but in the vast majority of cases, these agreements are concluded on a fee basis, as there is a certain logic of their use;

4) significant restrictions are contained in the legislation on the use of intellectual property, which are duly recognized as secret. In this case, a rather peculiar in comparison with other objects of civil law is the situation when the so-called free use of intellectual property is allowed, which is also considered legitimate: use of these objects by any person who is not a subject of intellectual property rights;

5) the peculiarities of these agreements should also include the fact that one of the points of such an agreement is the results of intellectual property. Moreover, as noted by O.V. Dzera, the subject of such agreements should be only the results recognized as objects of legal protection, but this does not preclude the possibility of concluding a contract and the result that is not such an object [1, p. 835].

There is an opinion among scientists that commercialization through the use of intellectual property in their own production is the most profitable in terms of profit. Its reliability is partially confirmed by the data of experts who claim that 70–80% of the market value of companies are the latest technologies and objects of intellectual property rights [2, p. 246]. And this is logical, because all the profit from the sale of intellectual property remains with their right holder.

The law provides for the possibility of using intangible assets (including intellectual property) in the formation of the authorized capital of new companies. Thus, intellectual property can be contributed to the authorized capital instead of property, money and other material values, which requires only the consent of all founders. It should be emphasized that the use of intellectual property in the authorized capital allows, as noted by B.G. Prakhov:

1) generate significant authorized capital without diversion of funds and provide access to bank loans and investments, using intellectual property as collateral along with other types of property;

2) depreciate intellectual property in the authorized capital and replace it with real funds, including depreciation deductions on the cost of production, ie capitalize intellectual property;

3) authors and enterprises-owners of intellectual property – to become founders (owners) in the organization of subsidiaries and independent firms without branching [3, p. 72].

The introduction of intellectual property rights to the authorized capital instead of real funds also provides: the right to receive a share of profits (dividends); the right to participate in the management of the enterprise through the general meeting of the board; the right to receive a liquidation quota in case of liquidation of the enterprise, etc.

Since the volume of output can be large, the profit from its sale can be many times higher than the value of intellectual property rights in the case of transfer of rights to use the intellectual property or the sale of these rights.

Of course, this method of commercialization is associated with significant start-up costs for the completion of intellectual property, development of production technology and so on. But in case of success, the sale of manufactured products compensates for these costs and, in addition, will receive a significant profit.

If the right holder does not intend to use intellectual property in his own production or start a new business or create a joint venture, he may transfer all or part of the ownership of the intellectual property to another individual or legal entity.

The sale of rights in full is mostly carried out through a contract of sale, under which as a result of the transfer of ownership of an intellectual property object (sale of a security document – patent or certificate) the holder as the selling party loses all property rights to it. That is, if a patent for an invention is sold, it is re-registered in the name of the new right holder and all property rights to this object pass to the latter.

But more often only the right to use an intellectual property object is transferred, as this is a more advantageous agreement for the owner of the intellectual property object.

The right holder of any object of industrial property (licensor) may sell the license (issue a permit for the use of intellectual property) to any person (licensee), if he does not want or is not able to use the object.

By selling a license, they pursue the goal of making a profit without losing capital for production and market development. Selling a license is a way to introduce technology to the market without selling marketable products. Revenues from the sale of licenses cover legal or natural persons for their research expenses.

The fact of sale or purchase of a license is legally formalized by a license agreement, which differs from other purchase and sale agreements by the fact that an intangible object is sold or purchased. The licensee acquires the right to use the object of intellectual property only in the territory stipulated by the license agreement and for a certain period.

Leasing is a relatively new form of commercialization of intellectual property rights. Under the leasing agreement, various technological equipment, machines, devices, etc. are transferred, which are made at the level of inventions and are protected by patents. That is, together with the technological equipment and process, the right to use the object of intellectual property is transferred.

The choice of such a form of commercialization as leasing allows start-up entrepreneurs to open and expand their business even in the presence of rather limited start-up capital, promptly using modern achievements of scientific and technological progress in production.

Conclusions. In the context of our study, summarizing the above theses, we can eradicate the following legal forms of use of intellectual property:

- 1) agreement on inclusion in the authorized capital of property rights to intellectual property;
- 2) agreements on the introduction into production of intellectual property;
- 3) an agreement on the distribution of property rights to intellectual property between the employee and the employer;
- 4) agreements on the disposal of property rights to intellectual property;
- 5) other agreements that do not contradict the norms of the current legislation of Ukraine.

It should be noted that the legislation does not address the issue of the possibility of commercialization of intellectual property created by state research institutions funded by the State Budget of Ukraine. This issue today worries not only scientists but also business structures that are willing to invest in the development of science and technology, but there are no relevant rules in the legislation today.

Bibliography

1. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє видання, перероблене і доповнене. К. : Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.
2. Экономическая энциклопедия / Ин-тут экономики РАН ; гл.ред. Л. И. Абалкин. Москва : Экономика, 1999. 1279 с.
3. Прахов Б. Г. Інтелектуальна власність у діяльності підприємств. *Питання інтелектуальної власності* : зб. наук. праць НДІ інтел. власн. АІПрН України. Київ : НДІ ІВ АІПрН України, 2005. Вип. 3. 306 с.

Summary

Begova T. I. Features of use of intellectual property objects: legal bases and procedure. – Article.

The article is devoted to the main problems of legal support of the use of intellectual property. The author analyzes the legislation in the field of intellectual property, the legal nature of the concept of ‘use of intellectual property’, as well as its forms. Proposals on types of forms of use of intellectual property objects are provided and proposals on further improvement of legislation in this area are formulated.

Today, very relevant is the question of commercialization of intellectual property. A necessary prerequisite is for profit is to use the property, putting it into circulation.

Ways of using intellectual property are enshrined in Art. 426 of the Civil Code of Ukraine. It also enshrines one of the main postulates of the procedure for the transfer of intellectual property rights: the use of intellectual property by another person is carried out with the permission of the person who has the exclusive right to allow its use, except in cases of lawful use without such permission.

In particular, the legal form of the use of intellectual property by the following attributes: 1) agreement on the introduction of the authorized capital property rights to intellectual property; 2) contracts for manufacturing application of intellectual property; 3) agreement on the distribution of property rights to intellectual property between the employee and the employer; 4) contracts for the disposal of property rights to intellectual property; 5) other contracts that do not contradict the laws of Ukraine.

This attention is focused on the fact that not solved the possibility of commercialization of intellectual property created by public research institutions financed from the State Budget of Ukraine.

Key words: intellectual property, intellectual property, use of intellectual property, scientific and technical activities, invention, utility model.

Анотація

Безова Т. І. Особливості використання об'єктів інтелектуальної власності: правові підстави та процедура. – Стаття.

Стаття присвячена основним проблемам правового забезпечення використання об'єктів інтелектуальної власності. Авторкою проаналізовано законодавство у сфері інтелектуальної власності, правову природу поняття «використання об'єктів інтелектуальної власності», а також його форми. Надано пропозиції щодо видів форм використання об'єктів інтелектуальної власності та сформульовані пропозиції щодо подальшого вдосконалення законодавства у цій сфері.

Сьогодні дуже актуальним є питання комерціалізації інтелектуальної власності, а необхідною передумовою отримання прибутку є використання майна, введення його в обіг.

Способи використання об'єктів інтелектуальної власності закріплені у ст. 426 ЦК України. До ознак договорів щодо розпорядження майновими права інтелектуальної власності відносяться: 1) сам об'єкт договору – нематеріальні блага; 2) той факт, що використання об'єкта інтелектуальної власності можливе лише на підставі договору користувача з правоволодільцем зазначеного об'єкта; 3) їх оплатний характер; 4) суттєві обмеження містяться в законодавстві щодо використання об'єктів інтелектуальної власності, які визнані в установленому порядку секретними; 5) до особливостей цих договорів слід віднести також те, що одним із пунктів такого договору є результати інтелектуальної власності.

Правова форма використання інтелектуальної власності за такими ознаками: 1) договір про введення статутного капіталу майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності; 2) договори на виробниче застосування об'єктів інтелектуальної власності; 3) договір про розподіл майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності між працівником і роботодавцем; 4) договори розпорядження майновими правами на об'єкти інтелектуальної власності; 5) інші договори, що не суперечать законодавству України.

Ключові слова: інтелектуальна власність, об'єкти інтелектуальної власності, використання об'єктів інтелектуальної власності, науково-технічна діяльність, винахід, корисна модель.

УДК 342.924

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3255>*Ю. В. Борисова, А. В. Біла, В. В. Воронін*

**ОСОБЛИВОСТІ РІШЕНЬ ПРО ВІДМОВУ В РЕЄСТРАЦІЇ
ПОДАТКОВОЇ НАКЛАДНОЇ/РОЗРАХУНКУ КОРИГУВАННЯ
В ЄДИНОМУ РЕЄСТРІ ПОДАТКОВИХ НАКЛАДНИХ
ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ:
АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ**

Постановка проблеми. У сьогоднішніх умовах податкова система України є досить недосконалою, а тому це негативно впливає як на бізнес, так і на державу в цілому. Це і зумовлює обтяжливість оподаткування, головним чином, в напрямку адміністрування податків, в тому числі і для їх платників, а не лише для контролюючих органів. Суб'єкти господарювання сплачують велику кількість податків, виступаючи податковим агентом споживачів та найманих працівників, при цьому такі платники податків беруть на себе весь тягар адміністрування, що є значною перешкодою для діяльності та розвитку. Так, значні часові та матеріальні ресурси витрачаються на процедури податкового обліку, звітності, а також на боротьбу підприємців із неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю контролюючих органів. Тому в даному дослідженні ми звернемо увагу на основні аспекти вказаної проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питання щодо прийняття органами ДПС України рішення про відмову у реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних займалися такі вчені, як Зелікман В.Д., Іванова Л.Б., Черненко Т.Ю., Сокольська Р.Б., Подолянчук О.А., Хиляк І. та інші.

Метою статті є аналіз судової практики та обґрунтування проблемних аспектів діяльності органів Державної податкової служби України під час реєстрації податкових накладних, а також визначення шляхів вирішення проблемних питань в умовах електронного документообігу.

Виклад основного матеріалу дослідження. В Єдиному реєстрі податкових накладних починаючи з 01 лютого 2015 року реєстрації підлягають усі податкові накладні та розрахунки коригування до податкових накладних незалежно від розміру податку на додану вартість в одній податковій накладній.

Для повноти дослідження, перш за все, звернемося до дефініції податку на додану вартість відповідно до чинного законодавства України. Податковий кодекс України визначає податок на додану вартість (далі – ПДВ) як непрямий податок, який нараховується та сплачується відповідно до норм Розділу V Податкового кодексу (пп. 14.1.178 п. 14.1 ст. 14) [1]. Отже, ПДВ – непрямий загальнодержавний податок, який є складовою частиною ціни товарів і послуг та включає податкові зобов'язання щодо постачання товарів (послуг), податковий кредит щодо постачання товарів (послуг) та зобов'язання перед бюджетом з ПДВ [2, с. 2].

Згідно з п. 2 Порядку ведення Єдиного реєстру податкових накладних, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 1246 від 29.12.2010 року (далі – Порядок № 1246) [3], податкова накладна – електронний документ, який складається платником податку на додану вартість відповідно до вимог Податкового кодексу України в електронній формі в затвердженому в установленому порядку форматі (стандарті) та надсилається для реєстрації.

Під час здійснення операцій із постачання товарів/послуг платник податку, продавець товарів/послуг, зобов'язаний в установлені терміни скласти податкову накладну, зареєструвати її в Єдиному реєстрі податкових накладних та надати покупцю за його вимогою. Податкова накладна є для покупця підставою для нарахування сум податку, що відносяться до податкового кредиту.

Доцільно зауважити, що 13 червня 2017 року в Україні введена система блокування податкових накладних. Державна фіскальна служба України розробила критерії ризикованості [4], згідно з якими податкова накладна може бути заблокована. Якщо податкова накладна отримує статус заблокованої, покупець не має права відобразити її в податковому кредиті, при цьому податкове зобов'язання, яке виникає під час блокування такої накладної, відображається як зазвичай.

Механізм зупинення реєстрації регламентований положеннями п. 201.16 ст. 201 ПК України, а також Порядком зупинення реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України № 1165 від 11.12.2019 р. (далі – Порядок № 1165) [5].

Ми погоджуємося з тим, що законодавцем абсолютно чітко визначено умови зупинення реєстрації податкової накладної, а саме відповідність критеріям ризиковості платника податку або критеріям ризиковості здійснення операції. Йдеться про перелік ознак, що можуть вказувати на фіктивність платника: реєстрація на недійсні документи, неподання фінансової чи податкової звітності і власне наявність у податкових органів будь-якої іншої інформації, що може вказувати на ризиковість платника [5].

Включення до переліку ризикових платників найчастіше стає критичною ситуацією, оскільки до моменту виключення з такого переліку є велика ймовірність, що всі податкові накладні будуть заблоковані. А така ситуація спричиняє істотне ускладнення діяльності підприємства, оскільки по кожній зупиненій накладній необхідно подати великий пакет документів для часто невдалої спроби розблокування.

На наше переконання, варто підкреслити, що систему постійного автоматизованого моніторингу було створено для зменшення кількості схем ухилень від оподаткування, найяскравішою з яких є формування фіктивного податкового кредиту. Вважаємо за необхідне відзначити, що невиконання контролюючим органом законодавчо встановлених вимог щодо змісту, форми, обґрунтованості та вмотивованості рішення про зупинення реєстрації податкової накладної призводить до необґрунтованого обмеження права платника податків бути повідомленим про необхідність надання документів за вичерпним переліком і призводить до протиправності такого рішення.

Розглянемо судову практику з розгляду спорів щодо прийняття органами ДПС України рішення про відмову у реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в єдиному реєстрі податкових накладних

Тому такі формальні недоліки рішення комісії про включення платника до переліку ризикових та відсутність доказів вже створюють можливість для успішного захисту платників в суді та скасування подібних рішень [6].

На нашу думку, варто відзначити, що установлення причин, що зумовили пропущення строку на реєстрацію податкових накладних та/або розрахунку коригування, а також не вчинення платником податків усіх залежних від нього дій з метою належного виконання податкового обов'язку щодо своєчасної реєстрації таких документів є обов'язковою умовою для визнання такої дії/бездіяльності правопорушенням і застосування заходів відповідальності.

31 січня 2020 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду розглянув касаційну скаргу Головного управління Державної фіскальної служби у Херсонській області на постанову Херсонського окружного адміністративного суду від 11 липня 2017 року й ухвалу Одеського апеляційного адміністративного суду від 05 жовтня 2017 року у справі № 821/819/17 за позовом Приватного підприємства «Старком-Агро» до Головного управління Державної фіскальної служби у Херсонській області про визнання протиправним і скасування податкового повідомлення-рішення. Херсонський окружний адміністративний суд постановою, залишеною без змін ухвалою Одеського апеляційного адміністративного суду, задовольнив адміністративний позов. Верховний Суд залишив касаційну скаргу без задоволення, а оскаржувані судові рішення – без змін. Правовий висновок Верховного Суду за результатами розгляду зазначеної адміністративної справи полягає в такому. Для з'ясування питання про наявність/відсутність підстав для застосування до платника податку відповідальності за затримку реєстрації податкових накладних необхідно встановити причини, що зумовили допущення такого пропуску, та перевірити, чи вчинив платник податку усі залежні від нього дії з метою належного виконання податкового обов'язку щодо своєчасної реєстрації таких документів. Виходячи зі змісту пункту 109.1 статті 109 Податкового кодексу України, саме протиправність дії/бездіяльності є обов'язковою умовою для визнання такої дії/бездіяльності правопорушенням. Допущення платником податку податкового правопорушення щодо недотримання граничного строку реєстрації податкових накладних має наслідком застосування відповідальності у вигляді штрафу, розмір якого залежить від кількості пропущених днів реєстрації [7].

У Постанові від 05.08.2020 р. у справі № 280/3439/19/ Верховний Суд визнає, що контролюючий орган здійснює моніторинг податкових накладних/розрахунків коригування шляхом аналізу наявної податкової інформації, що міститься в інформаційних ресурсах. Здійснюючи такий моніторинг, контролюючий орган виявляє ризики порушення норм податкового законодавства, які проявляються у ймовірності складання та надання податкових накладних з порушенням ПКУ та неможливості здійснення операцій з постачання товарів/послуг, дані про які зазначені у податкових накладних/розрахунках коригування, та/або ймовірності уникнення платником податку виконання свого податкового обов'язку [8].

Дії контролюючого органу щодо внесення до електронної бази даних інформації незалежно від джерела її отримання (чи то отриманої внаслідок проведення податкової перевірки, чи то за результатами засідання Комісії ГУ ДФС) є службовою діяльністю працівників податкового органу на виконання своїх професійних обов'язків. Натомість обов'язковою ознакою дій/бездіяльності/рішень суб'єкта владних повноважень, які можуть бути оскаржені до суду, є те, що вони безпосередньо породжують певні правові наслідки для суб'єктів відповідних правовідносин і мають обов'язковий характер для останніх.

Рішення контролюючого органу про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в ЄРПН призведе до певних негативних правових наслідків для платника податків. Тому, вважаючи рішення контролюючого органу неправомірним, особа може звернутись до суду за захистом прав, свобод та інтересів від порушень з боку суб'єкта владних повноважень. У межах цього спору підставами позову серед іншого можуть бути доводи щодо неправомірності дій контролюючого органу з віднесення платника податків до переліку таких платників податків, які відповідають критеріям ризиковості.

Звернемося до аналізу практики судів нижчої інстанції. Так, Вінницький окружний адміністративний суд розглянув справу № 120/4131/19-а (рішення від 29 січня 2020 р.), відповідно до якої приватне підприємство «Ремелектро» звернулось у суд з адміністративним позовом до Державної податкової служби, в якому просило визнати протиправним та скасувати рішення комісії ДПС України про відмову в реєстрації податкової накладної та зобов'язати зареєструвати податкову накладну в Єдиному реєстрі податкових накладних за датою її подання [9].

В обґрунтування позовних вимог позивач зазначив, що Комісією Державної податкової служби України було зупинено реєстрацію податкових накладних № 10 від 15.11.2019 року. Позивачем було направлено відповідачу документи, які підтверджують реальність господарських операцій з контрагентом. Проте рішеннями Комісії ДПС України, яка приймає рішення про реєстрацію податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних або відмову в такій реєстрації від 06.12.2019 № 1346412/25496456, відмовлено в реєстрації податкових накладних.

У Квитанції про зупинення реєстрації вищевказаної податкової накладної зазначено про те, що податкова накладна відповідає критеріям ризику, запропоновано надати пояснення та/або копії документів, достатніх для прийняття рішення про реєстрацію податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних.

Відповідачем застосовано критерії ризиковості платника податку до податкової накладної, а не до платника податку позивача, що свідчить про те, що контролюючим органом реєстрацію податкових накладних зупинено з підстави, яка не повною мірою узгоджується з положеннями Порядку № 117.

Згідно з пунктом 10 Порядку від 21.02.18 № 177 критерії ризиковості платника податку, критерії ризиковості здійснення операцій, перелік показників, за якими визначається позитивна податкова історія платника податку, визначає ДФС та надсилає на погодження Мінфіну в електронній формі через систему електронної взаємодії органів виконавчої влади.

Якщо виявлено, що платник податків має ознаки ризиковості згідно з пунктом 1.6 цих Критеріїв, то такий платник податків вноситься на розгляд Комісії в той самий день і вноситься до переліку ризикових платників у день проведення засідання Комісії, на якому прийнято відповідне рішення.

На нашу думку, варто наголосити на застосуванні судом при розгляді цієї справи практики Європейського суду з прав людини, а саме, справи «Рисовський проти України». Суд зазначив про особливу важливість принципу належного урядування, який передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб. Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси.

Державні органи, які не впроваджують або не дотримуються своїх власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків.

Суд встановив, що принципу належного урядування в розумінні практики Європейського суду з прав людини відповідачем не дотримано. Зокрема, надсилаючи позивачу квитанції про зупинення реєстрації податкових накладних, відповідач не діяв у належний, чіткий та якомога послідовніший спосіб. Про вказане свідчить те, що пропозиція щодо надання платником податку пояснень та копій документів, необхідних для прийняття контролюючим органом рішення про реєстрацію податкової накладної, носить загальний характер, а з її змісту неможливо встановити, які саме документи слід надати платнику (у квитанціях вказано «пропонуємо надати пояснення та/або копії документів, достатніх для прийняття рішень про реєстрацію податкових накладних...»).

Рішенням Чернівецького окружного адміністративного суду № 95650468 від 18.03.2021 задоволено повністю позов ТОВ «Грінтек» до Головного управління ДПС у Чернівецькій області, Державної податкової служби України про визнання протиправним та скасування рішення про відмову в реєстрації податкових накладних/розрахунків коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних від 02.09.2020 року № 1891433/42820558 [10].

07 серпня 2020 року ТОВ «Грінтек» виписано та направлено до Державної податкової служби України для реєстрації у Єдиному реєстрі податкових накладних податкову накладну № 1. Однак рішеннями Комісії з питань зупинення реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних відмовлено в реєстрації вищевказаної податкової накладної. ТОВ «Грінтек» надано повідомлення № 1 про надання пояснення та копій документів, серед яких були: акт надання послуг № 3 від 07.08.2020 р., договір підряду № 088720/02 від 08.07.2020 р., платіжне доручення № 420 від 11.08.2020 р. Серед переліку наданих позивачем документів були відсутні первинні документи, які б підтверджували постачання/придбання товарів, послуг, зберігання і транспортування. Даний факт не заперечується позивачем.

Дослідженням матеріалів справи судом встановлено, що підставою для зупинення реєстрації податкової накладної № 1 від 07.08.2020 року слугувало те, що платник податку відповідає вимогам пункту 8 Критеріїв ризиковості платника податку.

Судом встановлено, що при зупиненні реєстрації податкових накладних у квитанціях відсутній конкретний перелік необхідних документів, що має бути наданий платником для прийняття рішення про реєстрацію податкових накладних, наявні лише посилання на п. 201.16. ст. 201 ПК України, що унеможлиблює встановити конкретно, яким критеріям ризиковості, переліченим у зазначеному вище пункті 8 Критеріїв ризиковості платника податку, відповідає позивач.

Суд зазначає, що відповідність критеріям ризиковості має бути спростовано платником податків шляхом подання на вимогу податкового органу переліку документів, необхідних для прийняття рішення про реєстрацію податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, і лише ненадання платником податку письмових пояснень стосовно підтвердження інформації, зазначеної в податковій накладній/розрахунку коригування або ненадання платником податку копій документів відповідно до вимог Порядку або надання платником податку копій документів, які складені з порушенням законодавства, є підставами для прийняття комісіями контролюючих органів рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування.

Суд вважає, що така господарська операція щодо надання ТОВ «Грінтек» послуг ТОВ «Західенбуд» є реальною. При цьому в матеріалах справи наявні первинні документи, які підтверджують понесенні позивачем витрати у зв'язку з виконанням ним умов договору про надання послуг, аналіз та синтез яких свідчить про їх змістову логічність з наведеними вище первинними документами, якими документовано господарську операцію між ТОВ «Грінтек» та ТОВ «Західенбуд». При цьому у зв'язку з отриманням послуг ТОВ «Західенбуд» має право на податковий кредит, однак його реалізувати не може у зв'язку з відмовою в реєстрації податкової накладної.

Відповідачами не доведено суду правомірність прийняття оскаржуваного позивачем рішень про відмову в реєстрації податкової накладної від 02.09.2020 року № 1891433/42820558, а тому суд вважає, що позовні вимоги в цій частині є обґрунтованими та такими, що підлягають задоволенню.

Висновки. Унаслідок вищевикладеного, виходячи з аналізу положень судової практики на предмет розгляду справ щодо прийняття органами Державної податкової служби України рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, законності таких рішень, правомірності дій податкових органів в умовах електронного документообігу та дотримання ними вимог належного урядування, доцільно виокремити такі проблеми у досліджуваній сфері:

1. Контролюючі органи не зазначають конкретного виду критерію оцінки ступеня ризиків платника податків, що унеможлиблює надання платником податків вичерпного переліку документів на підтвердження правомірності формування та подання податкової накладної. Це призводить до необґрунтованого обмеження права платника податків бути повідомленим про необхідність надання документів

за вичерпним переліком відповідно до критерію зупинення реєстрації податкової накладної, а не з будь-яких підстав на власний розсуд податкового органу.

2. Відмова в реєстрації податкових накладних можлива лише у випадку попереднього зупинення реєстрації податкової накладної контролюючим органом, при цьому податкові органи відмовляють у реєстрації податкових накладних без попереднього зупинення їх реєстрації.

3. Недотримання податковими органами принципу належного урядування, який передбачає, що в разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб.

На нашу думку, значним недоліком є недосконалість електронної системи взаємодії контролюючих органів та платників податків – може давати збій, унаслідок чого може не спрацювати система збереження документів, та можуть виникати труднощі зі своєчасністю реєстрації податкових накладних, завантаженням електронних документів тощо.

Ми погоджуємося із правовою позицією Верховного суду України, відповідно до якої відсутність будь-якого обґрунтування для включення платника до переліку ризикових чи недоведеність наявності визначених Порядком № 1165 підстав вже сама по собі є підставою для визнання такого рішення неправомірним та його скасування. Тому необґрунтовані рішення контролюючих органів призводять до порушення прав платників податків та необхідності їх захисту у судовому порядку.

Література

1. Податковий кодекс України : Кодекс України; Закон, Кодекс від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112 (дата звернення: 05.09.2021).
2. Подолячук О. А. Податок на додану вартість: сутність та стан первинного обліку. *Економіка. Фінанси. Менеджмент: Актуальні питання науки і практики*. 2017. № 1. С. 82–96 (дата звернення: 05.09.2021).
3. Про затвердження Порядку ведення Єдиного реєстру податкових накладних : Постанова Кабінету Міністрів України; Порядок від 29.12.2010 № 1246. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1246-2010-%D0%BF#Text> (дата звернення: 09.09.2021).
4. Про затвердження порядків з питань зупинення реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2018 року № 117 із змінами. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/117-2018-p> (дата звернення: 15.09.2021).
5. Про затвердження порядків з питань зупинення реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних : Постанова Кабінету Міністрів України; Порядок, Критерії, Перелік, Форма типового документа, Рішення, Заява від 11.12.2019 № 1165. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0536-18#Text> (дата звернення: 15.09.2021).
6. Хиліяк І. Блокування реєстрації податкових накладних: аналіз актуальної судової практики. URL : https://biz.ligazakon.net/analytics/202217_blokuvannya-restrats-podatkovikh-nakladnikh-analiz-aktualno-sudovo-praktiki (дата звернення: 19.09.2021).
7. Постанова Верховного Суду від 31 січня 2020 року у справі № 821/819/17. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87363985> (дата звернення: 20.09.2021).
8. Постанова від 05.08.2020 р. у справі № 280/3439/19/. URL : https://protocol.ua/ua/postanova_kas_vp_vid_05_08_2020_roku_u_spravі_280_3439_19/ (дата звернення: 20.09.2021).
9. Рішення Вінницького окружного адміністративного суду у справі № 120/4131/19-а від 29 січня 2020 р. URL : <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87263923> (дата звернення: 01.10.2021).
10. Рішення Чернівецького окружного адміністративного суду № 95650468 від 18.03.2021. URL : <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/95650468/> (дата звернення: 22.09.2021).

Анотація

Біла А. В., Воронін В. В., Борисова Ю. В. Особливості рішень про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних органами Державної податкової служби: аналіз судової практики. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу судової практики щодо прийняття органами Державної податкової служби України (далі – ДПС України) рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних. У статті проаналізовано підстави для прийняття рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, охарактеризовано критерії ризиковості платника податку на додану вартість, проаналізовано судові рішення Верховного суду України та місцевих адміністративних судів на предмет розгляду справ щодо прийняття органами ДПС України рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, законності таких рішень, правомірності дій податкових органів в умовах електронного документообігу та дотримання ними вимог належного урядування. Визначено проблемні питання, які виникають в умовах електронного документообігу у податковій сфері та запропоновано шляхи їх вирішення. Визначено також, що одним із проблемних аспектів адміністрування податків є прийняття податковими органами рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних. Проаналізовано термінологічні аспекти, визначено, що податок на додану вартість (далі – ПДВ) є непрямим податком, який нараховується та сплачується відповідно до норм чинного Податкового кодексу України. Отже, ПДВ – непрямий загальнодержавний податок, який є складовою частиною ціни товарів і послуг та включає податкові зобов'язання щодо постачання товарів (послуг), податковий кредит щодо постачання товарів (послуг) та зобов'язання перед бюджетом з ПДВ. Проаналізовано, що під час здійснення операцій з постачання товарів/послуг платник податку – продавець товарів/послуг зобов'язаний в установлені терміни скласти податкову накладну, зареєструвати її в Єдиному реєстрі податкових накладних та надати покупцю за його вимогою. Податкова накладна є для покупця підставою для нарахування сум податку, що відносяться до податкового кредиту.

Ключові слова: облік, податок на додану вартість, адміністрування податків, реєстрація податкових накладних/розрахунків коригування, Єдиний реєстр податкових накладних.

Summary

Bila A. V., Voronin V. V., Borysova Yu. V. Peculiarities of decisions on refusal to register a tax invoice / calculation of adjustments in the Unified Register of Tax Invoices by the State Tax Service: analysis of case law. – Article.

This article is devoted to the analysis of judicial practice on the decision of the State Tax Service of Ukraine to refuse to register a tax invoice / calculation of adjustments in the Unified Register of Tax Invoices. The article analyzes the grounds for the decision to refuse to register a tax invoice / calculation of adjustments in the Unified Register of Tax Invoices, describes the risk criteria of the value added taxpayer, analyzes the court decisions of the Supreme Court of Ukraine and local administrative courts. decision to refuse to register a tax invoice / calculate adjustments in the Unified Register of Tax Invoices, the legality of such decisions, the legality of actions of tax authorities in terms of electronic document management and their compliance with the requirements of good governance. The problematic issues that arise in the context of electronic document management in the tax sphere are identified and ways to solve them are proposed. It is also determined that one of the problematic aspects of tax administration is the decision of the tax authorities to refuse to register a tax invoice / calculate adjustments in the Unified Register of Tax Invoices. Terminological aspects are analyzed, it is determined that the value added tax (hereinafter – VAT) is an indirect tax that is accrued and paid in accordance with the current Tax Code of Ukraine. Thus, VAT is an indirect national tax, which is a component of the price of goods and services and includes tax liabilities for the supply of goods (services), tax credit for the supply of goods (services) and liabilities to the budget with VAT. It is analyzed that when carrying out operations on supply of goods / services, the taxpayer – seller of goods / services is obliged to draw up a tax invoice, register it in the Unified Register of Tax Invoices and provide it to the buyer upon request. The tax invoice is the basis for the buyer to accrue tax amounts related to the tax credit.

Key words: accounting, value added tax, tax administration, registration of tax invoices / adjustment calculations, Unified register of tax invoices.

УДК 342.7: 343.3

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3256>*І. І. Дахова, Є. В. Баранова*

РЕАЛІЗАЦІЯ ВИКРИВАЧАМИ КОРУПЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ЗАХИСТ

Постановка проблеми. Розстановка сил на політичній арені в більшості спрямована на боротьбу з корупцією, оскільки вона є одним з основних гальмуючих аспектів розвитку сучасних демократичних країн. Постає ряд питань, чи в битві із цим явищем вже віднайдені відповіді на питання щодо реалізацію особою власного конституційного права на захист, у тому числі захисту від переслідувань через викриття корупціонерів. Які у світі розроблені методи захисту добровільних інформаторів? Що є підставою для початку активних дій, спрямованих на захист конкретної особи? Міжнародний досвід великої кількості держав містить декілька механізмів вирішення даних питань. У цьому контексті доцільним буде проаналізувати міжнародний та національний теоретичний та практичний досвід; з'ясувати вектори подальшої співпраці та боротьби у цій сфері, які є пріоритетними.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Методологічну основу дослідження даної проблематики становлять праці як вітчизняних, так і іноземних науковців, таких як: А.Ю. Шостко [2], Н.В. Сметаніна [3], О.М. Калитенко [7], О.В. Стасюк [8], Геральд Г. Мой та Р. Вон [10], ряд інших вчених та юристів-практиків.

Мета дослідження полягає в аналізі вже наявних способів вирішення питання реалізації захисту осіб-викривачів; наголошенні на вже напрацьованих способах вирішення питання про захист добровільних інформаторів. А також у зверненні уваги на наявні в Україні зміни, що на пряму стосуються «whistleblowers».

Результати. Сьогодні можна беззаперечно стверджувати, що інститут викривачів або добросовісних інформаторів – осіб, які за наявності обґрунтованого переконання, що інформація є достовірною, повідомляють про порушення вимог Закону України «Про запобігання корупції» іншою особою, є важливим методом подолання корупційних правопорушень [1].

У випадку прийняття рішення особою про розкриття корупціонера, враховуючи важливість інформації для населення, викривач піддає себе та своє оточення небезпеці з боку викритих осіб, стикається з переслідуваннями, дискримінацією чи репресіями на роботі, зокрема це включає у себе декілька етапів: позбавлення премій, переведення на нижчу посаду та навіть звільнення. Фактично він зіштовхується з тотальним порушенням його прав, передбачених Європейською конвенцією з прав людини.

Детальний аналіз змісту Конституції України свідчить про вияв сутності права на захист у нормах, присвячених правовій регламентації інших суспільних відносин: право на звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України (ст. 8); право на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав

людини, до міжнародних судових установ (ст. 55) тощо. Слід зауважити, що в тексті Конституції міститься належне формулювання, котре може регламентувати право кожної людини, зокрема права викривачів корупції на захист у загальному його розумінні: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [2].

На міжнародному ж рівні робота в напрямку захисту та розвитку інституту викривачів має більш практичний аспект. Так, за останні роки більш ніж 30 країн світу розробили спеціальні закони або включили гарантії права захисту викривачів в антикорупційне, трудове законодавства або в етичні кодекси працівників. До таких країн належать: Сполучені Штати Америки, Австралія, Республіка Сербія, Японія, Велика Британія та багато інших. У цих країнах викривачі отримали і визнання від громадськості, адже про це свідчать пам'ятники викривачам Сноудену, Асанжу, Меннінгу в Женеві, демонстрації на підтримку запровадження захисту викривачів у Брюсселі, а також щорічна міжнародна премія International Whistleblowing Prize та премія за мужність у США. У деяких країнах навіть закріплена система фінансового заохочення добросовісних інформаторів [2, с. 146].

Уперше необхідність саме законодавчого врегулювання інституту захисту інформаторів було відображено у ст. 22 Кримінальної, ст. 9 Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, а також ст. 33 Конвенції ООН проти корупції [4]. Саме в останній міститься зауваження, що кожна держава-учасниця має можливість включення до внутрішньої правової системи належних заходів для забезпечення захисту будь-яких осіб, які на обґрунтованих підставах повідомляють відповідним правоохоронним органам про злочини, передбачені даною Конвенцією [5].

У деяких державах норми, що знайшли відображення в нормативно-правових актах, дійсно, ефективно застосовуються й на практиці. Так, прикладом є справа офіцера поліції Нью Йорка Ф. Серпико, який виступив зі свідченнями щодо випадків корупції. Наочним підтвердженням є й рішення Європейського Суду з прав людини у справі Guja v. Moldova №.14277/04, в якому було визнано, що Молдова порушила ст. 10 Європейської конвенції про права людини, коли було звільнено державного службовця, який розкрив інформацію, що представляє суспільний інтерес про спроби високопоставлених політиків впливати на судову систему. Суд постановив, що ст. 10 поширюється як на державних службовців, так і на робочі місця [6].

У цілому добровільні інформатори існують протягом тривалого проміжку часу й скрізь, наприклад, в Італії ще у 2006 році Роберто Савіано викрив італійських злочинців (мафію), після чого його та 20 журналістів уже протягом 13 років охороняють правоохоронні органи Італії та надають можливість переховуватись у США та Німеччині, де йому створюють підроблене ім'я за документами, оскільки мафія Італії оголосила йому смертну кару [7].

Існують й інші механізми захисту, які застосовуються в ряді прогресивних держав. Наприклад, у Нідерландах діє спеціально створена Палата викривачів. Цей орган діє в декількох напрямках: надає консультації добросовісним інформаторам та водночас проводить розслідування викритих ймовірних порушень. У цьому

випадку великий відсоток можливості зловживання даним правом звернення до Палати, тому попередньо існує процедура розгляду внутрішньо на підприємстві кількістю 50 та більше працівників питання про правопорушення.

У Литві ж, крім аналогічних передбачених гарантій, як і в Україні, є одна деталь – це звільнення від відповідальності за участь у незаконній діяльності. Щодо фінансової мотивації, то вона коливається від 10–30% залежно від економічного розвитку держави. Наприклад, у Південній Кореї стимули викривачам становлять до 2 млн доларів. Але при цьому сам Закон передбачає не лише матеріальну винагороду, але й фізичний захист, наприклад, патрулювання району, де проживає викривач. До того ж, поняття викривач включає у себе більш широкий зміст: закон призначений для захисту і матеріальної винагороди державних і корпоративних викривачів, які повідомляють про порушення, пов'язані з безпекою, здоров'ям, довкіллям, захистом прав споживачів і добросовісною конкуренцією.

Такі країни, як Англія та Франція, в законодавстві про захист викривачів передбачили вимоги до особи викривача. В Англії ними є лише працівники або колишні працівники відповідного підприємства, які виявили правопорушення в ході виконання своїх трудових обов'язків [8]. У Франції аналогічно, але колишні працівники не вважаються викривачами. З одного боку, це нівелює можливість звичайної людини повідомити про відоме їй правопорушення, з іншого ж боку, гарантує достовірність отриманої інформації, яка може бути навіть підтверджена доказами (документація, обставини правопорушення тощо).

Сполучені Штати Америки, досвід яких є фундаментальним у цій сфері, акцентує увагу на анонімності особистості інформатора та його добросовісності. Викривач зобов'язаний заповнити відповідну форму (до її складу входить 6 сторінок питань, зокрема, що стосуються підтверджуючих матеріалів та джерела інформації). Whistleblowers повинні розкрити свою особистість адвокату, під час виникнення питань чи підозр у правоохоронних органів щодо недостовірності інформації особистість викривача відразу розкриваються, та питання, заповнені ним, співвідносяться з персоналією особи. Щодо винагород, то виплата викривачу в США залежить прямо пропорційно від успішного виконання рішення, що є позитивним аспектом, оскільки викривач не має матеріальної, чітко визначеної зацікавленості, а має лише на меті допомогти побороти негативні аспекти діяльності в будь-якій сфері. З іншого боку, не все так ідеально. Ураховуючи можливість не давати показання особисто, не відповідати за наклеп та отримання винагороди хоча б у певній частині, можуть стати «бізнесом» та простором для маніпуляцій, що жодним чином не стосується викорінення корупції.

В Україні ж на даний момент з 01.01.2020 набув чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції». По-перше, серед змін є визначення правового статусу викривача, чітке регламентування їх гарантій захисту та створення відповідних безпечних умов для розкриття інформації про корупцію. По-друге, викривач (крім співучасника та за відсутності угоди зі слідством) матиме право на винагороду у межах 10% від предмета злочину (більше 5000 прожиткових мінімумів) чи збитків державі, але не більше 3000 мінімальних заробітних плат, якщо повідомлена інформація

сприяла доказуванню злочину і не була відомою правоохоронним органам. Вищезазначені нововведення містяться у ст. 537, якою було доповнено Закон. Крім того, повідомленням можна вважати надання інформації через ЗМІ, професійні спілки чи громадські об'єднання. Дана процедура здійснюється через анонімні канали, створення яких покладається на Національне антикорупційне бюро України та Національне агентство із запобігання корупції. Ними можуть бути анонімні гарячі лінії, канали онлайн-зв'язку, електронні поштові скриньки тощо [9].

Цікавим є те, що закладений механізм захисту, на мій погляд, гіпотетично є досить дієвим, але чи буде він таким в реалізації? Це покаже лише національна практика із плином часу. Оскільки викривачам надається право на безоплатну правову допомогу, відшкодування витрат на адвоката, надання психологічної допомоги та надання безпечних умов у наступному не тільки особі викривача, але й його близьким родичам.

З іншого боку, не дивлячись на всі ці досить переконуючі гарантії, вважаю, що необхідним є розширення змісту дефініції «викривач корупції», оскільки не варто зосереджувати увагу виключно на боротьбі з корупцією у політичних колах чи під час здійснення повноважень органами державної влади. Це не єдина проблема нашої держави: екологія, безпечні продукти харчування, фармацевтика тощо. Перелік сфер, у яких не менш важливою є діяльність викривачів, невичерпний, тому поступово варто розширювати межі даного поняття та постійно активізувати діяльність цих осіб у всіх колах суспільних відносин.

Висновки і перспективи. Підсумовуючи вищенаведене, варто звернути увагу, що право на захист викривачів корупції та його реалізація – це питання, які ніколи не будуть достеменно вивчені та вирішені, оскільки суспільство перебуває в динамічному розвитку та постійно з'являються нові ніші для корупційних схем. Але це в жодному разі не свідчить про необхідність припинення розробки методів захисту викривачів корупції, навіть, навпаки, є важливим аргументом «за» розуміння того, що корупція – це явище, яке прогресує у всіх сферах та є однією з основних причин гальмування демократичного розвитку України. Викриття хоча, з одного боку, і не складний засіб боротьби з корупційним гнітом, але з іншого, потребує найбільше зусиль для покрокової розробки гарантій та механізмів захисту викривачів. Ідеальною моделлю в демократичній державі є та, за якої владними корупціонерами не буде порушене абсолютне право людини на життя, на недоторканність та безпеку у випадку розголошення інформації.

Отже, в той час, коли ряд держав вже імплементували реалізацію теоретичних засад захисту добровільних інформаторів на практиці, що вже дозволяє їм зеконномити країні десятки мільярдів доларів, в інших, зокрема, на жаль, і в Україні, культура викриття корупційних правопорушень знаходиться на початковому етапі законодавчого розвитку, тобто на етапі теоретичних засад. І лише у випадку застосування міжнародного досвіду втілення на практиці прописаних норм будуть задоволені легітимні очікування населення. Викривачі – це своєрідна групи ризику у суспільстві, де обмежена свобода ЗМІ і де правова система корумпована. Тому, вважаю, основоположними напрямками діяльності держави в даній сфері залишаються акумуляція міжнародних стандартів до національного законодав-

ства, підтримка осіб, які не «толерують» корупцію, аналіз досвіду побудови нормативно-правової бази закордоном, та найголовніше – психологічний аспект сприймання народом викривачів та розуміння мети їх дій.

Література

1. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VIII. *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.
2. Шостко О. Ю. Правовий захист викривачів корупційних правопорушень. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 3. С. 146–150.
3. Сметаніна Н. В. Міжнародний досвід захисту викривачів. *Право і суспільство*. 2018. № 3. С. 236–241.
4. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 року. *Офіційний вісник України*. 2006. № 44. С. 41. Ст. 2939.
5. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією від 4 листопада 1999 р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 94. С. 252. Ст. 592.
6. Guja v. Moldova: рішення Європейського Суду з прав людини від 12 лютого 2008 р. URL : http://www.conventious.ru/view_base.php?id=8840
7. Калітенко В. Ю. Без страху і з докором. Як у світі захищають викривачів корупції. 2019. URL : <https://ti-ukraine.org/blogs/bez-strakhu-i-z-dokorom-yak-u-sviti-zahyshchaiut-vykryvachiv-koruptsii/>
8. Стасюк О. В. Борківцев І.І. Що не так з версією України стосовно викривачів корупції. *Економічна правда*. 2019. № 4. URL : https://www.asterslaw.com/ru/press_center/publications/risks_of_the_new_law_on_corruption_whistleblowers_for_business_in_ukraine/
9. Баранова Є. В. Міжнародний досвід захисту викривачів корупції. *Підприємство, господарство та право*. 2019. № 4. URL : <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/4/38.pdf>
10. The Whistleblowing Commission. Code of Practice. URL : <http://www.pcaw.org.uk/whistleblowing-commission-public-consultation>
11. Whistleblower Protections: A Guide. International Bar Association. Legal Policy & Research Unit and Legal Practice Division. IBA. 2018. 67 p.

Анотація

Дахова І. І., Баранова Є. В. Реалізація викривачами корупції конституційного права на захист. – Стаття.

У даній статті розглянуто, як реалізується захист викривачів та використовується на практиці законодавство щодо їх захисту, оскільки це є необхідним чинником розвитку демократичних суспільств. Відповідні елементи такого захисту на міжнародній арені повинні бути враховані під реалізації в Україні норм у даній сфері. Сьогодні внесені зміни в Закон України «Про запобігання корупції» від 01.01.2020 року ще не забезпечують ефективного захисту даної групи. Тому обґрунтованим є дослідження в даній статті проблематики користування правом на захист добросовісними інформаторами та створення механізму такої реалізації завдяки аналізу досвіду міжнародних колег та наступній його імплементації. Політична ситуація у світі останніх подій достатньо активно змінюється, хоча водночас єдине залишається незмінним – це корупція. Тому, хоча й у різному відсотковому співвідношенні, але викоринити її поки що не вдалося жодному главі держави. У даній роботі висвітлені питання співвідношення теоретично закріплених засад боротьби з корупцією через діяльність добровільних інформаторів та досвід роботи інституту викривачів в інших країнах. Звертається увага на конституційні засоби захисту після викриття інформації, гарантії; здійснюється аналіз рівня їх ефективності. У світли аналізі цілісної картини світу в боротьбі з даною проблемою актуальним аргументом, який свідчить про необхідність дослідження практики інших країн, є сприйняття того, що корупція – це явище, яке прогресує у соціальній, політичній, економічній сферах життя і є однією з основних причин гальмування демократичного розвитку України. Необхідним є зосередження уваги не лише на політичній корупції чи під час виконання повноважень органами державної влади. Поступово варто розширювати перелік галузей, які потребують боротьби з корупційними елементами в них: безпечні продукти харчування, фармацевтика, екологія тощо. Постійно варто активізувати діяльність цих осіб у всіх колах суспільних відносин. Не лише корумпованість у цих сферах, але й неналежне виконання обов'язків, недотримання правил виготовлення споживчих продуктів, ліків повинне бути виявлене та зупинене.

Сьогодні наявні певні векторні зрушення стосовно захисту whistleblowers у доктринальному аспекті, але незмінним є очікування прецедентної національної практики застосування норм, яка дасть змогу проаналізувати досвід України в порівнянні з практикою інших країн та позиціями Європейського Суду з прав людини й рекомендаціями Ради Європи, які наведені у статті, та забезпечити гідний рівень реалізації викривачами конституційного права на захист.

Ключові слова: суспільний інтерес, викривачі, добровільні інформатори, захист, розкриття інформації, гарантії діяльності.

Summary

Dahova I. I., Baranova E. V. Realization of constitutional right to protection by whistleblower's. – Article.

In the article deals with the views of scientists about whistleblowers as an important source of different cases, who often provide pivotal records for a successful prosecution. Institute of whistleblowers is an important protective measure of the corruption spreading in society. Corruptors in both spheres, public and private, inhibit the further development of State's economy and whole Ukraine. That's why, in this article the questions of the whistleblower's protection and the correlation of their activity, consequences are presented; analyze international and national rules of law. However, the main aspect is how much do our society need this information? In this work we reveal the problem of such stages of international development in this sphere, for instance, right of protection in connection with whistleblower's information disclosure. After all, it should be regarded as fundamental and general, on a pare with human rights to life, dignity, integrity etc. Detection through whistleblower reporting to law enforcement authorities is rarely discussed in public by such authorities because of the need to protect the whistleblowers involved. We should admit that protection should be afforded to whistleblowers regardless of their motives in making the disclosure and regardless of whether they report directly to law enforcement, or report internally - first within the company, or to the media, an elected government official or to civil society (for example, an advocacy group or a non-governmental organisation). Whistleblowers must know where, how, and when to report; that their identity as a whistleblower will be kept confidential; and also that they will be protected with anti-retaliation remedies. Raising awareness of the importance of whistleblowers can promote a "speak up" culture and destigmatise the disclosure of wrongdoing. One of the most successful and popular method to protect and encourage whistleblowers is to create a system of making anonymous or confidential reports. Furthermore, anonymous reporting includes concealment of whistleblower's identity, especially in small companies or small countries. From a practical perspective, it is also difficult to provide comprehensive protection to a person whose identity is unknown but that could be deduced by potential retaliators for the reasons described above. It is important to understand that when we speaking about our national actions in the sphere, we have to add important moments of other State's experience. The positions of the European Court of Human Rights and the recommendations of the Council of Europe are discussed, as well as priority directions for further resolution of these issues. In such way, the conclusion note is that whistleblowers must have effective legal protection in the form of guaranteed confidential reporting and anti-retaliation protections and we need to resolve this problem as soon as possible.

Key words: public interest, protection, disclosure information, warranties.

UDC 347.121.2

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3257>*D. S. Derevyanko*

NON-PROPERTY CORPORATE RIGHTS AS THE OBJECT OF NOTARY PROTECTION UNDER THE CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE

Formulation of the problem. In modern conditions of progress of market economy the activity of corporate legal entities has acquired the special value. In this regard, as well as taking into account the need to improve the investment climate in Ukraine, it is advisable to pay special attention to the issues of effective protection of the rights of participants of such legal entities. At the same time, it is difficult to deny the fact that the corporate relations are not limited to property. As of today, the problems of notarial protection of non-property corporate rights are still relevant.

The analysis of the recent researches and publications. Many scholars have devoted their works to the study of the legal protection of non-property corporate rights, including: O.V. Bihniak, V.M. Kossak, S.S. Kravchenko, V.M. Kravchuk, I.B. Sarakun, A.V. Smitiukh, O.M. Velykoroda, V.H. Zhornokui and many others. Since, the problems of notarial protection of the non-property corporate rights need further research.

The purpose of this scientific article is to analyze the legal regulation of non-property corporate rights as the object of notarial protection and to develop the author's position on these issues.

The presentation of the main material. Corporate rights have a dual structure and have been divided into non-property and property rights, although this issue has been still controversial among the scientific community, and some researchers generally deny the non-property nature of corporate rights or point to their derivative nature and interdependence on property.

D.I. Dedov categorically has stated that all the rights of shareholders, participants are property in their nature, given that their main interest is to preserve and increase their capital, and therefore profit; the rights defined by law are the tools to protect this interest [1, p. 388]. O.M. Velykoroda also has noted that corporate rights, including the right to participate in management as one of the powers of corporate rights, do not belong to personal non-property rights [2, p. 35].

We agree with the position of the group of scholars who believe that corporate includes both property and non-property rights (V.M. Kossak, A.V. Smitiukh, V.H. Zhornokui, etc.). At the same time, I.B. Sarakun, without denying the existence of non-property corporate rights, still emphasizes the dominant role of property rights [3, p. 22]. O.V. Dolynska believes that property and non-property corporate rights are related and do not exist without each other [4, p. 193].

We consider the position of researchers, who have emphasized the independent nature of non-property corporate rights, to be more rational. Thus, A. V. Smitiukh has noted that non-property corporate rights can not be derived from property, they should

be equivalent to property rights in importance [5, p. 25]. T.M. Alforova, developing this position, has noted that the property and non-property rights of participants of companies are equivalent, because only in their harmonious totality they allow to realize the legitimate interest of a participant of the company [6, p. 90].

Of course, it can't be denied that there is a connection between non-property and property rights, but there are no prerequisites for claims about the derivative nature of non-property corporate rights. Non-property rights are intended to mediate the non-property participation of participants (shareholders, members of cooperatives) during the activity of corporate organizations.

Thus, the scientific search for the content of corporate relations allows us to state the dichotomous division of corporate rights into non-property and property and at the same time come to a reasonable conclusion that despite the fact that there is a connection between these rights, non-property rights have become the independent category.

Regarding the designation of the studied type of corporate rights, we agree with the conclusion that the use of the term "personal" is incorrect, because in etymological essence it indicates an inseparable connection with a person and their inalienability. However, for example, a participant (shareholder) may participate in a general meeting and vote through his representative. In addition, erroneous, in our opinion, is the point of view of experts who call these rights organizational [7, p. 14; 8, p. 11]. In this regard, V.H. Zhornokui has emphasized that organizational legal relations are ancillary to property and non-property relations, they can not exist separately [9, p. 96].

Therefore, to denote these rights, it is advisable to use the term "non-property".

The prevailing position in scientific doctrine is that non-property corporate rights include:

- 1) the right to participate in the management of a corporate company, the content of which covers a number of powers;
- 2) the right to withdraw from the corporate company;
- 3) the right to information about the activities of the corporate company.

It should be noted that the scope and content of non-property corporate rights granted to participants (shareholders, members) differ depending on the type of organizational and legal form of the corporate organization.

Having clarified the conceptual and categorical and classification of non-property corporate rights, we should reveal their legal nature in terms of studying the peculiarities of the notary's performance of the functions and tasks assigned to him.

It also should be noted that the main notarial acts performed by a notary in order to ensure the realization of non-property corporate rights are the certification of documents (unilateral transactions) and certification of the signatures of participants in corporate relations.

The notarial form of protection of corporate rights is an integral attribute of ensuring the observance and inviolability of the rights and legitimate interests of corporate entities, as well as protection against abuse and illegal actions during the certification of local documents of corporate entities.

In this context, we agree with the conclusion of O.V. Bihniak, formulated by him in his dissertation research, that in corporate law notarial form of protection

is not an institution of preventive justice, here plays an important role certifying, confirmatory nature of the notary, which legally fixes rights to prevent possible violations in the future. Therefore, it is advisable to talk about the control direction of the notary's actions when certifying signatures on documents that mediate corporate relations [10, p. 340].

The notary, performing notarial acts, certifying transactions, local documents of legal entities of corporate type must establish the person whose signature certifies, check the legal capacity of the person who applied for the notarial act, require the necessary documents for the notarial act, etc. [11; 12]. Therefore, we can state that in order to ensure the proper level of protection of corporate rights, the notaries have been endowed with the necessary scope of powers.

It should be noted that compliance with the statutory procedure for notarial acts minimizes the possibility of committing offenses and serves as the effective and efficient means of protection in the exercise of corporate relations by such non-property rights as the right to information, access, participation in corporate governance.

It should be mentioned that the participants of the company may exercise their powers, which are part of the right to participate in the management of corporate entities, personally or entrust their implementation to others on the basis of singular succession by issuing a power of attorney. In this regard, we should recall the views of S.S. Kravchenko, who in his work has stressed that powers of attorney ensure the exercise of the right to participate in the general meeting of those persons who can not for one reason or another to do so: sick, elderly, business trip, etc., ie if a person can not do it alone [13, p. 19]. As a general rule, a power of attorney issued by an individual is the subject to notarization.

Regulations on shareholder representation have been detailed in Art. 39 of the Law of Ukraine "On Joint Stock Companies", the provisions of Part 1, 3 of which have stipulated that the shareholder's representative at the general meeting of the joint stock company may be an individual or an authorized person of a legal entity. Power of attorney for the right to participate and vote at the general meeting, issued by an individual, is certified by a notary or other officials who perform notarial acts [14].

In this context, we are in solidarity with the position of T.V. Davydiuk, who has emphasized the need to indicate in the power of attorney at the general meeting of shareholders the task of voting, ie the list of issues on the agenda of the general meeting indicating how to vote [15, p. 9].

In addition, it is worth mentioning about the right of the participant to establish and cancel the requirement of notarization of the authenticity of his own signature when making decisions that affect the activities of a corporate company. This right has been regulated by the provisions of Part 2 of Art. 5 of the Law of Ukraine "On Limited and Additional Liability Companies". As can be seen from this rule, such a requirement or its cancellation is the unilateral transaction by the legal nature and is the subject to mandatory notarization. A participant who intends to establish or cancel a requirement is obliged to apply to the registrar with a request to enter in the Unified State Register information on the requirement of notarization of the participant's signature when making decisions on the activities of the legal entity [16].

Within the subject of our study, it is worth outlining the above-mentioned control direction of the notary's actions while the realization by the participants of the limited and additional liability companies such a right as participation in the general meeting of participants by providing their will in absentia. This right has been of particular interest to us given that in accordance with the provisions of the valid legislation of Ukraine, if a person participates in the highest governing body by providing his will to vote on the agenda in writing, the authenticity of his signature on this document is the subject to notarization. In addition, the constituent document may set requirements for the certification of the will of the participants during the survey, including the need for notarization of the signature of the participant of the company [16].

Also, Part 5 of Article 17 of the Law of Ukraine "On State Registration of Legal Entities, Individual Entrepreneurs and Public Associations" has stipulated that for state registration of changes to the information on the composition of participants of limited and additional liability companies, the applicant submits an application to withdraw from the company. The authenticity of the signature on such a statement is notarized with the obligatory use of special forms of notarial documents. If, in accordance with the law or the company's charter, the consent of other participants to withdraw from the company is required, such consent is also submitted and the authenticity of signatures on it should be also notarized [17].

Therefore, we support the position of O.V. Bihniak, who in his work has focused on the protective function performed by the notary due to the imperative requirement regarding the notarization of the application for withdrawal of participants from the company [10, p. 340].

The requirement of notarization of the signature on the application for withdrawal also applies to cases of submission of such an application by a participant of the full partnership, which was established for an indefinite period (Article 126 of the Civil Code of Ukraine [18]).

By submitting an appropriate application for withdrawal, the participant certifies his will to terminate the corporate relationship with the company. Therefore, the consequence of withdrawal is the termination of participation in the company (membership in a cooperative or agricultural cooperative) and, accordingly, automatically causes a change in the composition of members of the corporate organization. Undoubtedly, V.M. Kossak has been convincingly arguing that the exit gives rise to a binding legal relationship between the former participant (member) and the business association itself [19, p. 26].

In this case, the notary performs his law enforcement function by identifying the person who applied for resignation, and de facto certifies his will. Given the fact that at the legislative level there has not been provided the mandatory prohibition on the possibility of filing an application for withdrawal from a full partnership, cooperative and agricultural cooperative through a representative, in our opinion, a representative may also submit a relevant application. In these circumstances, the notary must verify the authority of the representative.

Conclusions. From a systematic analysis of the provisions of the Procedure for notarial acts by notaries of Ukraine [11] we can conclude that during the performing

the notarial acts in connection with the realization of corporate rights, in particular, non-property, the notary must: establish the identity of applicants; check the scope of their legal capacity; find out whether the fact of the submitted applications corresponds to the true intentions and will.

Bibliography

1. Корпоративное право : учебник / отв. ред. И.С. Шиткина. Москва : Волтерс Клувер, 2007. 648 с.
2. Великорода О.М. Поділ корпоративних прав між подружжям. *Актуальні питання цивільного та господарського права*. 2010. № 2(21). С. 34–36.
3. Саракун І.Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект) : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ : НДІ приватного права і підприємництва Акад. прав. наук України, 2007. 214 с.
4. Долинська О.В. Юридична природа корпоративних прав учасників господарських товариств. *Університетські наукові записки*. 2008. № 4(28). С. 190–194.
5. Смітюх А.В. Щодо співвідношення майнових та немайнових корпоративних прав. *Вісник ОНУ ім. І.І. Мечникова. Правознавство*. 2017. Т. 22. Вип. 2(31). С. 21–27.
6. Алфорова Т. М. Майнові та немайнові корпоративні права учасника господарського товариства в Україні. *Право і суспільство*. 2020. № 6-2. Ч. 1. С. 90–94.
7. Сліпенчук Н.А. Цивільно-правові способи захисту корпоративних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 20 с.
8. Кравчук В.М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2010. 38 с.
9. Жорнокуй В. Про «особистісність» та «організаційність» немайнових прав учасників господарських товариств. *Історико-правовий часопис*. 2016. № 2(8). С. 94–99.
10. Бігняк О.В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 ; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2018. 501 с.
11. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України № 296/5 від 22.02.2012. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/z0282-12> (дата звернення: 04.11.2021).
12. Про нотаріат : Закон України № 3425-ХІІ від 02.09.1993. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text> (дата звернення: 04.11.2021).
13. Кравченко С. С. Право участі в управлінні господарським товариством. *Адвокат*. 2009. № 10. С. 16–20.
14. Про акціонерні товариства : Закон України № 514-VI від 17.09.2008. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення: 04.11.2021).
15. Давидюк Т. В. Правове регулювання представництва у корпоративних відносинах: цивільно-правовий аспект : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2017. 20 с.
16. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України № 2275-VIII від 6.02.2018. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 04.11.2021).
17. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України № 755-IV від 15.05.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15> (дата звернення: 04.11.2021).
18. Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV від 16.01.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 04.11.2021).
19. Коссаєв В. М. Правова природа відносин у разі виходу учасника з господарського товариства. *Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин (21–22 вересня 2012 р., м. Івано-Франківськ)*: Всеукраїнська науково-практична конференція : збірник наукових праць / ред. кол. : О. Д. Крупчан, В. В. Луць, В. А. Васильєва, І. Б. Саракун. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. С. 25–28.

Summary

Derevyanko D. S. Non-property corporate rights as the object of notary protection under the civil legislation of Ukraine. – Article.

In modern conditions of progress of market economy the activity of corporate legal entities has acquired the special value. In this regard, as well as taking into account the need to improve the investment climate in Ukraine, it is advisable to pay special attention to the issues of effective protection of the rights of participants of such legal entities. At the same time, it is difficult to deny the fact that the corporate relations are not limited to property. As of today, the problems of notarial protection of non-property corporate rights are still relevant. Corporate rights have a dual structure and have been divided into non-property and property rights, although this issue has been still controversial among the scientific community, and some researchers generally deny the non-property nature of corporate rights or point to their derivative nature and interdependence on property. The scientific search for the content of corporate relations allows us to state the dichotomous division of corporate rights into non-property and property and at the same time come to a reasonable conclusion that despite the fact that there is a connection between these rights, non-property rights have become the independent category.

The prevailing position in scientific doctrine is that non-property corporate rights include: the right to participate in the management of a corporate company, the content of which covers a number of powers; the right to withdraw from the corporate company; the right to information about the activities of the corporate company. The scope and content of non-property corporate rights granted to participants (shareholders, members) differ depending on the type of organizational and legal form of the corporate organization.

It has been indicated in the article that the notarial form of protection of corporate rights is an integral attribute of ensuring the observance and inviolability of the rights and legitimate interests of corporate entities, as well as protection against abuse and illegal actions during the certification of local documents of corporate entities.

Key words: notary, non-property rights, corporate rights, legal entity, protection.

Анотація

Дерев'янюк Д. С. Немайнові корпоративні права як об'єкт нотаріальної охорони за цивільним законодавством України. – Стаття.

У сучасних умовах поступу ринкової економіки особливого значення набуває діяльність корпоративних юридичних осіб. У зв'язку із цим, а також беручи до уваги необхідність покращення інвестиційного клімату в Україні, доцільно особливу увагу приділити питанням ефективної охорони прав учасників таких юридичних осіб. Поряд із тим складно заперечувати той факт, що корпоративні правовідносини не вичерпуються лише майновим змістом. Станом на сьогодні проблеми нотаріальної охорони немайнових корпоративних прав також є актуальними. Корпоративні права мають двоїсту структуру та поділяються на немайнові та майнові права, хоча це питання й донині залишається дискусійним серед наукової спільноти, а окремі дослідники взагалі заперечують немайнову природу корпоративних прав або вказують на їх похідний характер та взаємозалежність від майнових. Наукові пошуки змісту корпоративних відносин дозволяють констатувати про дихотомічний поділ корпоративних прав на немайнові та майнові та водночас дійти обґрунтованого висновку, що, незважаючи на те, що між цими правами існує зв'язок, проте немайнові права є самостійною, рівнозначною категорією нарівні з майновими.

У науковій доктрині превалюючою є позиція, що до немайнових корпоративних прав належать: право на участь в управлінні корпоративним товариством, змістом якого охоплюється низка правомочностей; право на вихід із корпоративного товариства; право на інформацію про діяльність корпоративного товариства. Обсяг та зміст немайнових корпоративних прав, якими наділяються учасники (акціонери, члени), різняться залежно від виду організаційно-правової форми корпоративної організації.

У статті вказано, що нотаріальна форма охорони корпоративних прав є невід'ємним атрибутом забезпечення дотримання та непорушності прав і законних інтересів корпоративних суб'єктів, а також захисту від зловживань та протиправних дій під час посвідчення локальних документів корпоративних утворень.

Ключові слова: нотаріус, немайнові права, корпоративні права, юридична особа, охорона.

УДК 340.116:141.112

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3258>*Р. М. Дудник*

ДУАЛЬНІСТЬ СИСТЕМИ ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Система права України є багатогранною комплексною правовою категорією, що фактично виражається в побудові права, основою якої виступає як єдність і взаємодія правових норм, так і їх розрізненість та розподіл за галузями та інститутами права. Фундамент побудови права складає його поділ на великі блоки: право приватне та право публічне, що сформувались історично під впливом, зокрема, рецепції римського права.

Наразі суспільні відносини, що регулюються правом, перебувають у постійній динаміці, тобто мають чітку тенденцію до видозміни, виокремлення нових якісно інших, ніж вже відомі, правовідносин, що потребують встановлення їх окремого впорядкування та регулювання. На фоні появи таких відносин виникає потреба в реформуванні наявних чи виділі нових галузей права.

Сучасний розвиток суспільства та права в цілому, корегування відомих та виокремлення нових галузей права стирає чіткі умовні кордони між публічним правом та приватним, порушуючи тим самим дуальність системи права як постулат її побудови. Таким чином, виокремлення теоретичних та практичних питань розуміння та сприйняття дуальності системи права в реаліях сьогодення дозволить визначити необхідність встановлення ефективного діалогу між елементами публічного та приватного права в межах кожної конкретної галузі права з метою задоволення потреб правової дійсності, у зв'язку із чим тема дослідження є актуальною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням дуальності системи права в межах розподілення її на приватне право та публічне присвячені праці таких вчених як Агарков М.М., Банчук О.А., Бірюкова А.Г., Борисевич С.О., Васильєв С.В., Гончарук О.В., Деревянко Б.В., Дорохін С.В., Дронів Б.М., Неліп М.І., Покровський Й.О., Рабінович С., Сивий Р.Б., Шершеневич Г.Ф. тощо. Разом із цим сприйняття та відношення до дуальності системи права досі викликає чимало дискусій у теорії правових наук, у зв'язку із чим висвітлення даного питання з точки зору окремих проблем теорії та практики є необхідним для подальшого формування та розвитку структурованої системи права.

Метою вказаної статті є доведення необхідності переосмислення дуальності системи права через призму актуальних теоретичних та практичних питань.

Досягнення зазначеної мети стало можливим завдяки таким завданням:

- 1) визначенню правової природи дуальності системи права;
- 2) дослідженню доцільності розподілу галузей права на публічні, приватні та змішані з огляду на дуальність системи права;
- 3) встановленню проявів «публічності» в приватних галузях права та «приватності» – в публічних;

4) аналізу необхідності тісної взаємодії елементів публічного та приватного права;
5) висвітленню наявних практичних проблем, породжених дуальністю системи права, на прикладі визначення судової юрисдикції.

Виклад основного матеріалу дослідження. Українська правова традиція сформувалась на підґрунті римського права, що знайшло своє відображення, зокрема, і в побудові системи права. Завдяки особливостям правового регулювання та специфіці його структури систему права країн романо-германської правової сім'ї, до якої відноситься і Україна, слід характеризувати як багатоаспектне правове явище, фундамент якого складають основоположні ідеї римського права щодо сутності самого права, його призначення, побудови та взаємозв'язків основних елементів права: принципів, норм, інститутів, галузей.

Для системи права України характерною рисою є дуальність, що полягає в розділенні права на два великі блоки: публічне та приватне, що, у свою чергу, уособлюють подвійну природу права як регулятора суспільних відносин.

Варто зауважити, що не лише Україна будує систему права за принципом дуальності, а й більшість держав-членів ЄС визнають як юридично важливий поділ правової системи на дві основні підсистеми: приватне право, яке регулює «горизонтальні відносини» між приватними сторонами (громадяни, компанії) або між державою та громадяни, а також публічне право, яке регулює «вертикальні відносини», в яких держава здійснює свою владу відносно громадян та юридичних осіб. Такий поділ правової системи має не тільки теоретичне значення, але й практичне, оскільки на цих засадах визначається компетентний суд (правила підсудності) або застосовуються процесуальні норми (наприклад, договірні позови проти держави щодо повернення податків) [1, с. 38].

Ураховуючи багатогранність системи права, в основі поділу її на приватне та публічне лежить чимало критеріїв. Так, С.О. Борисевич у межах дослідження критеріїв поділу права на приватне та публічне виділяє:

- 1) інтерес;
- 2) предмет правового регулювання;
- 3) спосіб побудови та регулювання юридичних відносин;
- 4) суб'єктний склад;
- 5) вплив;
- 6) сфера відносин;
- 7) метод правового регулювання;
- 8) волевиявлення;
- 9) напрям впливу та характер норм;
- 10) галузі [3].

Разом із тим, незважаючи на значну кількість можливостей здійснення поділу за різними ознаками, дуальність системи українського права не є чіткою, оскільки, незалежно від різниці між сутністю приватного та публічного права, останні баланують на межі одне з одним, проявляючи як загальні спільні риси, так і проникаючи один в одного.

Визначенню приналежності характеру тих чи інших відносин до приватності чи публічності слугує вивчення та розуміння публічного та приватного права не як

абсолютно самостійних та незалежних систем, між якими проведено чітку межу, а як сукупності відносин, що постійно перебувають у русі на зустріч один одному та перетинаються в межах взаємодії публічних та приватних елементів.

Між публічним і приватним правом нема неперехідних кордонів. Вони взаємопов'язані між собою. Ті функції, які вони виконують, відповідають інтересам усіх. Тому приватне право фактично не існує без публічного, оскільки публічне покликане охороняти і захищати приватні відносини. Приватне право ґрунтується на публічному, без якого воно могло б бути знецінене [2, с. 78].

Варто погодитись із вказаною думкою з невеликою приміткою щодо того, що право як система норм саме по собі не позбавлене ознак примусу у вигляді встановлення чіткої моделі поведінки, що є каталізатором для його публічної складової частини (публічного права). Із такої точки зору приватне право може також сприйматися як публічне, однак суть такого приватного права не містить дійсних ознак публічності, що не дозволяє говорити про тотожність приватного та публічного права, відсутність дуальності системи права.

Можна сказати, що зараз у праві разом із процесами глобалізації проходять процеси диференціації, спеціалізації та інтеграції регулювання. Тобто виникає потреба у спеціальному регулюванні окремого кола суспільних відносин, у результаті чого все більше сфер регулювання суспільних відносин виокремлюються, з'являються нові утворення, які викликають багато суперечок із приводу їх елементної приналежності до системи (відношення до конкретного елементу системи права), місця в ієрархії права. Набагато ускладнює ситуацію процес інтеграції, що полягає у взаємодії, взаємозумовленості окремих галузей та інститутів під час регулювання певних суспільних відносин. Ці тенденції відбиваються на можливості чіткого розмежування різноманітних утворень у праві та обтяжують побудову науково обґрунтованої моделі реально наявної системи права [7, с. 140].

Крім того, рухливість публічних і приватних інтересів наразі демонструють тенденцію до зближення, взаємного проникнення. Взаємодія публічного й приватного права відображає рухливий баланс інтересів політичних сил, державного устрою, механізмів управління, міри свободи й самостійності громадян у сучасному світі тощо. У більш широкому сенсі може йтися про втілення в публічному та приватному праві співвідношення держави і громадянського суспільства, розкриття глибинних відмінностей та зв'язків між ними [4, с. 5].

На думку автора, відсутність чіткої беззастережної градації щодо дуальності системи права породжує необхідність розділення її на галузі за предметом правового регулювання, що дозволяє виокремити групи відносно «чистих» приватних та публічних галузей і групу публічно-приватних або змішаних.

Предмет правового регулювання як правова категорія є складним за своїм змістом, що супроводжується, зокрема, доцільністю застосування різних підходів для його розуміння та визначення, при цьому основою тлумачення має виступати функціональне призначення дефініції.

Так, М.О. Лукашев пропонує визначення дефініції предмету правового регулювання з метою окреслення предмету конкретної галузі права, тобто предмету правового регулювання як критерію галузевої характеристики, інституціоналізації

всього правового масиву, за яким під предметом правового регулювання варто розуміти сукупність однорідних суспільних відносин, що можуть піддаватися правовому регулюванню, об'єктивно потребують цього та закріплюються в наявній галузі права [6, с. 15].

Предмет правового регулювання – це сукупність однорідних суспільних відносин, які потребують нормативної регламентації однотипними правовими засобами. Кожна галузь права має свій предмет, спорідненість регульованих нею суспільних відносин зумовлює вибір відповідного методу правового регулювання, єдиного правового режиму. Від правильного визначення предмета правового регулювання залежить ефективність нормативно-правового акта будь-якого рівня, від закону до локального акта [5, с. 132–133].

Так, предмет правового регулювання, тобто наявність відповідних однорідних відносин зумовлює формування та становлення галузей права, які все частіше, на думку автора, уособлюють собою симбіоз характеристик приватного та публічного права. Разом із цим яскравим прикладом традиційних приватних галузей варто вважати цивільне право, а публічних – кримінальне, адміністративне, податкове, а також всі процесуальні галузі права. До групи публічно-приватних галузей, тобто тих, які мають якомога більше точок дотику одне з одним, слід зарахувати, наприклад, соціальне право, трудове, господарське.

Автор схиляється до думки, що до змішаних публічно-правових галузей права варто віднести і конституційне право, яке традиційно вважають публічним. Так, останнє уособлює сукупність юридичних норм, що встановлюють регулювання основних відносин в межах народовладдя, здійснення публічної влади, закріплюють основоположні права та свободи людини і громадянина на найвищому рівні, що характеризує цю галузь права як публічну. У свою чергу, саме встановлення прав та свобод людини на рівні конституційного права надає йому не просто приватно-правове забарвлення, а робить його основою для зародження та повноцінної функціонування інших приватних галузей права.

О. Харитова влучно зазначає, що конституційне право не є галуззю публічного права, тому що воно є втіленням норм природного права на національному рівні. Саме тому і Конституцію України не можна зводити до публічного законодавства, вона є, перш за все, джерелом права приватного. Публічне право має по відношенню до приватного обслуговуючу роль, і це відображено у Конституції (спочатку в ній встановлюються права людини, а потім конституційний лад, режим тощо) [9, с. 232].

Із наведеного вбачається, що публічні та приватні засади відіграють важливу роль під час диференціації галузей права, оскільки мають вплив на зміст та характер правового регулювання, сформованого в межах кожної окремої галузі. Так, перетинаючись одне з одним в межах ознак публічності та приватності, галузі публічного права проявляють схильність до диспозитивності, що є характерною рисою приватних галузей права, в той час як у галузях приватного права сама наявність стримування поведінки учасників приватно-правових відносин шляхом встановлення відповідного регулювання вже свідчить про прояви публічності.

Вказане в черговий раз доводить ілюзорність дуального чіткого розподілу системи права на публічне і приватне, що певною мірою ускладнює побудову системи

права та є базою для проведення дискусій щодо теоретичної приналежності тих чи інших відносин в межах відповідної галузі права до однієї із двох груп (публічного та приватного), або навіть трьох (змішана група).

На практиці дуальність системи права в її звичному сприйнятті також має певні негативні наслідки. Яскраво вказана дуальність, на думку автора, демонструється в побудові системи судочинства, яка розподілена за критерієм загального предмету правового регулювання, в тому числі і за галузями права.

Як приклад розглянемо правовідносини щодо реєстрації місця проживання.

Так, реєстрація місця проживання здійснюється за адресою житлового приміщення, отже, має опосередковане відношення до житлових прав, які врегульовані в межах галузі житлового права, що варто віднести до категорії приватних галузей. У свою чергу, як правило, реєстрація місця проживання тісно пов'язана з правом власності на житлове приміщення, за адресою якого реєструється місце проживання. Тобто до підвиду житлових відносин додаються ще й відносини власності, що мають приватну природу та врегульовані цивільним правом. У випадку реєстрації місця проживання дитини до батьків право власності (галузь цивільного права) поступається місцем сімейному праву, оскільки можливість здійснення такої реєстрації впливає саме із сімейних зв'язків дитини з батьками. Таким чином, реєстрація місця проживання залежно від кожного конкретного випадку поєднує в собі елементи цивільного, житлового, сімейного права, що за своєю суттю є приватними, отже, вирішення будь-яких спорів у межах реєстрації місця проживання має покладатись на гілку судової влади в межах цивільної юрисдикції.

Разом із тим реєстрація місця проживання є результатом діяльності органу реєстрації, яким згідно із приписами статті 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» є виконавчий орган сільської, селищної або міської ради, сільський голова (в разі якщо відповідно до закону виконавчий орган сільської ради не утворено), що здійснює реєстрацію, зняття з реєстрації місця проживання особи на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, на яку поширюються повноваження відповідної сільської, селищної або міської ради [8]. Тобто у відносинах, що мають приватноправовий характер, з'являється елемент публічного права – суб'єкт владних повноважень, діяльність якого керується публічним адміністративним правом. Тож у випадку виникнення спорів щодо реєстрації місця проживання між особою та суб'єктом владним повноважень вказаний спір проявлятиме ознаки публічно-правового спору, що має вирішуватись за правилами адміністративного судочинства.

Таким чином, питання реєстрації місця проживання з огляду на загальноприйняту дуальність системи права на практиці викликає дискусії щодо вибору належного способу захисту порушеного, невизнаного чи оспорюваного права на реєстрацію місця проживання, що реалізовуватиметься в порядку цивільного чи адміністративного судочинства. Нерідко зазначене призводить до ситуації, в якій вирішенню питання реєстрації місця проживання по суті передують встановлення належної юрисдикції вирішення вказаного спору, що ускладнює процес захисту особою відповідного права в судовому порядку.

Висновок. Система права України ґрунтується на її традиційному розумінні, закладеному ще за часів римської державності. Разом із тим виклики сучасності сприяють нагальності її переосмислення, оскільки задля забезпечення справедливого балансу інтересів учасників правовідносин, що регулюються будь-якою галуззю права, необхідними є побудова та розуміння ефективної моделі взаємодії публічних та приватних засад у межах галузі права, що виходить за межі чітко окресленої дуальності системи права.

Література

1. Акіменко Ю. Ю. Приватне право Європейського Союзу: проблемні аспекти виокремлення. *Актуальні проблеми захисту права власності : матер. кругл. столу (м. Одеса, 17 червня 2016 р.) / за заг. ред. д.ю.н., проф. Є. О. Харитоновна. Одеса : Фенікс, 2016. С. 37–39.*
2. Бірюкова А. Г. Співвідношення приватного і публічного права: дуалістичний аспект. *Право і суспільство*. № 4. 2018. С. 76–80.
3. Борисевич С. О. Критерії розмежування публічного і приватного права. *Право України*. № 2. 2006. С. 23–36.
4. Дронів Б. М. Взаємовплив приватного і публічного права: сучасна континентально-європейська теорія і практика : монографія. Харків, 2018. 192 с.
5. Ємельяненко К. С. Співвідношення категорій «предмет правового регулювання» та «правовий простір». *Стратегічний потенціал державного та територіального розвитку : матер. міжнар. наук.-практ. конф., м. Маріуполь, 3–4 жовтня 2017 р.* Маріуполь ; Кривий Ріг, 2017. С. 132–134.
6. Лукашев М. А. Предмет правового регулювання як категорія теорії держави та права : автореф. дис. ... к. ю. н : 12.00.01. Краснодар, 2006. 287 с.
7. Мураховська Т. Є. Теоретичні проблеми формування системи права України. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2003. Вип. 24. С. 139–144.
8. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11 грудня 2003 р. № 1382-IV / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1382-15#Text>
9. Харитоновна О. Поняття і ознаки публічних правовідносин. *Вісник Академії правових наук України*. 2002. № 1. С. 36–46.

Анотація

Дудник Р. М. Дуальність системи права: проблеми теорії і практики. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем теорії та практики дуальності системи права України. І хоча дуальність системи права як правове явище зародилась ще за часів римської державності, сучасна правова реальність формує потребу в її новому осмисленні, оскільки розвиток відомих та виокремлення нових галузей права, зокрема комплексних, встановив тенденцію до поєднання в межах однієї галузі ознак публічного та приватного права.

Так, стан системи права в сучасних умовах характеризується наявністю складних та суперечливих процесів. Вказане пов'язується, зокрема, з постійними політичними, соціальними, культурними та іншими перетвореннями, що активно відбуваються в суспільстві. Динаміка трансформацій суспільних відносин наразі не тільки не знижується, а й стрімко підвищується, у зв'язку із чим дуальна побудова системи права в її традиційному розумінні вже не в змозі охоплювати той масив правових явищ, що породжуються в межах різноманітних правовідносин.

Автором констатовано відсутність чіткої градації права на публічне та приватне, підтримано точку зору необхідності виокремлення галузей права за предметом правового регулювання. У статті розвинуто ідею розділення галузей права на суто приватні, публічні та змішані (публічно-приватні) галузі. Висловлено думку, що дуальність системи права в нинішній правовій дійсності породжує чималі дискусії серед теоретиків та ускладнює можливість формування чіткої структурної побудови системи права. Так, без дослідження особливостей системи права в умовах оновлення правової реальності сформувані дійсне та істинне наукове уявлення про таку систему, що відобразатиметься на практиці, та, як наслідок, забезпечити ефективність правового регулювання відносин неможливо. Здійснено практичний аналіз впливу дуальності системи права на прикладі здійснення реєстрації місця прожи-

вання. Таким чином, автором продемонстровано, що надмірне зловживання дуальністю системи права призводить до виникнення значних недоліків правового регулювання таких буденних речей, як закріплення особою шляхом звернення до органу реєстрації адреси свого місця проживання (перебування).

Ключові слова: система права, дуальність, галузь права, публічне та приватне право, реєстрація місця проживання.

Summary

Dudnyk R. M. Duality of the legal system: problems of theory and practice. – Article.

The article is devoted to the study of the problems of theory and practice of duality of the legal system of Ukraine. And although the duality of the legal system as a legal phenomenon originated in the days of Roman statehood, modern legal reality creates a need for its new understanding, as the development of known and isolated new branches of law, including complex, has tended to combine within one branch of public and private law.

Thus, the state of the legal system in modern conditions is characterized by the presence of complex and contradictory processes. This is due, in particular, to the constant political, social, cultural and other transformations that are actively taking place in society. The dynamics of transformations of social relations is not only not decreasing, but also rapidly increasing, due to which the dual construction of the legal system in its traditional sense is no longer able to cover the array of legal phenomena arising within various legal relations.

The author states the lack of a clear gradation of the right to public and private, supported the view of the need to distinguish branches of law on the subject of legal regulation. The article develops the idea of dividing the branches of law into purely private, public and mixed (public-private) branches. The opinion is expressed that the duality of the legal system in the current legal reality generates considerable discussions among theorists and complicates the possibility of forming a clear structural structure of the legal system. Thus, without studying the features of the legal system in terms of updating the legal reality to form a real and true scientific idea of such a system, which will be reflected in practice, and, consequently, to ensure the effectiveness of legal regulation of relations is impossible. A practical analysis of the impact of the duality of the legal system on the example of registration of residence. Thus, the author demonstrates that excessive abuse of the duality of the legal system leads to significant shortcomings in the legal regulation of such everyday things as fixing a person by applying to the registration authority of the address of his residence (stay).

Key words: system of law, duality, branch of law, public and private law, registration of residence.

УДК 347.9; 340.1

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3259>

О. В. Колісник

ПРЕЦЕДЕНТ ТЛУМАЧЕННЯ У ПРАКТИЦІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми. Принцип правової визначеності як складовий елемент верховенства права містить вимогу щодо однозначного тлумачення правових норм задля забезпечення їх однакового застосування судами при вирішенні цивільних, господарських та адміністративних справ. Саме тому не вщухають дискусії з приводу доречності запровадження та використання в українській правовій доктрині терміна «прецедент» у контексті визнання його джерелом права, особливо на тлі суттєвих та кардинальних змін в системі судоустрою України, які відбулися наприкінці 2017 р. Надання Верховному Суду статусу найвищого суду в системі судоустрою України, із покладенням на нього функцій із забезпечення сталості та єдності судової практики, стало поштовхом до активізації наукових публікацій щодо передумов та можливостей впровадження у національну правову систему та судову практику елементів прецедентного права. У науковому середовищі розгорнулися дебати щодо співвідношення категорій «судовий прецедент», «прецедент тлумачення», «усталена судова практика», а також щодо коректності та доцільності використання кожного з них.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питань існування прецеденту в Україні, доцільності запровадження додаткового джерела права у вигляді судового прецеденту присвячено роботи Ю.Ю. Рябченка, О.А. Любчика, О.С. Кізловой. Питання судової правотворчості досліджували такі вчені, як Д.Д. Луспеник, А.А. Марченко, Л.Г. Лічман, І.П. Зеленко. Вивченню проблем єдності судової практики у контексті формування єдиної правозастосовчої практики та забезпечення принципу правової визначеності значної уваги у своїх роботах приділяють В.В. Комаров, Т.А. Цувіна, О.І. Попов.

Мета і завдання. Метою статті є з'ясування доцільності та допустимості використання термінів «судовий прецедент», «прецедент тлумачення», «усталена судова практика» в умовах системи судоустрою України та процесуального законодавства України, виявлення особливостей прецеденту в національному цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Чи має право на існування як окремої категорії термін «прецедент тлумачення», чи все ж він є різновидом судового прецеденту? Що таке «усталена судова практика» – сукупність судових прецедентів чи прецедентів тлумачення, ухвалених у певній сфері правового регулювання? Чи може бути змінена так звана «усталена судова практика»? Іншими словами, одним із ключових моментів наукової дискусії є з'ясування співвідношення між судовою правотворчістю та тлумаченням правових норм.

Безумовно, єдиним органом законодавчої влади в Україні є Верховна Рада України. Завдання ж судової влади зводиться до здійснення правосуддя, під

час якого відбувається застосування правових норм до конкретних правовідносин і ухвалення рішення. Однак багатоманіття життєвих ситуацій часто ставить нові завдання перед законодавцем, який не завжди встигає вчасно та динамічно відреагувати на це відповідними змінами до законодавства. Водночас одним із завдань Верховного Суду є забезпечення єдності судової практики, саме тому у певних випадках Верховний Суд частково перебирає на себе функції «правотворця» до того моменту, доки певні спірні правовідносини не знайдуть правового регулювання на законодавчому рівні. Акти правосуддя у такому разі фактично виступають орієнтиром для законодавця щодо подальших законодавчих змін. Згідно з ч. 10 ст. 10 ЦПК забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечності законодавства, що регулює спірні відносини. Із цього приводу Д.Д. Луспеник зазначає, що закон фактично уповноважує суддю на судову правотворчість [1, с. 110]. Отже, заперечувати факт існування в Україні елементів прецедентного права, на наш погляд, неможливо.

Національне цивільне процесуальне законодавство містить згадку про «усталену судову практику» лише у п. 3 ч. 4 ст. 265 ЦПК. А от у ч. 3 ст. 389 та ч. 5 ст. 403 ЦПК йдеться про «єдину правозастосовчу практику». Як бачимо, досліджувана термінологія не знайшла свого широкого поширення та належного закріплення. Із цього приводу О.А. Любчик зауважує, що на сьогодні відсутні причини та об'єктивні підстави (чинне законодавство) стверджувати, що прецедент діє в Україні де-факто; а необхідність офіційного визнання правового прецеденту джерелом права у формальному розумінні сумнівна з точки зору стану її теоретичного підґрунтя, ефективності, традицій правового регулювання в Україні [2, с. 51]. Деяко протилежних висновків з наведенням відповідних аргументів доходить А.А. Марченко, наполягаючи, що судовий прецедент як джерело права не забороняється українським законодавством, проте водночас копіювати властивості судового прецеденту в правовій системі загального права не слід, оскільки в Україні є власні традиції правотворчості та правозастосування і ми сміливо можемо використовувати судовий прецедент як джерело права з «українським обличчям» [3, с. 28].

Підтримуючи позиції вчених щодо фактичного існування елементів прецеденту в українських правових реаліях, варто наголосити, що закріплені у ЦПК та ГПК касаційні фільтри (щодо можливості оскарження судового рішення у касаційному порядку лише у разі відсутності правової позиції Верховного Суду зі спірного питання чи незастосування правової позиції за її наявності судом першої чи апеляційної інстанції тощо) відображає визнання законодавцем прецеденту як невід'ємного елементу правового регулювання правовідносин в Україні. Про це йдеться у ч. 2 ст. 389 ЦПК, яка серед підстав для касаційного оскарження називає неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права виключно у таких випадках: по-перше, якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку; по-друге, якщо скаргник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права

у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні; по-третє, якщо взагалі відсутній висновок Верховного Суду з приводу застосування норми права у подібних правовідносинах. Цією нормою законодавець наголосив на особливому значенні правових позицій Верховного Суду щодо тлумачення, роз'яснення та конкретизації правових норм, які регулюють ті чи інші суспільні відносини.

Нагадаємо, що відповідно до ч. 4 ст. 263 ЦПК при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду. Варто погодитися з О.І. Поповим, який зауважує, що Постанови Верховного Суду, ухвалені за результатами перегляду судових рішень у порядку касації, містять уніфіковані пропозиції щодо правил застосування конкретної норми, чим створюють правозастосовний орієнтир для всієї судової системи при розгляді аналогічних справ, а особливий статус цих судових актів додатково забезпечує превенцію недопущення порушення принципу правової визначеності в межах всієї інстанційної системи судів [4, с. 1136]. Із системного аналізу ст.ст. 263 та 389 ЦПК випливає висновок, що правові позиції, викладені у Постановках Верховного Суду все ж є обов'язковими для застосування судами першої та апеляційної інстанції, оскільки незастосування зазначених позицій створює передумови для оскарження судового рішення в касаційному порядку. Варто зауважити, що водночас ці норми допускають можливість відступлення від цих позицій у виняткових випадках із відповідним належним обґрунтуванням та мотивуванням.

Як зауважує Ю.Ю. Рябченко, сутністю судового прецеденту можна вважати застосування норм права в конкретних обставинах, причому саме застосування норм права є змістовою частиною, а обставини є критерієм подібності наступних судових рішень [5, с. 97]. Якщо й говорити про ймовірність існування судового прецеденту в українському судочинстві та правозастосуванні, то лише з позицій доктрини «*jurisprudence constante*», яка, за словами Ю.Ю. Рябченка, охоплює інститут усталеної судової практики, який є інструментом правотворчості судів країн континентального права [5, с. 97]. «Вітчизняна судова практика, – веде далі науковець, – охоплюється поняттям «*jurisprudence constante*», що передбачає судові тлумачення норм права, яке не є обов'язковим, але набуває загальноживаності» [5, с. 97]. Лише із цієї позиції, на нашу думку, прецедент тлумачення можна ототожнювати з судовим прецедентом, при чому виключно в частині «*ratio decidendi*» – висновку суду з приводу правильного розуміння та застосування правової норми. Саме через наявність різних доктринальних підходів до поняття судового прецеденту в українській правовій системі доречніше вживати специфічний термін «прецедент тлумачення» і не застосовувати до правових позицій Верховного Суду термін «судовий прецедент». Варто звернути увагу на позицію професора В.В. Комарова, який наголошує на тому, що прецедент судового тлумачення, на відміну від судового прецеденту, не веде до створення судами норми права [6, с. 570]. Крім того, вчений вважає цілком допустимим називати рішення вищих інстанцій з конкретних справ прецедентами судового тлумачення правових норм, оскільки рішення судів, які мали бути зразком правильного застосування законодавства,

через свою переконливість стають загальновідомими, сталими і враховуються в судовій діяльності [6, с. 570]. Отже, вважаємо доречним та допустимим застосування до правових позицій Верховного Суду терміну «прецедент тлумачення».

Оскільки законодавство не містить визначення поняття «джерело права», час від часу згадуючи про те, що саме можна вважати джерелом права, то можна говорити лише про доктринальні підходи до визначення цього поняття. Так, відповідно до ст. 10 ЦПК під назвою «Верховенство права та законодавство, відповідно до якого суд вирішує справи» джерелом права визнається, зокрема практика ЄСПЛ. У КАС передбачена стаття 7 під назвою «Джерела права, які застосовуються судом». ГПК містить подібну норму, але під назвою «Верховенство права та джерела права, що застосовуються судом». Ці статті містять вказівку на нормативно-правові акти як на джерела права, водночас уповноважуючи суд на застосування аналогії права або аналогії закону у разі неврегульованості певних спірних відносин, при цьому не визначаючи статус судової практики, яка складається в результаті такого застосування. Отже, поодинокі згадки в чинному законодавстві про «джерела права» та їх перелік дають можливість зробити висновок, що судову практику як результат тлумачення та роз'яснення правової норми, або як результат застосування норм, що регулюють подібні відносини, чи як результат застосування принципів права не можна розглядати в якості джерела права. Із цього приводу висловлюється Д.Д. Луспенік: «Незалежно від офіційного визнання судової практики в якості джерела права, вона реально породжує юридичні норми, долаючи наявні численні недоліки, прогалини чи суперечності в законодавстві, створюючи тим самим своєрідний канал правотворення і становлячись зворотньою реакцією на виникнення нових суспільних відносин, які пізніше офіційно втілюються в правові норми [1, с. 116]. О.С. Кізлова зазначає, що судова практика – це особливе джерело цивільного права; вона займає підлегле становище в структурі джерел цивільного права по відношенню до законодавчих актів: не повинна суперечити принципам, цілям і завданням законодавства, а також його змісту [7, с. 362]. Є.П. Вертегел і В.С. Посашкова у своїй статті приходять до висновків, що судова практика є джерелом права, що має свою специфіку, характеризується особливими ознаками та слугує важливим регулятором поведінки суб'єктів права; не варто плутати судову практику із судовим прецедентом; прецедент є одиничним, конкретним, а судова практика – це фактично результат узагальнення сукупності рішень в одноманітних справах [8, с. 27]. Л.Г. Лічман наводить таке визначення судової практики: судова практика – це вид юридичної практики, яка є досвідом правової діяльності компетентних суб'єктів, що формується в результаті застосування права при вирішенні юридичних справ [9, с. 35]. Ураховуючи викладені вище позиції, вважаємо, що терміни «прецедент тлумачення» та «усталена судова практика» є досить близькими за змістом, однак з тією різницею, що прецедент тлумачення є одним конкретним рішенням, у якому розкрито та роз'яснено зміст відповідної правової норми і яку слід застосовувати саме у тому сенсі, як розтлумачив Верховний Суд, а усталена судова практика охоплює сукупність подібних рішень, у яких застосовані правові норми з тим змістовним наповненням, якого їм надав Верховний Суд.

Звісно, що будь-яка правозастосовча діяльність суду із застосування матеріальних норм до спірної ситуації є формуванням судової практики, але практики кожного конкретного суду і це зовсім не означає, що застосування тих самих норм буде мати тотожне втілення у судових рішеннях, якщо такі норми допускають хоча б мінімальну неоднозначність тлумачення. Саме тому варто розрізняти судову практику місцевих судів та апеляційних і судову практику Верховного Суду, які, маючи різний інстанційний статус, мають різне процесуальне значення для формування практики інших судів. У своєму дослідженні Т.А. Цувіна приходиться до висновку, що ЄСПЛ не вимагає від держав-членів абсолютної єдності судової практики, допускаючи її дивергенцію на рівні нижчих інстанцій, що визнається закономірним явищем, адже помилки судів нижчих інстанцій мають виправлятися судами вищих інстанцій [10, с. 66], відсутність єдності практики на рівні нижчих інстанцій не свідчить про порушення права на справедливий судовий розгляд, адже завданням судів вищих інстанцій якраз і є виправлення помилок у правозастосуванні судів нижчих інстанцій [10, с. 66]. А отже, усталеною судовою практикою можна вважати саме практику вищих судових інституцій, яким необхідно терміново реагувати на дивергенцію у рішеннях нижчих судів, у результаті діяльності яких найчастіше і виявляється неоднозначність правотлумачення. При цьому усталена судова практика не є результатом правозастосування у конкретній справі, а є результатом виявлення змісту правових норм через багаторазове однакове застосування тих самих норм, що знаходить своє втілення у правових позиціях, які майже перетворюються на норми права, але такими все ж не стають. Водночас, з терміном «судова правотворчість» варто бути досить обережним. Як зазначає І.П. Зеленко, продовжує викликати суперечності сумісність правотворчої функції судів з конституційним принципом поділу державної влади, а також залишаються недостатньо розглянуті процесуальні правила (які встановлюють послідовність здійснення правотворчих дій) та їх тривалість у часі (моменти їх початку та завершення) [11, с. 12].

Слід зауважити, що спірна ситуація без належного правового регулювання може виникнути перед судом будь-якої ланки, який змушений буде за відсутності правової позиції Верховного Суду самостійно усувати прогалини законодавства. Так, звісно, нову норму суд не створюватиме, він буде тлумачити сукупність правових норм, максимально наближених до регулювання спору, і його тлумачення буде відображенням його суддівського розсуду і реалізації дискреційних повноважень. Однак для інших судів тієї ж інстанції і тим паче для вищих судів його правова позиція не буде мати обов'язкового значення, саме через те, що в Україні судовий прецедент (у його класичному розумінні – як рішення, що є обов'язковим до застосування іншими судами при вирішенні аналогічних справ) не визнається джерелом права. Проте, як убачається, виявлення місцевими судами чи апеляційними судами, які виступають як суди першої інстанції, при вирішенні конкретної справи певної прогалини у законодавстві, має бути, з одного боку, сигналом для Верховного Суду для відповідного реагування у вигляді прийняття правової позиції зі спірного питання, а з іншого боку, сигналом для законодавчої гілки влади про необхідність усунення прогалини. Саме тому вважаємо за доцільне упов-

новажити місцеві та апеляційні суди правом на подання запиту-звернення до Верховного Суду щодо правильного розуміння правової норми або щодо допустимості застосування аналогії закону (чи аналогії права), а ст. 251 ЦПК доповнити такою обов'язковою підставою для зупинення, як «подання запиту-повідомлення до Верховного Суду щодо тлумачення норм, які підлягають застосуванню». Якщо Верховний Суд викладе свою правову позицію щодо правильного розуміння правової норми ще під час перебування справи на розгляді у суді першої інстанції, це забезпечить Верховний Суд від звернення до нього в касаційному порядку завдяки викладеній у ст. 389 ЦПК системі касаційних фільтрів.

Актуальним в аспекті досліджуваного питання видається такий приклад. 19 квітня 2021 року у кримінальній справі № 336/7734/20 [12] Шевченківський районний суд м. Запоріжжя визнав електросамокат транспортним засобом, а цивільний позов щодо стягнення на користь потерпілої матеріальної та моральної шкоди задоволено. Це рішення є досить цікавим з різних точок зору. З одного боку, суд у своєму рішенні однозначно висловився, що згідно з п. 1.10 Правил дорожнього руху електросамокат є транспортним засобом, оскільки підпадає під загальне визначення транспортного засобу, проте, на відміну від мопеда, велосипеда та інших транспортних засобів, визначення електросамокату у Правилах відсутнє. Водночас, з іншого боку, справедливість зазначеного висновку не викликає сумнівів, оскільки технічний прогрес, від зловживання здобутками якого і зазнала шкоди потерпіла особа, не знайшов свого відтворення у відповідних нормативних актах. Ця ситуація яскраво показує, що спірні правовідносини виникли, проте вони не мають чіткого правового регулювання в національній правовій системі. У даній ситуації суд змушений був розтлумачити норму і, використавши дискреційні повноваження, класифікувати електросамокат як транспортний засіб, водій якого порушив Правила дорожнього руху, що потягло спричинення тілесних ушкоджень. Якби суд цього не зробив, то відновлення порушеного права потерпілої було б під питанням. Отже, суд більш оперативно може відредагувати на відсутність відповідної правової норми, застосувавши певну норму за аналогією або розтлумачивши незрозумілу норму і висловивши свою позицію щодо спірних правовідносин. Безумовно, суддя суду першої інстанції проголошує свою особисту думку, керуючись дискреційними повноваженнями. Згадане рішення має стати каталізатором відповідних законодавчих змін, пришвидшити процес нормування діяльності новомодних пристроїв. Відповідний законопроект щодо використання електросамокатів на сьогодні вже пройшов перше читання у Верховній Раді. І доти, доки він буде остаточно прийнятий, може трапитися чимало подібних ситуацій, а відповідні суб'єкти права на захист потенційно можуть звернутися до суду за захистом своїх прав.

Таким чином, на підставі усього вищевикладеного можна стверджувати, що елементи прецедентного права де-факто стали частиною правової системи України, що підтверджується положеннями про те, що практика ЄСПЛ визнана джерелом права, а висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду, мають бути враховані судами при застосуванні норми права до спірних правовідносин.

У площині національного законодавства доцільно говорити про існування специфічного різновиду судового прецеденту, а саме прецеденту тлумачення, який формується судами вищих інстанцій у вигляді певних правових позицій як результат усталеної судової практики. Про це свідчать такі положення:

1) під час роз'яснення змісту та сутності наявної правової норми або застосування аналогії у процесі ухвалення судового рішення нова норма права не створюється, однак надається її тлумачення, і саме в наданій інтерпретації зазначена норма має застосовуватися в подібних правовідносинах судами усіх інстанцій;

2) у разі відсутності норми, яка прямо регулює спір, судова інституція застосовує до спірних правовідносин норму, яка має найбільш тісний зв'язок зі спірною ситуацією (за аналогією закону), або застосовує принципи права, коли до спірної ситуації не можна застосовувати навіть подібну, так звану «найближчу» норму (за аналогією права).

На наш погляд, у ЦПК варто закріпити положення про те, що суди нижчих інстанцій, виявивши в законодавстві прогалину або наявність розбіжностей у розумінні правової норми, повинні шляхом надсилання запиту повідомити про це Верховний Суд, який має надати офіційне тлумачення, що буде обов'язковим для застосування іншими судами (це так званий тимчасовий захід до заповнення відповідної прогалини законодавцем або внесення змін до наявних нормативно-правових актів з відповідним, більш точним формулюванням). Виявлена прогалина в подальшому потребує внесення змін до законодавства, а норми права мають бути сформульовані відповідно до висновків таким чином, щоб не допускалося якимсь неоднозначне тлумачення. Крім того, у ст. 10 ЦПК варто закріпити, що прецедент тлумачення (правові позиції Верховного Суду) є джерелом права, з метою усунення сумнівів щодо його обов'язковості під час вирішення цивільно-правових спорів.

Література

1. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін. ; за заг. ред. В. В. Комарова. Харків : Харків юридичний, 2008. 928 с.
2. Любчик О. А. Правовий прецедент – джерело права в Україні: так чи ні? *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка*. 2020. Вип. 3(91) С. 41–54.
3. Марченко А. А. Поняття судового прецеденту та його місце у правовій системі України. *Митна справа*. 2013. № 5. Ч. 2. Кн. 1. С. 26–32.
4. Попов О.І. Принцип правової визначеності та його реалізація у цивільному судочинстві. *Liber Amicorum Вячеслав Комаров* / за ред. Т. В. Комарової ; упоряд. Т. В. Комарова. Харків : Право, 2020. С. 1127–1136.
5. Рябченко Ю. Ю. Судовий прецедент і джерела цивільного процесуального права: проблеми та перспективи. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2020. № 43. С. 96–98.
6. Комаров В. В. Верховний Суд та єдність судової практики. *Liber Amicorum Вячеслав Комаров* / за ред. Т. В. Комарової ; упоряд. Т. В. Комарова. Харків : Право, 2020. С. 564–581.
7. Кізілова О. С. Категорії «судовий прецедент» і «судова практика» в системі джерел цивільного права України. *Право і суспільство*. 2015. № 6. Ч. 3. С. 356–364.
8. Вертегел Є. П., Посашкова В. С. Судова практика як джерело права: теоретико-правове дослідження. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 2. С. 24–27.
9. Лічман, Л. Г. Значення судової практики для правозастосування у цивільному судочинстві України. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 6. С. 34–38.
10. Пувіна Т. А. Єдність судової практики як елемент правової визначеності: підхід Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності: зб. наук. пр.* Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2019. Вип. 146. С. 63–74.

11. Зеленко І. П. Дискусійні питання судової правотворчості на черговому етапі судової реформи. *Наукові записки*. Серія: Право. Вип. 8. 2020. С. 9–13.

12. Рішення у справі № 336/7734/20 від 19 квітня 2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96352078>

Анотація

Колісник О. В. Прецедент тлумачення у практиці цивільного судочинства. – Стаття.

У статті досліджено питання судової правотворчості, а також впровадження в національне цивільне судочинство елементів прецедентного права. Визначено сутність прецеденту тлумачення, його співвідношення з судовим прецедентом та усталеною судовою практикою. У роботі наголошується на особливій ролі Верховного Суду у здійсненні правороз'яснювальної діяльності і формуванні правових позицій з метою забезпечення єдності правозастосовчої практики у контексті принципу правової визначеності. Зроблено висновки про те, що деякі елементи прецедентного права де-факто стали частиною правової системи України у формі прецеденту тлумачення як специфічного різновиду судового прецеденту, який формується судами вищих інстанцій у вигляді певних правових позицій як результат усталеної судової практики. Про існування прецеденту тлумачення у правових реаліях України свідчить те, що у результаті роз'яснення змісту правової норми або застосування аналогії у процесі ухвалення судового рішення нова норма права не створюється, однак надається її тлумачення. Саме в наданій інтерпретації зазначена норма має застосовуватися у подібних правовідносинах судами усіх інстанцій. Наголошується на особливій ролі місцевих та апеляційних судів у виявленні правових прогалин. У зв'язку із цим запропоновано надати право цим судам звертатися до Верховного Суду із запитом-повідомленням щодо офіційного тлумачення наявної правової норми або щодо правильності застосування аналогії права чи закону. Автором стверджується, що усталена судова практика охоплює сукупність подібних рішень, у яких застосовані правові норми з тим змістовним наповненням, якого їм надав Верховний Суд, а прецедент тлумачення є одним конкретним рішенням, у якому розкрито та роз'яснено зміст відповідної правової норми і яку слід застосовувати саме у тому сенсі, як її розтлумачив Верховний Суд. Отже, відповідні правові позиції, а саме прецедент тлумачення, варто розглядати як результат усталеної судової практики. Визнається доцільним у ст. 10 ЦПК надати прецеденту тлумачення статус джерела права.

Ключові слова: правові позиції, Верховний Суд, судовий прецедент, прецедент тлумачення, усталена судова практика, судова правотворчість, аналогія права.

Summary

Kolisnyk O. V. An interpretation precedent in the practice of civil proceedings. – Article.

The issues of judicial lawmaking as well as the implementation of the case law elements in the national civil proceedings are considered in the article. The essence of an interpretation precedent, its correlation to the judicial precedent and established judicial practice are defined. The work focuses on a special role of the Supreme Court in the legal explanatory activity and new legal positions formation to provide the law usage unity in the context of legal certainty. The author has come to the conclusion that de facto certain case law elements have already become part of the Ukrainian judicial system in the form of an interpretation precedent as a specific type of judicial precedent formed by the courts of higher instances in the form of certain legal positions as a result of established case law. The existence of an interpretation precedent in the legal realias of Ukraine is evidenced by the fact that a legal norm content clarification or using analogy in the process of adjudication do not lead to a new legal norm formation, however, its interpretation is given. And it is this norm interpretation that has to be applied by the courts of all instances. To identify the law gaps the local courts and courts of appeal are to play a special role. In this connection they are suggested to receive the right to apply to the Supreme Court for the request to interpret officially an existing law norm or clarify the correctness of an applied legal analogy or law. The author claims that the established judicial practice comprises a number of similar adjudications based on legal norms with the content provided by the Supreme Court. An interpretation precedent is one specific adjudication in which a relevant legal norm content is justified and clarified and which is to be applied exactly in the sense interpreted by the Supreme Court. Therefore, the relevant legal positions, namely an interpretation precedent, should be considered as a result of established judicial practice. It is recommended in Art. 10 of the CPC to give an interpretation precedent the status of a source of law.

Key words: legal positions, the Supreme Court, judicial precedent, interpretation precedent, established judicial practice, judicial lawmaking, analogy of law.

УДК 346.1

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3260>

О. І. Кулик

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ: ДОСВІД ШВЕЙЦАРСЬКОЇ КОНФЕДЕРАЦІЇ

Постановка проблеми. Ринок віртуальних активів у Швейцарській Конфедерації (далі – Швейцарія) стрімко розвивається. На думку Д. Кайтаса, (Caytas, 2018) Швейцарія, яка довгий час була відома своїм консервативним підходом до правового регулювання, особливо фінансових галузей, на цей час визнається новатором у розробці правового регулювання ринку віртуальних активів [1, с. 53]. У 2016 року у швейцарському кантоні Цуг було вперше прийнято криптовалюту біткоїн як платіжний засіб, і з того часу Цуг перетворився на «криптовалютну долину» [2, с. 1]. Лише топ-50 компаній з «криптовалютної долини» оцінюються у 37,5 мільярдів доларів США [3, с. 5]. М.В. Правдюк зазначила, що Швейцарія є однією з найбільш сприятливих європейських країн для обігу криптовалюти у контексті його правового регулювання [4, с. 32]. Створенням сприятливого середовища для функціонування ринку віртуальних активів у Швейцарії пояснюється доцільність виявлення позитивного досвіду, вартого для запозичення в Україні. Спільна належність Швейцарії та України до романо-германської правової сім'ї додатково зумовлює можливість аналізу окремих законодавчих актів та позитивних рис розвитку законодавства у зазначеній сфері.

Правова основа функціонування ринку віртуальних активів у Швейцарії представлена нормами різних Федеральних законів Швейцарії, як-то: «Про банківську діяльність» (Banking Act), «Про інфраструктуру фінансового ринку» (FMIA), «Про фондові біржі і торгівлю цінними паперами» (SESTA), «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) та деяких інших нормативно-правових актів. При цьому спеціальний базовий закон з регулювання суспільних відносин на ринку віртуальних активів у Швейцарії відсутній.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями правового регулювання ринку віртуальних активів у Швейцарії займалися такі європейські правники, як К. Зеллвегер-Гюткнехт (Zellweger-Gutknecht, 2020) та Б. Зеілер (Seiler, 2020) [5]. Модель правового регулювання використання криптовалюти досліджували також Д. Зеліч (Zelic, 2018) та Н. Барош (Baros, 2018) [6]. Опосередковано економічних аспектів порушеного питання торкалась М.В. Правдюк, досліджуючи міжнародний досвід регулювання криптовалют [4]. В українській юридичній науці наразі бракує досліджень, присвячених швейцарському досвіду правового регулювання ринку віртуальних активів.

Метою статті є аналіз швейцарського досвіду правового регулювання ринку віртуальних активів задля формулювання пропозицій щодо удосконалення окремих аспектів правового регулювання цього ринку в Україні.

Виклад основного матеріалу. Ефективному правовому регулюванню ринку віртуальних активів Швейцарія завдячує, насамперед, Швейцарській службі

за наглядом за фінансовими ринками (Swiss Financial Market Supervisory Authority, FINMA), яка відреагувала на стрімкий розвиток ринку в умовах правового вакууму. 16 лютого 2018 р. FINMA представлено Керівні принципи щодо запитів відносно законодавчої основи проведення первинного розміщення монет (ICOs) (далі – Керівні принципи) [7], якими здійснено класифікацію віртуальних активів та надано роз'яснення щодо порядку застосування положень чинного швейцарського законодавства до обігу конкретного виду віртуального активу. В основу класифікації покладено примат змісту над формою з фокусом на економічну сутність конкретного віртуального активу. Швейцарські правники О. Фавр (Favre, 2020) та співавтори зазначають, що FINMA дотримується позиції, за якої застосовуватиметься принцип «однакові правила для однакового бізнесу» незалежно від технологій, що використовуються у господарській діяльності [8]. Д. Зеліч (Zelic, 2018) та Н. Барош (Baros, 2018) дійшли висновку, що надзвичайний успіх і високий рівень присутності Швейцарії на світовому ринку віртуальних активів багато в чому свідчить про ефективність такого підходу [6, с. 174]. Наведене зумовлює необхідність аналізу запропонованої FINMA класифікації віртуальних активів.

Варто при цьому зауважити, що замість терміна «віртуальний актив» у Керівних принципах FINMA використовує термін «токен» (з англ. token – знак, жетон, символ). Е.З. Малевський визначив токен як запис в розподіленому реєстрі даних (блокчейн), за допомогою якого відбувається облік інформації із застосуванням криптографічних алгоритмів, що забезпечують безпеку системи [9, с. 102]. Токен також визначають як цифрову одиницю обліку в рамках розподіленого реєстру записів у цифровій формі, яка має криптографічний захист [10, с. 77]. Л. Олівейра (Oliveira, 2018) та співавтори зазначили, що токени існують для позначення віртуального активу [11, с. 1]. Оскільки терміном «токен» позначається віртуальний актив, то для цілей проведення класифікації віртуальних активів видається допустимим використовувати ці терміни як рівнозначні.

Так, у Керівних принципах FINMA запропоновано класифікацію віртуальних активів на: 1) платіжні токени; 2) токени активів; 3) службові токени; 4) гібридні токени [7]. Надалі 11 вересня 2019 р. FINMA опубліковано Додаток до Керівних принципів і до приведеної вище класифікації додано ще один вид віртуального активу – стейблкоїн [12].

Аналізуючи платіжні токени, слід зазначити, що це віртуальний актив, який використовується як засіб платежу, тобто виконує певні функції грошей. FINMA під платіжними токенами розуміє, насамперед, криптовалюту [7]. Ю. Черноус та співавтори зауважили, що саме на прохання швейцарських біткоїн-компаній операції з криптовалютою були визнані саме операціями з платіжними засобами [13, с. 3].

Важливо, що FINMA не розглядає платіжні токени як цінні папери, оскільки це б суперечило їх економічній сутності [7, с. 4]. Із цього можна зробити висновок, що на платіжні токени не розповсюджуються положення швейцарського законодавства у сфері регулювання ринку цінних паперів.

Разом із тим особи, які надають платіжні послуги або випускають платіжні засоби, є фінансовими посередниками, на яких поширюється дія Федерального закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) (п. 3 ст. 2) [14].

Необхідно також звернути увагу на те, що випуск платіжних токенів, як правило, не пов'язаний із вимогою про повернення коштів у майбутньому, а тому такі токени не підпадають під визначення банківського депозиту. Однак якщо виникають зобов'язання повернути вкладене із гарантованим доходом у майбутньому, то віртуальні активи можуть розглядатись як депозити згідно з Федеральним законом «Про банківську діяльність» (Banking Act) [7, с. 6].

Також якщо коштами, отриманими внаслідок первинного розміщення монет (ICO), управляє третя сторона, до платіжних віртуальних активів можуть застосовуватися положення Федерального закону «Про схеми колективних інвестицій» (Collective Investment Schemes Act), зокрема в частині ліцензування [7, с. 6].

Швейцарська біржа криптовалют «Eurex» стала першою у світі криптовалютною біржою, яка повністю привела свою діяльність у відповідність до нормативних вимог Федерального закону «Про банківську діяльність» (Banking Act) [15]. Більше того, в деяких містах Швейцарії можна навіть сплатити податки за допомогою біткоїнів, а швейцарський комерційний банк «Falcon» став першим банком, який пропонує відкрити рахунки в біткоїнах [16, с. 132].

Таким чином, обіг платіжних токенів у Швейцарії підпадає під дію Федерального закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) та за певних умов регулюється Федеральними законами «Про банківську діяльність» (Banking Act) і «Про схеми колективних інвестицій» (Collective Investment Schemes Act). При цьому законодавство у сфері регулювання ринку цінних паперів на платіжні токени не розповсюджується.

Саме легалізація обігу платіжних токенів (криптовалюти) є однією із причин економічного зростання, внаслідок якого швейцарський кантон Цуг перетворився на «криптовалютну долину». У цьому контексті слід звернути увагу на деякі положення чинного українського законодавства.

Так, п. ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» передбачено, що віртуальний актив можна використовувати для платіжних або інвестиційних цілей. Така позиція є послідовною в контексті адаптації законодавства України до *acquis communautaire*, оскільки Директивою (ЄС) 2018/843 Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 2018 р., передбачено, що віртуальні валюти не мають юридичного статусу валюти або грошей, але приймаються фізичними або юридичними особами як засіб обміну, який може передаватися, зберігатися або торгуватися в електронний спосіб (ст. 1 Директиви) [17]. Можливість використання криптовалюти як офіційного засобу платежу підтверджується також рішенням Суду Європейського Союзу від 22 жовтня 2015 р. [18].

Водночас парламентом України прийнято проект Закону України «Про віртуальні активи» від 11 червня 2020 р. №3637 (далі – Законопроект). Хоч на даний час його повернуто із пропозиціями Президента України, все ж очікується, що Законопроект повинен стати базовим законом із регулювання суспільних відносин на українському ринку віртуальних активів. Положеннями ч. 7 ст. 4 Законопроекту визначено, що віртуальні активи не є засобом платежу

на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги) [19].

Видається, що такі положення є досить дискусійними, оскільки унеможливають використання платіжних віртуальних активів (криптовалюти) як офіційного засобу платежу, що суперечить чинному українському законодавству. В.Д. Іванюк наполягає на можливості практичного застосування криптовалют як засобу платежу, а тому – і потребу у їх нормативному закріпленні [20, с. 96]. Крім того, Є.О. Мічурін та І.Є. Мічурін дійшли висновку, що криптовалюта не має уречевленої форми, водночас складає цілком реальну цінність, є оборотоздатною у цивільному обігу: продається, дарується, обмінюється на майно, товари, послуги тощо [21, с. 51]. Безумовно, порядок прийняття віртуальних активів як засобу платежу є складним питанням, яке потребує детального та комплексного опрацювання, що може бути перспективним напрямом подальших досліджень. Однак з огляду на проаналізований досвід Швейцарії, а також норми чинного українського законодавства та положення Директиви (ЄС) 2018/843 видається передчасним та недоцільним закріплювати положення, які забороняють прийняття віртуальних активів як засобу платежу. Тому пропонується виключити із ч. 7 ст. 4 Законопроекту положення, що віртуальні активи не є засобом платежу на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги).

Повертаючись до швейцарської класифікації віртуальних активів, слід перейти до наступного їх виду – токенів активів. М.А. Дем'янчук та співавтори визначили їх як віртуальний актив у формі токена, який посвідчує майнові та/або немайнові права власника токена, що відповідають зобов'язанням емітента токена [10, с. 77].

FINMA розглядає токени активів як цінні папери у значенні Федеральних законів «Про інфраструктуру фінансового ринку» (Financial Market Infrastructure Act, FMIA) та «Про фондові біржі і торгівлю цінними паперами» (Federal Act on Stock Exchanges and Securities Trading, SESTA), оскільки за своєю економічною сутністю ці токени можуть бути аналогами цінних паперів [7, с. 5]. Тому учасникам ринку слід дотримуватись вимог зазначених законів при здійсненні операцій із такими віртуальними активами. Крім того, К. Зеллвегер-Гюткнехт (Zellweger-Gutknecht) дійшов висновку, що на обіг токенів активів, окрім вищезазначеного закону, будуть розповсюджуватись норми Федеральних Законів «Про фінансові сервіси» (Financial Services Act, FinSA) та «Про фінансові інституції» (Financial Institutions Act, FinIA) [5, с. 13].

Таким чином, обіг токенів активів регулюється Федеральними законами «Про інфраструктуру фінансового ринку» (FMIA), «Про фондові біржі і торгівлю цінними паперами» (SESTA), а також «Про фінансові сервіси» (FinSA), та «Про фінансові інституції» (FinIA).

Переходячи до службових токенів, слід зазначити, що вони випускаються для надання можливості отримати доступ до певного товару чи послуги, що надаються їх емітентом на основі інфраструктури блокчейну [5, с. 5]. З огляду на призначення службових токенів норми Федеральних законів «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) та «Про банківську діяльність» (Banking Act) не застосовуються [7, с. 7]. Якщо службовий токен в момент випуску додатково має на меті залучення інвестицій, то FINMA буде

розглядати такі токени як цінні папери, в такому разі до їх обігу висуватимуться ті ж умови, що і для tokenів активів [7, с. 5].

Стосовно гібридних tokenів слід згадати, що окремі віртуальні активи за своєю сутністю можуть відноситись до декількох видів одночасно. Відповідно, існує можливість визнання tokenів гібридними. У таких випадках законодавчі вимоги до регулювання їх обігу мають сукупний характер [22, с. 106].

У свою чергу, стейблкоїни за своєю сутністю є майже аналогічним платіжним токенам, однак вартість стейблкоїнів прив'язана до певного базового активу (наприклад до фіатної валюти). Метою створення стейблкоїнів, як правило, є мінімізація волатильності ціни, що характерна платіжним токенам [12, с. 1].

FINMA виділено стейблкоїни в окремий вид віртуальних активів з огляду на те, що залежно від властивостей цього віртуального активу та від базового активу, до якого він прив'язаний, можуть застосовуватись різні норми законодавства. Зокрема, виявлено, що проекти зі створення стейблкоїнів часто підпадають під вимоги щодо ліцензування відповідно до Федеральних Законів «Про банківську діяльність» (Banking Act) і «Про схеми колективних інвестицій» (Collective Investment Schemes Act). Також застосовуються норми Федерального закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA). Окрім того, якщо у зв'язку зі створенням стейблкоїну створюється певна платіжна система, то необхідною вимогою є також ліцензування відповідно до Федерального Закону «Про інфраструктуру фінансового ринку» (FMIA) [12, с. 2].

Таким чином, FINMA буде аналізувати перш за все економічну сутність стейблкоїна, визначаючи в кожному конкретному випадку, які норми законодавства слід застосовувати. Однак певна правова невизначеність щодо їх обігу на даний час залишається, що визнається у Додатку до Керівних принципів [12, с. 4].

З огляду на викладене слід зазначити, що фінансовим регулятором Швейцарії здійснено класифікацію віртуальних активів на платіжні токени, токени активів, службові токени та стейблкоїни. При цьому визначено, що певні токени можуть одночасно належати до декількох видів, тобто бути гібридними. Видається, що позитивною рисою досвіду Швейцарії є здійснення класифікації віртуальних активів на вищезазначені види, що посилює правову визначеність щодо того, які норми законодавства слід застосовувати під час регулювання обігу віртуальних активів.

Висновки. Проведене дослідження дає можливість конкретизувати законодавчу основу функціонування ринку віртуальних активів у Швейцарії, яку складають норми різних Федеральних законів Швейцарії, як-то: «Про банківську діяльність» (Banking Act), «Про інфраструктуру фінансового ринку» (FMIA), «Про фондові біржі і торгівлю цінними паперами» (SESTA), «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) та деяких інших нормативно-правових актів, і які застосовуються до обігу віртуального активу залежно від виду останнього.

Віртуальні активи у Швейцарії класифіковано на: платіжні токени, токени активів, службові токени, стейблкоїни та гібридні токени.

При цьому в українському законопроекті «Про віртуальні активи» передбачено положення про те, що віртуальні активи не є засобом платежу на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги).

З огляду на проаналізований досвід Швейцарської Конфедерації норми чинного українського законодавства та положення Директиви (ЄС) 2018/843 закріплення таких положень видаються передчасними.

Перспективним напрямом подальших досліджень може бути конкретизація порядку прийняття віртуальних активів як засобу платежу на території України.

Література

1. Caytas J. D. Regulation of Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings in Switzerland: Declared Vision of a «Crypto Nation». *International Law Practicum*. 2018. Vol. 36. № 1. URL: <https://www.blockchainlegalresource.com/wp-content/uploads/sites/31/2018/08/2018IntlPracticumVolume1.pdf#page=53> (дата звернення: 18.10.2021).
2. Kondova G. The «Crypto Nation» Switzerland. 2018. URL : https://www.researchgate.net/publication/327253551_The_Crypto_Nation_Switzerland_2018 (дата звернення: 18.10.2021).
3. CV VC Top 50 Report H1/2020. 2020. URL : https://cvvc.com/application/files/4416/0157/2090/CV_VC_Top_50_Report_H1_2020.pdf (дата звернення: 18.10.2021).
4. Pravdiuk M. International Experience of Cryptocurrency Regulation. *Norwegian Journal of Development of the International Science*. 2021. № 53-2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/international-experience-of-cryptocurrency-regulation> (дата звернення: 18.10.2021).
5. Zellweger-Gutknecht C., Seiler B. Country Report Switzerland – The Law of Crypto Assets. *Maume/Maute, The Law of Crypto Assets, Forthcoming*. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3708316> (дата звернення: 18.10.2021).
6. Zelic D., Baros N. Cryptocurrency: general challenges of legal regulation and the Swiss model of regulation. *Economic and Social Development: Book of Proceedings*. 2018. P. 168–176. URL: https://bib.irb.hr/datoteka/957515.Book_of_Proceedings_esdWarsaw2018_Online.pdf#page=177 (дата звернення: 18.10.2021).
7. ICO Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs). 2018. URL: <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung> (дата звернення: 18.10.2021).
8. Favre O., Houdrouge T., Elsener F. The Virtual Currency Regulation Review: Switzerland. 2020. URL : <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/switzerland> (дата звернення: 18.10.2021).
9. Малевський Е. З. Щодо бухгалтерського обліку цифрових активів (токенів). *Економіка і управління*. Київ : Європ. ун-т, 2018. № 1. С. 101–106 URL: https://rep.polessu.by/bitstream/123456789/20408/1/Malevs%27kii_E.Z_Shcho_do_bukhgalters%27kogo_obliku_tsifrovikh_aktiviv_tokeniv.pdf (дата звернення: 18.10.2021).
10. Дем'ячук М. А., Маслій Н. Д., Мітева М. В. Дослідження розвитку, використання та регулювання віртуальних активів в умовах цифрового середовища. *Сучасні напрями розвитку економіки в контексті євроінтеграційних процесів: матеріали доповідей Міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 2 листопада 2018 р.)*. Запоріжжя : Класичний приватний університет, 2018. 104 с. URL : <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/19471/1/75-80.pdf>
11. Oliveira L., Zavolokina L., Bauer I., Schwabe, G. To token or not to token: Tools for understanding blockchain tokens. *Paper pre-sented at the Thirty Ninth International Conference on Information Systems, San Francisco*. 2018. URL : <https://doi.org/10.5167/uzh-157908> (дата звернення: 18.10.2021).
12. Supplement to the guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs). 2019. URL: <https://www.finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/> (дата звернення: 18.10.2021).
13. Chornous Y.M., Denysenko S., Hrudnytskyi V., Turkot O., Sikorskyi, R. Legal Regulation of Cryptocurrency Turnover in Ukraine and the EU. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*. 2019. 22. URL: <https://www.abacademies.org/articles/Legal-Regulation-of-concurrency-turnover-in-Ukraine-and-the-EU-1544-0044-22-SI-2-369.pdf> (дата звернення: 18.10.2021).
14. Federal Act on Combating Money Laundering and Terrorist Financing (Anti-Money Laundering Act, AMLA). URL : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/892_892_892/en (дата звернення: 18.10.2021).
15. ECUREX becomes first bitcoin trading platform fully compliant with Swiss Banking Act. URL: <https://www.leaprate.com/news/ecurex-becomes-first-bitcoin-trading-platform-fully-compliant-with-swiss-banking-act/> (дата звернення: 18.10.2021).
16. Svetkova I. Cryptocurrencies legal regulation. *BRICS Law Journal*. 2018. 5(2). С. 128–153. URL : <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2018-5-2-128-153> (дата звернення: 18.10.2021).

17. Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_010-18#Text (дата звернення: 18.10.2021).

18. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 22 October 2015. Skatteverket v David Hedqvist. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0264&from=EN> (дата звернення: 18.10.2021).

19. Проект Закону про віртуальні активи (реєстр. № 3637 від 11.06.2020 р.). *Верховна Рада України*: офіційний вебсайт. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110 (дата звернення: 18.10.2021).

20. Іванюк В.Д. Фінансово-правове регулювання ринку криптовалют в Україні: дис. ... д-ра філософії: 081 – право ; Західноукраїнський національний університет. Тернопіль, 2021. 232 с. URL : <https://www.wunu.edu.ua/svr/disertacia/ivanuk/dusertacia.pdf> (дата звернення: 18.10.2021).

21. Мічурін Є. О., Мічурін І. Є. Криптовалюта в Україні: проблеми визнання, визначення правової природи та обмежень. *Форум Права*. 2021. 67(2). С. 46–53. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4650275> (дата звернення: 18.10.2021).

22. Blandin A., Cloots A.S., Hussain H., Rauchs M., Saleuddin R., Allen J.G., Cloud K., Zhang B.Z. Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study. 2019. Cambridge Centre for Alternative Finance, Cambridge Judge Business School, University of Cambridge. URL: <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf> (дата звернення: 18.10.2021).

Анотація

Кулик О. І. Правове регулювання ринку віртуальних активів: досвід Швейцарської Конфедерації. – Стаття.

У науковому дослідженні аналізувався досвід Швейцарської Конфедерації щодо правового регулювання ринку віртуальних активів. Підкреслено, що запровадженню ефективного правового регулювання ринку віртуальних активів у Швейцарії завдячує, насамперед, Швейцарській службі за наглядом за фінансовими ринками (Swiss Financial Market Supervisory Authority, FINMA), яка відреагувала на стрімкий розвиток ринку в умовах правового вакууму та представила Керівні принципи щодо запитів відносно законодавчої основи проведення первинного розміщення монет із роз'ясненнями щодо порядку застосування чинного законодавства Швейцарської Конфедерації до обігу віртуальних активів.

На підставі проведеного дослідження зроблено висновок, що законодавчу основу функціонування ринку віртуальних активів у Швейцарії складають норми різних Федеральних законів Швейцарії, як-то: «Про банківську діяльність» (Banking Act), «Про інфраструктуру фінансового ринку» (FMIA), «Про фондові біржі і торгівлю цінними паперами» (SESTA), «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (AMLA) та деяких інших нормативно-правових актів, і які застосовуються до обігу віртуального активу залежно від виду останнього. Віртуальні активи у Швейцарській Конфедерації класифіковано на: платіжні токени, токени активів, службові токени, стейблкоїни та гібридні токени.

При цьому в українському проекті Закону «Про віртуальні активи» передбачено положення про те, що віртуальні активи не є засобом платежу на території України. З огляду на проаналізований досвід Швейцарської Конфедерації, норми чинного українського законодавства та положення Директиви (ЄС) 2018/843 закріплення таких положень видається передчасним.

Перспективним напрямом подальших досліджень може бути конкретизація порядку прийняття віртуальних активів як засобу платежу на території України.

Ключові слова: віртуальні активи, ринок віртуальних активів, криптовалюта, правове регулювання, законодавство Швейцарської Конфедерації.

Summary

Kulyk O. I. Legal regulation of the virtual assets market (on the example of Swiss Confederation). – Article.

The experience of the Swiss Confederation in the legal regulation of the virtual assets market was analysed. It was emphasized that the development of effective legal regulation of the virtual assets market in Swiss Confederation (hereinafter – Switzerland) was the result of the Swiss Financial Market

Supervisory Authority (FINMA) work. FINMA has seen a sharp increase in the number of initial coin offerings (ICOs) planned or executed in Switzerland and a corresponding increase in the number of enquiries about the applicability of regulation. Given a legal and regulatory framework with partially unclear applicability, FINMA presented ICO Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs). As set out in FINMA Guidance, there are several areas in which ICOs are potentially impacted by financial market regulation. At present, there is no ICO-specific regulation, nor is there relevant case law or consistent legal doctrine.

In assessing ICOs, FINMA will focus on the economic function and purpose of the tokens (i.e. the blockchain-based units) issued by the ICO organiser. The key factors are the underlying purpose of the tokens and whether they are already tradeable or transferable. At present, there is no generally recognised terminology for the classification of tokens either in Switzerland or internationally. FINMA categorises tokens into four types, but hybrid forms are possible: payment tokens, utility tokens, asset tokens, stablecoins.

At the same time, according to the Ukrainian draft Law on Virtual Assets it is prohibited to use virtual assets as means of payment in Ukraine. Given the analysed experience of the Swiss Confederation, the norms of current Ukrainian legislation and the provisions of Directive (EU) 2018/843, the consolidation of such provisions seems to be incorrect.

A promising area of further research may be the procedure for accepting virtual assets as a means of payment in Ukraine.

The theoretical results may be used in legal theory and also in further theoretical researches devoted to the legal regulation of the virtual assets market.

Key words: virtual assets, virtual assets market, cryptocurrency, legal regulation, legislation of the Swiss Confederation.

УДК 341.1/.8

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3261>*І. В. Левандовська***СТРАТЕГІЧНА КОМУНІКАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ:
ПОЛІТИКА ІНФОРМУВАННЯ VERSUS КОМУНІКАЦІЙНА ПОЛІТИКА**

Постановка проблеми. Влітку 2021 року Президент України підписав Указ «Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки». Згідно з Указом Комісія з питань правової реформи разом з представниками органів центральної та місцевої влади, громадськості та експертів має розробити План дій щодо реалізації Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки. «Недостатня комунікаційна політика Конституційного Суду України» у цій Стратегії зазначається, як одна із проблем конституційного судочинства [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано вирішення даного питання, показав, що воно є маловивченим в Україні. Так, окремим аспектам поставленої проблематики приділялась увага в роботах таких українських правників, як С. Різник, О. Щербанюк, Б. Бондаренко. Водночас тема є широко дослідженою у працях таких зарубіжних науковців, як Ф. Мейер, Дж. Бастен, Д. Аскарі, І. Кауфман та інших.

Метою статті є дослідження особливостей розробки і впровадження Комунікаційної Стратегії Конституційного Суду України. Окрема увага зосереджується на важливості комунікації національного органу конституційного контролю з Європейським судом з прав людини та Верховним Судом задля забезпечення основних прав і свобод людини і громадянина.

Виклад основного матеріалу дослідження. Терміни «стратегічна комунікація/стратегічні комунікації» вперше з'явилися в урядових структурах Сполучених Штатів Америки (далі – США) у першій половині ХХ століття і тривалий час використовувалися переважно Міністерством закордонних справ та Міністерством оборони. Роберт Гастінгс, речник Міністерства оборони США у 2008–2009 роках, описав стратегічну комунікацію як «синхронізацію образів, дій та слів для досягнення бажаного ефекту». Заразом існує багато визначень даного поняття для бізнесу та інших організацій. Серед них: «це комунікація, яка узгоджена із загальною стратегією організації, для вдосконалення її стратегічного позиціонування» та «цілеспрямоване використання комунікації організацією для виконання своєї місії» [2].

В Україні система стратегічних комунікацій формується з 2015 року і є важливою частиною інтеграції до НАТО та Європейського Союзу. Вперше в національному законодавстві термін «стратегічні комунікації» як «скоординоване і належне використання комунікативних можливостей держави – публічної дипломатії, зв'язків з громадськістю, військових зв'язків, інформаційних та психологічних операцій, заходів, спрямованих на просування цілей держави» був закріплений у новій редакції Военної доктрини України, затвердженій Указом Президента

України від 24 вересня 2015 року № 555/2015 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України» від 2 вересня 2015 року [3].

Період 2015–2017 років характеризується інтенсивною розробкою і прийняттям комунікаційних стратегій різних гілок влади в тому числі судової. Саме тоді Президент України підписує Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, у якій безпосередньо йдеться про «низькі комунікаційні можливості» судової влади та «недостатній рівень формальних і практичних каналів комунікації (у тому числі мереж обміну даними) між виконавчими органами та прокуратурою, а також між органами державної влади та європейськими й міжнародними партнерами» [4].

З огляду на це судами системи судоустрою України було напрацьовано і впроваджено на місцях свої комунікаційні стратегії в тому числі Верховним Судом, яку можна без тіні сумніву вважати успішною.

Що ж стосується Конституційного Суду України (далі – КСУ), то він не є судом у класичному розумінні цього слова. Під час розробки і впровадження його комунікаційної стратегії варто неодмінно брати до уваги особливості його правової природи та питання, що розглядаються під час здійснення конституційного судочинства, про що йтиметься далі. Перші кроки у цьому напрямку він зробив у 2019 році, затвердивши Комунікаційну стратегію Конституційного Суду України на 2019–2021 роки, основною метою якої було формування конструктивного, ефективного та змістовного діалогу КСУ з громадянським суспільством і засобами масової інформації, зміцнення його авторитету як незалежного та відкритого до співпраці органу конституційної юрисдикції України.

Варто зауважити, що системно на адресу КСУ від представників політичних сил лунають звинувачення у відсутності комунікації, що, на їхню думку, посилює рівень недовіри до інституції. Прикметним у даній постановці питання є те, що згідно з даними, опублікованими на сайті Українського центру економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова, станом на 10 серпня 2021 року¹ рівень недовіри громадян до КСУ становить 63% на противагу рівню недовіри до Верховної Ради України (далі – ВРУ) – 75% [5].

На наше переконання, постановка даного питання є дещо неточною і подекуди маніпулятивною, адже політика інформування, яка є односторонньою і виходить у широкий загал, і комунікаційна політика, яка є двосторонньою і доходить до цільових груп, не є тотожними поняттями.

Що стосується політики інформування, то слід зауважити, що:

– у різний час у різних правових системах науковці і самі члени органів конституційного судочинства відмічали, що в даному питанні порівняння органу конституційного контролю з виконавчою або законодавчою владою є неприпустимим. Так, наприклад, суддя Верховного Суду Сполучених Штатів Америки Фелікс Франкфуртер зазначав: «Верховний Суд не повинен піддаватись тому тиску публічності, якому підкоряються виконавча влада та Конгрес, це є надзвичайно важливим для його ефективного функціонування» [6, р. 1362];

¹ Тобто уже після прийняття Рішення КСУ № 13-р/2020 до якого апелюють політики, як такого, що підірвало довіру до єдиного органу конституційного контролю.

– правова природа *sui generis* конституційних судів свідчить про те, що аргумент про демократичну легітимність не може бути використаний до у них тією ж мірою, що і до представницьких органів влади. Такого ступеня відкритості від конституційних судів ніхто не очікує. За словами Генрі Дж. Абрахама, «таємниця розгляду справ (у Верховному Суді США) за його «пурпуровою занавісою» є необхідним побічним продуктом його роботи» [6, р. 1362];

– під час впровадження політики інформування в межах конституційного судочинства апелювати слід до поняття «чутливої інформації»² (англ. *sensitive information*), а не поділу інформації за режимом доступу. Так, відповідно до таблиці Даніела Солова, експерта в області приватної інформації, із 26 видів даних, які відносять інформацію до «чутливої», на наше переконання, як мінімум, 12 охоплюються питаннями, що знаходяться на розгляді в конституційних судах. Серед них: 1) інформація, яка стосується питань безпеки; 2) політичні переконання або приналежності; 3) національність, раса/етнічність; 4) професійна/торгова асоціація; 5) персонал/профспілки; 6) сексуальні нетрадиційні погляди або практики; 7) відомості про судимість/розслідування або досудовий розгляд; 8) інформація про стан здоров'я/генетичні дані; 9) соціальне страхування; 10) фінансування/доходи/рахунки/дебет/кредит/платіжні картки; 11) державні ліцензії/страхування; 12) релігійні переконання або приналежність [7, с. 283].

Однак, зрештою, якщо ж йдеться все-таки про комунікаційну політику, то за своєю природою вона не може бути одностороннім процесом і передбачає наявність зворотного зв'язку. Георгій Почепцов, заслужений журналіст України та доктор філологічних наук, справедливо відмічає, що існує два типи комунікацій: ієрархічний та демократичний. Першому властивий монолог та наказовий характер повідомлень, отримувач повідомлення тут виконує роль підлеглого. Демократичний тип комунікацій – це діалог. У ньому немає начальників та підлеглих – лише співрозмовники. Мета їхньої бесіди – переконати одне одного. Він наголошує на тому, що влада пострадянських країн, маючи великий досвід ієрархічної комунікації, не має достатнього досвіду роботи з вільною людиною, а тому говорить у режимі монологу, а не діалогу. У ролі автора вона породжує один текст, а всякий інший визнається нею еретичним [8, с. 33]. Ми вважаємо, що цей підхід має бути застосований і до органів державної влади, які за наявності бажання налагодження комунікації одне з одним мають зрештою взяти за основу демократичний тип.

На нашу думку, задля забезпечення захисту прав та свобод людини і громадянина, формування єдиних поглядів на право і розуміння правової норми першочергово варто говорити про комунікацію КСУ з Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) та Верховним Судом (далі – ВС).

І. Європейський суд з прав людини

У цьому контексті варто згадати про Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Протокол №16), який 2 жовтня 2013 року

²Протягом багатьох років федеральний уряд Сполучених Штатів Америки використовує поняття «чутлива, але не секретна» (англ. *sensitive but unclassified*) до певного виду інформації. В Законі «Про комп'ютерну безпеку» 1987 року йдеться про те, що така інформація є несекретною, проте організації несуть відповідальність за захист таких даних [7, с. 281].

був відкритий до підписання і ратифікації. Даний Протокол покликаний зміцнити зв'язок між ЄСПЛ та найвищими судами держав-учасниць, створивши платформу для судового діалогу, таким чином сприяючи застосуванню національними судами практики ЄСПЛ. Стаття 1 Протоколу № 16 передбачає надання права вищим судам та трибуналам держав – учасниць Конвенції у межах конкретних справ, які ними розглядаються, звертатись з мотивованими запитами до ЄСПЛ за консультативними висновками щодо принципів тлумачення або застосування прав і свобод, гарантованих Конвенцією та протоколами до неї [9].

Умовою набуття чинності Протоколу № 16 була його ратифікація 10 країнами – учасницями Ради Європи. Він набрав юридичної сили 1 серпня 2018 року. Станом на вересень 2021 року його ратифікували 16 держав: Албанія, Андорра, Боснія і Герцеговина, Естонія, Фінляндія, Франція, Грузія, Греція, Литва, Люксембург, Нідерланди, Сан-Марино, Сербія, Словаччина, Словенія, Україна. Ще сім країн, такі як: Бельгія, Італія, Північна Македонія, Норвегія, Молдова, Румунія та Туреччина – підписали Протокол, але не ратифікували [10].

Окрім України, лише Естонія та Сан-Марино надали право звертатись до ЄСПЛ щодо надання консультативного висновку лише одному судовому органу. У свою чергу, Албанія, Андорра, Вірменія, Греція, Грузія, Литва, Люксембург, Словаччина, Словенія та Франція гарантували таке право національним органом конституційного контролю [10].

Доречно буде відзначити, що включення КСУ до переліку судових органів нашої держави, які можуть звертатися з мотивованими запитами до ЄСПЛ для отримання консультативних висновків, є цілком обґрунтованим та необхідним, оскільки надасть вітчизняному органу конституційної юрисдикції додатковий правовий інструмент для ефективного виконання його завдань та функцій, зокрема захисту конституційних прав людини в межах процедури розгляду конституційних скарг.

II. Верховний Суд

У зв'язку зі змінами, що були внесені Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147–VIII, передбачено, що в тому разі, коли суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії.

Наприклад, у такому випадку, згідно з ч. 4 ст. 7 Кодексу Адміністративного судочинства України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII, суд після винесення рішення у справі звертається до ВС для вирішення питання стосовно внесення до КСУ подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції КСУ [11]. Аналогічні норми містять Цивільний процесуальний кодекс України в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 року № 2147–VIII (ч. 6 ст. 10) [12] та Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 року № 2147–VIII (ч. 6 ст. 11) [13].

Крім того, одним із важливих завдань правозастосування є забезпечення однакового застосування норм права у порядку та спосіб, визначені законодавством.

Зокрема, у п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402–VIII до завдань ВС віднесено забезпечення однакового застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законодавством [14].

Право зацікавленої особи вимагати перегляду судового рішення, яке ґрунтується на неконституційній нормі права (або за наслідками визнання спірної норми права конституційною), можна розглядати як один із дієвих засобів досягнення єдиного підходу у правозастосуванні. Позитивною тенденцією вітчизняної судової практики, яка має наслідком забезпечення однакового застосування норм права та надання більшій кількості потенційних суб'єктів можливості захистити свої права, слід вважати постанови ВС, в яких застосовуються юридичні (правові) позиції КСУ за наслідками розгляду конкретних конституційних скарг. У зв'язку із цим доречно вказати декілька постанов ВС, в яких застосовано юридичні (правові) позиції КСУ про неможливість звільнення працівника з ініціативи власника в період тимчасової непрацездатності працівника, навіть якщо підстава звільнення – закінчення строкового трудового контракту (пункт 2 частини першої статті 36 Кодексу законів про працю України) [15, с. 120].

Отже, за таких умов видається очевидним, що існує нагальна потреба в комунікації та взаємодії судів загальної юрисдикції, ВС і КСУ, оскільки надзвичайно важливо мати однакове чітке розуміння змісту конституційних прав і свобод.

Висновки. Підсумовуючи сказане, пригадаємо теорію Ернесто Лаклау, згідно з якою: 1) посилення на частину громадськості, яка нібито відображає волю народу у цілому; 2) процес нагнітання і шлях від осудження до необхідності; 3) дії, які починаються з вимоги, а закінчуються політичною дією – є популізмом. КСУ ж під час формування нової Комунікаційної Стратегії КСУ однозначно треба враховувати успішний досвід національних та міжнародних судових органів та конституційних судів, чітко розмежовуючи комунікаційну політику і політику інформування.

На виконання Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки КСУ висловлюємо такі пропозиції:

1. КСУ варто розробити і затвердити Комунікаційну Стратегію, у якій особливу увагу надати:

1) особливостям формування політики інформування;
2) чіткому визначенню цільових груп, з якими відбувається комунікація. Напрацювати з кожною з них, врахувавши при цьому специфіку їхньої діяльності та особливості взаємодії з КСУ, індивідуальний план комунікації. З окремими групами затвердити правила комунікації.

2. КСУ направити до ВРУ офіційний запит щодо внесення змін до відповідних законів із метою визначення КСУ як ще одного суду, який може звертатися до ЄСПЛ з метою отримання консультативних висновків у межах Протоколу № 16.

3. Із метою розвитку двосторонніх відносин у сфері забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина налагодити комунікаційні зв'язки між КС і ВС із перспективою підписання в майбутньому Меморандуму про співпрацю.

Література

1. Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки : Указ Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text> (дата звернення: 21.10.2021).
2. Центр політичного консалтингу. Картки: що таке стратегічна комунікація і кому вона потрібна. URL : <https://cpc.com.ua/articles/kartki-scho-take-strategichna-komunikaciya-i-komu-vona-potribna> (дата звернення: 19.10.2021).
3. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 року «Про нову редакцію Военної доктрини України» : Указ Президента України від 24 вересня 2015 року № 555/2015. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555/2015> (дата звернення: 20.10.2021).
4. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки : Указ Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#n12> (дата звернення: 21.10.2021).
5. Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова. Довіра до інститутів суспільства та політиків, електоральні орієнтації громадян України (липень-серпень 2021 р.). URL : <https://razumkov.org.ua/napriamku/sotsiologichni-doslidzhennia/dovira-do-instytutiv-suspilstva-ta-politykiv-elektoralni-oriientsii-gromadian-ukrainy>
6. Kelemen K. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*. 2013. 14(8). P. 1345–1371. URL : [https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=321102020088086121085092101017103069021063020068087078105086030089003086108098113119059058002121107109114088098099064114086016050009068002021112011121104021003118029090058030122028099112025079125070066077086115082001113002096019104002084065065072086119&EXT=pdf&INDEX=TRUE](https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=321102020088086121085092101017103069021063020068087078105086030089003086108098113119059058002121107109114088098099064114086016050009068002021112011121104021003118029090058030122028099112025079125070066077086115082001113002096019104002084065065072086119&EXT=pdf&INDEX=TRUE&delivery.php?ID=321102020088086121085092101017103069021063020068087078105086030089003086108098113119059058002121107109114088098099064114086016050009068002021112011121104021003118029090058030122028099112025079125070066077086115082001113002096019104002084065065072086119&EXT=pdf&INDEX=TRUE)
7. Задувайло О. Проблема Визначення поняття «чутлива інформація» в контексті забезпечення інформаційної безпеки держави. *Гілея: науковий вісник*. 2017. Вип. 116. С. 280–285.
8. Почепцов Г. Теория коммуникации коммуникации : монографія Рефлбук, 2001. С. 656.
9. Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_002-13#Text (дата звернення: 28.10.2021).
10. Chart of signatures and ratifications of Treaty 214. Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Status as of 21/08/2020. URL : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=214> (дата звернення: 28.10.2021).
11. Кодекс адміністративного судочинства України : в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 30.10.2021).
12. Цивільний процесуальний кодекс України : в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р., № 2147-VIII/. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 30.10.2021).
13. Господарський процесуальний кодекс України : в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 30.10.2021).
14. Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 30.10.2021).
15. Черняк С. Застосування судами положень Конституції України як норм прямої дії та право на перегляд судового рішення за наслідками встановлення конституційності закону, іншого правового акта чи їх окремих положень як засіб захисту основних прав і свобод. *Український часопис конституційного права*. 2020. № 4. С. 115–126.

Анотація

Левандовська І. В. Стратегічна комунікація Конституційного Суду України: політика інформування versus комунікаційна політика. – Стаття.

Сьогодні Україна активно формує нові моделі побудови системи стратегічних комунікацій, які є важливою частиною інтеграції до НАТО та Європейського Союзу. Наразі існує гостра проблема ефективної координації суб'єктів стратегічних комунікацій у різномірних системах із власною ієрархією та системою прийняття рішень. Основне завдання держави полягає в забезпеченні єдності дій цих структур у межах єдиного вектора діяльності.

Стаття присвячена дослідженню особливостей розробки і впровадження Комунікаційної Стратегії Конституційного Суду України. Водночас задля забезпечення основних прав і свобод людини і громадянина увага зосереджується на важливості комунікації національного органу конституційного контролю з Європейським судом з прав людини та Верховним Судом.

З'ясовано різницю між політикою інформування і комунікаційною політикою вітчизняного органу конституційної юстиції. Виявлено, що задля формування єдиних поглядів на право і розуміння правової норми задля захисту прав та свобод доречно включити Конституційний Суд України до переліку судових установ, які можуть звертатись до Європейського суду з прав людини в межах Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Окремо увагу приділено взаємодії з Верховним Судом. Встановлено, що наразі вже існує позитивна тенденція вітчизняної судової практики, в ході якої Верховний Суд у своїх постановках застосовує юридичні (правові) позиції Конституційного Суду України за наслідками розгляду конкретних конституційних, що надає більшій кількості потенційних суб'єктів можливість захистити свої права. Зроблено висновок, що в майбутньому такий підхід потрібно розвивати та удосконалювати.

На основі проведеного аналізу Конституційному Суду України запропоновано кроки для реалізації Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки в тому числі такі, які можливо реалізувати шляхом внесення змін у чинне законодавство.

Ключові слова: комунікація, конституційне судочинство, взаємовідносини, Європейський суд з прав людини, Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Верховний Суд.

Summary

Levandovska I. V. Strategic communication of the Constitutional Court of Ukraine: communication policy versus communication policy. – Article.

Nowadays, Ukraine is actively developing new models for building a system of strategic communications, which are an important part of integration into NATO and the European Union. At present, there is an acute problem of effective coordination of the subjects of strategic communications in multilevel systems with their own hierarchy and decision-making system. The main task of the state is to ensure the unity of action of these structures within a single vector of activity.

This article is devoted to the research of the peculiarities of the development and implementation of the Communication Strategy of the Constitutional Court of Ukraine. At the same time, in order to ensure the fundamental human rights and freedoms, attention is focused on the importance of communication between the national constitutional review body, the European Court of Human Rights and the Supreme Court.

The article clarifies the difference between the information policy and the communication policy of the domestic body of constitutional justice. It was found that in order to form common views on the law and understanding the rule of law to protect rights and freedoms, it is appropriate to include the Constitutional Court of Ukraine in the list of judicial institutions that may apply to the European Court of Human Rights under Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights.

Special attention is paid to interaction with the Supreme Court. It is established that there is already a positive trend of domestic jurisprudence in which the Supreme Court in its rulings applies the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine as a result of consideration of specific constitutional, which gives more potential subjects the opportunity to protect their rights. It is concluded that in the future such an approach needs to be developed and improved.

On the basis of the conducted analysis, was proposed to the Constitutional Court of Ukraine steps to implement the the Strategy for the Development of Judiciary and Constitutional Justice for 2021–2023, including those that can be implemented by amending existing legislation.

Key words: communication, constitutional justice, relations, European Court of Human Rights, Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights, Supreme Court.

УДК 347.73

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3262>*О. П. Мельник, С. Л. Корнійчук*

ПРИНЦИП НЕЗАЛЕЖНОСТІ У СФЕРІ ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

Постановка проблеми. У сучасних реаліях сучасної ситуації в економіці держави, посилення впливу світових фінансових факторів, глобалізації відповідних процесів та міжнародної конкуренції система державного фінансового контролю в Україні досить розвинена, але, незважаючи на це, відповідний контроль характеризується певними недоліками. Неefективне використання бюджетних коштів, відсутність належної законодавчої бази контрольної діяльності, нормативного визначення змісту державного фінансового контролю, його мети, вимог до здійснення, недосконалість запроваджених форм і методів контролю – усе це негативно позначається на стані його реалізації та гальмує процес удосконалення. Українцям необхідним є вивчення стану державного фінансового контролю в Україні в контексті виявлення проблем його правового регулювання та розробки пропозицій щодо вдосконалення. Неодноразові зусилля щодо стандартизації системи державного фінансового контролю та її принципів підтверджують особливість та значущість цього питання.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженню різноманітних аспектів становлення та функціонування системи фінансового контролю в Україні, зокрема проблем правового регулювання та принципів діяльності контролюючих органів, приділено увагу багатьох провідних науковців, представників юридичної науки, таких як: Л.К. Воронова, О.Ю. Грачева, А.О. Монаєнко, С.О. Ніщимна, О.П. Орлюк, Л.А. Савченко, С.О. Шохін, М.В. Сірош й економічної науки М.Ф. Базась, М.Т. Білуха, Н.Д. Бровкіна, Ф.Ф. Бутинець, В.М. Родіонова, В.І. Шлейніков. Але питання розуміння змісту принципу незалежності фінансового контролю залишається дискусійним і потребує не лише подальшого наукового дослідження, але і законодавчого закріплення.

Мета статті полягає в тому, щоб на підставі аналізу наукових та нормативних джерел визначити зміст принципу незалежності фінансового контролю, а також сформулювати пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства в зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу. Науковці систематично звертаються до проблем фінансового контролю, вказують на необхідність прийняття єдиного нормативного акта, що врегулював би загальні питання організації фінансового контролю. Проекти законів неодноразово вносилися на розгляд до Верховної Ради України: проект Закону України «Про систему державного фінансового контролю в Україні» [1]; проект Закону України «Про державний фінансовий контроль» [7]; проект Закону України «Про основні засади діяльності органів державного фінансового контролю» [2].

Вказані законопроекти містять відповідні статті, які визначають принципи організації державного фінансового контролю, принципи діяльності суб'єктів

фінансового контролю. При цьому одним із принципів зазначено незалежність, але чіткого її розуміння не наводиться.

Правові принципи фінансового контролю відображають його роль у сфері публічних фінансів, бо вони визначають відповідні гарантії його реалізації. Саме нормативне закріплення принципів фінансового контролю сприятиме захисту прав підконтрольних суб'єктів і належній діяльності контролюючих суб'єктів на всіх стадіях контрольного процесу.

Хочемо акцентувати нашу увагу на принципі незалежності, який є невід'ємним принципом фінансового контролю. Існує думка, що це не просто принцип контролю, а гарантія реалізації принципу об'єктивності. Про принцип незалежності йдеться в більшості нормативних актів. У Лімській декларації [3] у статті 5 зазначено, що вищі органи фінансового контролю можуть виконувати покладені на них завдання об'єктивно і ефективно лише в тому випадку, коли незалежні від організацій, що ними перевіряються, і захищені від стороннього впливу; хоча органи державної влади не можуть бути абсолютно незалежними, оскільки загалом вони є складовою частиною держави, ВОФК повинні мати функціональну та організаційну незалежність, достатню для виконання покладених на них завдань. Незалежність ВОФК нерозривно пов'язана з незалежністю його членів.

Декларація про загальні принципи [4] визначає, що незалежність ВОФК від інших органів державної влади, а також об'єктів, що перевіряється, є основоположним принципом їхньої діяльності. ВОФК відповідно до національного законодавства самостійні у виборі системи і методів проведення контролю, у складанні своїх планів роботи, тематики і програми контрольних заходів; незалежність ВОФК гарантується належним рівнем бюджетно-фінансового забезпечення, величина якого встановлюється незалежно від виконавчої влади. А незалежність, об'єктивність і неупередженість членів ВОФК забезпечується спеціальною процедурою їх обрання (призначення) і звільнення з посади, а також їх юридичною захищеністю і достатнім рівнем матеріального забезпечення).

Міжнародна нормативно-правова база містить й інші приклади закріплення принципу незалежності. Проте зупинимося і на положеннях чинних нормативних актів України. Не можна не зазначити Закон України «Про Рахункову палату» [6], в якому в статті 3 розкривається розуміння незалежності, яка забезпечується: 1) встановленим Конституцією України і Законом «Про Рахункову палату» порядком призначення на посади та звільнення з посад членів Рахункової палати; 2) визначеними Україною гарантіями діяльності Рахункової палати; 3) особливим порядком організаційного забезпечення діяльності Рахункової палати. Принцип незалежності членів Рахункової палати виражається у самостійності прийняття ними рішень (ст. 32 Закону [6], визначає, що «у свою чергу, члени Рахункової палати та посадові особи апарату Рахункової палати самостійно приймають рішення в межах своїх повноважень. Вони зобов'язані відмовитися від виконання будь-яких наказів, розпоряджень або вказівок, що суперечать закону, а також ужити інших заходів, передбачених законом») та вправі викладати окрему думку з інформуванням про це відповідних суб'єктів (п. 3 ст. 26 Закону [6] передбачає, що «Член Рахункової палати,

присутній на засіданні Рахункової палати, який не погоджується з прийнятим рішенням, має право викласти окрему думку...»).

Зміст принципу незалежності висвітлено в пункті 3.3 Стандартів внутрішнього аудиту [5], а саме: 1) організаційна незалежність забезпечується через затвердження керівником установи положення про підрозділ внутрішнього аудиту та піврічного плану діяльності внутрішнього аудиту; інформування керівником підрозділу внутрішнього аудиту керівника установи про стан виконання плану діяльності внутрішнього аудиту та інших завдань, а також про наявність обмежень у проведенні внутрішнього аудиту чи ресурсах; 2) функціональна незалежність передбачає недопущення виконання працівниками підрозділу внутрішнього аудиту функцій, не пов'язаних зі здійсненням внутрішнього аудиту та не визначених у положенні про підрозділ внутрішнього аудиту; 3) керівник установи забезпечує вжиття заходів щодо запобігання неправомірному втручання третіх осіб у планування і проведення внутрішнього аудиту та підготовку звіту про його результати.

Представники фінансово-правової науки відзначають, що незалежність повинна бути забезпечена: 1) фінансовою самостійністю контрольного органу; 2) більш довгим порівняно з парламентськими строками повноважень керівників органів контролю; 3) закріпленням у Конституції їхнього статусу [9, с. 68]. На нашу думку, дана позиція має місце в діяльності вищих органів фінансового контролю і частково може застосовуватися до всіх контролюючих суб'єктів.

У нормативних актах чітко не визначено суб'єктів, від яких мають бути незалежними контролюючі суб'єкти, їх посадові чи службові особи. У Лімській декларації йдеться про незалежність від підконтрольних суб'єктів і захищеність від зовнішнього впливу (ст. 5 пункт 1, ст. 6 пункт 3 [3]); у Декларації про загальні принципи діяльності ВОФК держав – учасниць СНД [4] – від інших органів державної влади, а також об'єктів, що перевіряються. У Законі України «Про Рахункову палату» наявна норма, відповідно до якої «Рахункова палата під час здійснення своїх повноважень є незалежною від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання (п. 4 ст. 3) [6]», отже, цей державний орган незалежний від будь-яких суб'єктів. У більшості наукових публікацій не систематизовано коло суб'єктів, стосовно яких мають бути незалежні контролюючі суб'єкти, їх посадові чи службові особи чи інші працівники.

Аналізуючи незалежність контролюючих органів, Л.А.Савченко [14, с. 77] зазначає, що принцип незалежності означає, що суб'єкти фінансового контролю повинні бути незалежні від підконтрольних суб'єктів і захищені від стороннього впливу; незалежність передбачає відсутність у осіб, що проводять контрольні заходи, будь-якої зацікавленості відносно підконтрольного суб'єкта; контролюючі суб'єкти повинні бути відносно незалежними від інших державних органів, оскільки в певних випадках відповідно до чинного законодавства останні дають доручення їм, які повинні бути виконані, та абсолютно незалежними від підприємств, установ, організацій тощо, що ними контролюються. Так, Н.А. Лиско [12, с. 46] стверджує, що принцип незалежності означає незалежність як від представників підконтрольних об'єктів, так і від інших зацікавлених осіб, високопосадовців; цей принцип забезпечується самодисципліною контролера під час

виконання своїх обов'язків та організаційними і функціональними засадами організації його роботи в контрольній установі; особисті інтереси також не повинні зашкоджувати незалежності контролера.

О.П. Гетьманець [10, с. 23] зазначає, що контролери у здійсненні повноважень керуються законом, і ніхто не має право втручатися в їх діяльність або впливати на неї; підпорядкованість органів контролю повинна забезпечувати його організованість, узгодженість процедури контролю, плідне управління системою контролю та контролюючим об'єктом, але кожен окремий суб'єкт контролю відповідно до закону має право на власне, об'єктивне, професійне та незалежне рішення щодо результатів контролю. На думку О.В. Румянцева [13, с. 10], незалежність також характеризується чіткістю й адекватністю формально визначених прав і обов'язків; сутність незалежності органу фінансового контролю виражена у його праві самостійно визначати предмет своєї контрольної діяльності, методи контролю, зміст і форми звітів.

Розкривати принцип незалежності контролюючого органу необхідно через призму незалежності його посадових осіб, а саме «незалежність характеризується чіткістю і адекватністю формально визначених прав і обов'язків, вона дозволяє працювати контролерам із високим ступенем автономії та ініціативи, видавати об'єктивні висновки [11, с. 119].

Заслугує на увагу позиція І.М. Ярмак [15, с. 16], яка пропонує закріпити в законопроекті «Про принципи фінансового контролю» особливості принципу незалежності, з виділенням та тлумаченням сутності її різновидів. Але авторка не чітко розділяє незалежність контролюючих суб'єктів та їх посадових чи службових осіб.

Охарактеризувавши принцип незалежності, ми можемо переконатися, що для його розуміння необхідно розглянути значну кількість складових частин, дотримання яких залежить як від самих контролюючих органів, так і від органів державної влади, підконтрольних суб'єктів, наявності належної нормативно-правової бази та інше.

Висновок. На підставі вищевикладеного слід зазначити, що необхідно законодавчо закріпити принцип незалежності як базовий принцип діяльності контролюючих органів. При цьому зміст принципу необхідно розглядати як організаційну, функціональну, фінансову та особисту незалежність.

Організаційна незалежність органів фінансового контролю забезпечується наявністю нормативно-правової бази, яка характеризується чіткістю й адекватністю визначених прав і обов'язків посадових осіб; правом самостійно вирішувати більшість поточних питань своєї діяльності, що полягає в самостійності приймати рішення в межах своїх повноважень, зобов'язанні відмовитися від виконання будь-яких наказів, розпоряджень або вказівок, що суперечать закону; правом на власне, об'єктивне, професійне та незалежне рішення щодо результатів контролю, відповідальності за будь-який тиск із боку інших органів на діяльність посадових осіб контролюючого органу. Функціональна незалежність забезпечується захищеністю від стороннього втручання в їхню діяльність підконтрольних суб'єктів, інших органів влади та їх посадових осіб; правом на самостійне планування і здійснення контрольних заходів.

Фінансова незалежність полягає в належному рівні бюджетно-фінансового забезпечення.

Особиста незалежність передбачає відсутність у осіб, що проводять контрольні заходи, будь-якої зацікавленості відносно підконтрольного суб'єкта; відсутність матеріальної зацікавленості в результатах діяльності суб'єкта, що перевіряється.

Література

1. Про систему державного фінансового контролю в Україні : проект Закону України від 03.06.2002 р. № 1131. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1131&skl=5
2. Про основні засади діяльності органів державного фінансового контролю : проект Закону України від 17.09.2018 р. № 9086. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64601
3. Лімська декларація керівних принципів фінансового контролю, прийнята IX Конгресом Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю в 1977 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/604_001
4. Декларація про загальні принципи діяльності вищих органів фінансового контролю держав – учасниць СНД від 8.06.2001 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_a40
5. Стандарти внутрішнього аудиту : затверджені наказом Міністерства фінансів України від 04.10.2011 р. № 1247. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1219-11>
6. Про Рахункову палату : Закон України від 02.07.2015 р. № 576- VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 36. Ст. 360.
7. Про державний фінансовий контроль : проект Закону України від 18.02.2004 р. № 1131-2. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=16534
8. Бровкіна Н. Д. Основы финансового контроля : учеб. пособие / под ред. М. В. Мельник. Москва : Магистр, 2007. 382 с.
9. Волощук М. Г., Карабін Т. О., Менджул М. В. Фінансове право : навч. посіб. Вид. 3-тє, допов. та перероб. Ужгород : Вид-во Олександри Гаркуші, 2017. 244 с.
10. Гетманець О. П. Принципи державного контролю в бюджетному процесі. *Форум права*. 2006. № 1. С. 20–24.
11. Довженець А. О. Міжнародні принципи формування фінансового контролю. *Митна справа*. 2012. № 2, ч. 2, кн. 2. С. 117–121.
12. Лиско Н. А. Основні принципи державного фінансового контролю в Україні. *Актуальні проблеми економіки*. 2011. № 5(119). С. 42–47.
13. Румянцев А.В. Финансовый контроль: Курс лекций. Москва : Изд-во «Дело и Сервис», 2003. 144 с.
14. Савченко Л. А. Правові основи здійснення фінансового контролю : навч. посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 504 с.
15. Ярмук І. М. Принципи фінансового контролю: правовий аспект : автореф. дис. на здоб. наук. ст. канд. юрид. наук : 12.00.07 ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2014. 21 с.

Анотація

Мельник О. П., Корнійчук С. Л. Принцип незалежності у сфері фінансового контролю. – Стаття.

У публікації звертається увага на важливість незалежності як принципу діяльності органів фінансового контролю та його посадових осіб. Проводиться аналіз чинного законодавства з метою визначення наявності нормативно-правового врегулювання даного принципу, на основі чого робиться висновок про необхідність прийняття закону, який би містив загальні положення організації та здійснення фінансового контролю, а також його принципи.

У роботі розкривається зміст принципу незалежності як одного з гарантів законності під час здійснення фінансового контролю. Аналіз наукових позицій дозволив виокремити відповідні критерії для поділу характеристик принципу незалежності.

При цьому висловлюється позиція щодо можливості існування законності за умови наявності нормативно-правової бази, яка характеризується чіткістю й адекватністю визначених прав і обов'язків посадових осіб контролюючих органів; надання їм права самостійно вирішувати більшість поточних питань своєї діяльності; зобов'язання відмовитися від виконання будь-яких наказів, розпоряджень

або вказівок, що суперечать закону; правом на власне, об'єктивне, професійне та незалежне рішення щодо результатів контролю; відповідальності за будь-який тиск із боку інших органів на діяльність посадових осіб контролюючого органу.

Відстоюється думка, що незалежність у фінансовому контролі забезпечується захищеністю від стороннього втручання в діяльність із боку підконтрольних суб'єктів, інших органів влади та їхніх посадових осіб.

У статті розглядається і належне фінансове забезпечення як відповідна умова незалежності діяльності контролюючих суб'єктів.

Проведено аналіз міжнародної нормативно-правової бази, в якій закріплено принцип незалежності у сфері фінансового контролю, чим визначається його важливість. При цьому міжнародне законодавство розкриває зміст основних положень даного принципу, що може стати прикладом реалізації зазначених положень у чинне законодавство України.

Ключові слова: фінансовий контроль, принцип незалежності, функціональна, організаційна професійна та особиста незалежність.

Summary

Melnyk O. P., Korniychuk S. L. The principle of independence in the field of financial control. – Article.

The publication draws attention to the importance of independence as a principle of activity of financial control bodies and its officials. An analysis of current legislation is carried out in order to determine the existence of legal regulation of this principle. On the basis of which a conclusion is made about the need to adopt a law that would contain the general provisions of the organization and implementation of financial control, as well as its principles.

The paper reveals the content of the principle of independence as one of the guarantees of legality in the exercise of financial control. The analysis of scientific positions allowed to single out the relevant criteria for separating the characteristics of the principle of independence.

At the same time, the position on the possibility of the existence of legality is expressed in the presence of a regulatory framework, which is characterized by clarity and adequacy of certain rights and responsibilities of officials of regulatory authorities; giving them the right to decide most of the current issues of their activities; an obligation to refuse to comply with any orders, instructions or directives that are contrary to law; the right to own, objective, professional and independent decision on the results of control; responsibility for any pressure from other bodies on the activities of officials of the controlling body.

It is argued that independence in financial control is ensured by protection from outside interference by controlled entities, other authorities and their officials.

The article also considers adequate financial security as an appropriate condition for the independence of the controlling entities.

An analysis of the international legal framework in which the principle of independence in the field of financial control is enshrined, which determines its importance. At the same time, international law reveals the content of the main provisions of this principle, which can be an example of the implementation of these provisions in the current legislation of Ukraine.

Key words: financial control, the principle of independence, functional, organizational, professional and personal independence.

УДК 342.34; 342.57

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3263>*Л. О. Нікітенко, Л. В. Ковальчук*

СТАН РОЗВИТКУ МІСЦЕВОЇ ДЕМОКРАТІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Тема місцевої демократії, її розвитку стає все більш актуальною не лише в Європі, а й в загальносвітових масштабах. Особливо назріла вона для України, де відбувається активний пошук нових форм і змісту публічного управління, шляхів консолідації суспільства і відновлення територіальної цілісності держави. Від того, наскільки сильною буде підтримка української державності на місцях, як ефективно та стійко працюватиме система місцевого самоврядування і на яких підставах і умовах взаємодіятимуть органи місцевого самоврядування з органами державної влади, залежить подальша доля України.

Постановка проблеми. Демократія – це і загальне прагнення людства, і практика, яку по-різному реалізують і проживають в різних частинах світу. Демократія – це також і система публічного управління, при якій діяльність уряду знаходиться під контролем народу, а громадяни є рівними в процесі здійснення цього контролю. Якщо відволіктися від основних принципів демократії, якими є принципи політичної рівності та громадянської позиції, то слід визнати, що найоптимальніший вибір із важливих питань і найточнішу оцінку якості демократії роблять ті, кого це безпосередньо стосується, тобто самі громадяни. Отже, основними провідниками демократичних змін в будь-якій державі є її громадяни, а вихідна точка для початку реформ знаходиться на загальнонаціональному та місцевому рівні. Слід констатувати, що сьогодні в Україні залишаються законодавчо неврегульованими багато питань саме місцевої демократії, до того ж деякі її важливі аспекти втілюються або неналежною мірою, або взагалі не втілюються, що потребує негайного виправлення. Тому доцільним убачається звернення до практики провідних держав світу з метою запозичення позитивного досвіду функціонування місцевої демократії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Варто зазначити, що питання вітчизняної та зарубіжної місцевої демократії розглядалися у працях таких науковців, як О. Бориславська, В. Григор'єв, О. Кутафін, О. Лиска, В. Мельниченко, А. Ткачук, В. Фадеєв, В. Шевчук тощо. Однак ці питання змістовно не висвітлювалися у порівняльному аспекті.

Метою статті є аналіз сучасного стану розвитку місцевої демократії в Україні та розробка пропозицій щодо його покращення на основі запозичення позитивного зарубіжного досвіду.

Виклад основного матеріалу дослідження. Конституція України передбачає, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та місцевого самоврядування [1]. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» конкретизує це конституційне

положення та вказує, що народ може реалізувати ці можливості шляхом об'єднання в територіальні громади, які є основним носієм функцій та повноважень місцевого самоврядування, гарантом здійснення заходів для покращення життя населення відповідної території [2]. Конституція та зазначений Закон передбачають коло повноважень, якими володіють громадяни для участі в управлінні місцевим життям. Зокрема, гарантують населенню право на проведення громадських слухань та загальних зборів, участь у місцевих виборах та референдумах тощо. Однак, незважаючи на наявність широкого переліку інструментів місцевої демократії, нормативного закріплення процедури їхнього використання в більшості випадках бракує. Законом передбачено, що процедури проведення громадських слухань та загальних зборів визначаються в статутах територіальних громад. Проте сьогодні трохи більше 20% громад врегулювали свої права на здійснення місцевого самоврядування статутом. У багатьох селах, селищах та навіть і містах ані влада, ані місцева еліта не підіймають питання розробки статуту, через що населення не в змозі ефективно використовувати усі інструменти впливу на вирішення питань місцевого значення [3]. Таким чином, унеможлиблюється налагодження взаємодії між територіальними громадами і органами місцевого самоврядування, що, у свою чергу, зумовлює падіння довіри населення до влади, а також сприяє загостренню соціальних конфліктів та збільшенню кількості протестів, що виступає єдиним способом діалогу для членів територіальних громад.

Розглянемо детальніше ті інструменти місцевої демократії, які потребують негайного врегулювання в Україні. Так, одним із таких є громадські слухання. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» вказує, що територіальна громада має право проводити громадські слухання – зустрічатися з депутатами відповідної ради та посадовими особами місцевого самоврядування, під час яких члени територіальної громади можуть заслуховувати їх, порушувати питання та вносити пропозиції щодо питань місцевого значення, що належать до відання місцевого самоврядування. Отже, громадські слухання є формою участі членів територіальних громад та органів місцевого самоврядування у спільному обговоренні питань місцевого значення з метою залучення громадян до важливих процесів життєдіяльності відповідного міста, села, селища. Даний інструмент місцевої демократії є правом жителів, проте законом встановлено, що громадські слухання мають проводитися не рідше одного разу на рік. За підсумком громадських слухань пропозиції, що виносяться територіальними громадами, підлягають обов'язковому розгляду органами місцевого самоврядування. Хоча даний інструмент і закріплений законом, порядок організації та проведення громадських слухань визначається статутом територіальної громади. Як вже зазначалось раніше, статuti є далеко не в усіх територіальних громадах. Частіше процедурні аспекти громадських слухань прописуються у відповідних Положеннях із позиції власного погляду на їхнє проведення. Однак доцільним убачається задля уніфікації процедури прописати загальний порядок організації та проведення громадських слухань на усій території України на рівні закону.

На підтвердження доцільності такої пропозиції працює зарубіжний досвід. Інститут публічних слухань у сучасному формалізованому вигляді виник у 1920-х роках

у Сполучених Штатах (як і багато інших форм безпосередньої демократії), і лише у другій половині ХХ століття відповідну практику було перейнято більшістю держав Європи. Сьогодні в США муніципалітети мають право самостійно регулювати порядок організації публічних слухань на своїй території, вносити корективи до переліку питань, з яких вони проводяться тощо, проте базові вимоги до проведення слухань закріплені у федеральних законах та уточнені зведенням муніципального права штату. Законодавство держав Західної Європи також регламентує загальні вимоги до проведення слухань, при цьому уряди та громадські організації регулярно розповсюджують у громадах збірки рекомендацій, що покликані допомогти місцевій владі ефективно проводити слухання та працювати з населенням. Ґрунтуючись на матеріалах цих рекомендацій, доцільно розробити аналогічний документ, адаптований під українські реалії. До того ж, у низці зарубіжних держав вже сьогодні починають використовувати Інтернет та ІТ-інфраструктуру для залучення більшої кількості учасників та підвищення ефективності публічних слухань. Завдяки системі участі у слуханнях через інтернет, можливості участі громадян у справах місцевих громад значно розширюються, що підвищує якість місцевого управління [4]. Таку практику варто запровадити й в Україні.

Ще одне важливе та проблемне питання місцевої демократії в Україні – місцеві референдуми. Згідно із Законом «Про місцеве самоврядування в Україні» вони є формою прийняття територіальною громадою рішень із питань, що належать до відання місцевого самоврядування, шляхом прямого голосування. Стаття 7 вказаного закону передбачає, що порядок призначення та проведення місцевого референдуму, а також перелік питань, що вирішуються виключно референдумом, визначаються законом про референдум. Проте спеціального закону про місцевий референдум в нас немає, тому дана норма носить суто декларативний характер. На розгляд Верховної Ради України внесено проект Закону «Про місцевий референдум» (№ 5512 від 19.05.2021 р.), який не пройшов ще жодного читання, але направлений до Венеційської комісії для отримання висновку, щоб документ став «взірцевим законом» та «ефективним механізмом реалізації прямої демократії на місцевому рівні» [5; 6]. Проблема проведення місцевих референдумів в Україні сьогодні стоїть дуже гостро. Адже, по-перше, цей інструмент місцевої демократії найбільш доступний для розуміння громадянами, він дозволяє підвищити рівень соціальної зацікавленості серед населення та забезпечує залучення членів територіальних громад до процесів ухвалення важливих місцевих рішень. А по-друге, місцевий референдум дає можливість визначити важливі проблемні питання, наявні в жителів відповідної території, всебічно їх проаналізувати та колективно вирішити, таким чином зменшуючи рівень напруги серед населення.

Практика великої кількості держав світу демонструє, що місцевий референдум є затребуваним та дієвим механізмом артикуляції ставлення громадян до певних рішень органів влади, співвідношення цих рішень з їхніми інтересами. Законодавство цих держав містить спеціальні закони про місцеві референдуми, які детально регламентують процедурні аспекти. Однак аналіз практики проведення місцевих референдумів у зарубіжних державах приводить до висновку, що ефективність даного інструменту демократії залежить від активності місцевих жителів,

оскільки чимала кількість голосувань визнаються недійсними з причин низької явки виборців [7, с. 78]. Тому, прописуючи в законі України ключові засади проведення місцевого референдуму, варто врахувати ці ризики.

Формою прямої демократії на місцевому рівні, яка потребує нормативного врегулювання, також є загальні збори громадян, особливість яких полягає в колективному обговоренні складних місцевих питань та у вирішенні їх шляхом досягнення компромісу. Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачено, що порядок проведення загальних зборів громадян за місцем проживання визначається законом та статутом територіальної громади. Однак питання проведення загальних зборів на території України регулюється Положенням «Про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні», затвердженим постановою Верховної Ради України від 17.12.1993 р. Сьогодні дане Положення є чинним лише в частині, що не суперечить Конституції України та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Варто зазначити, що в Положенні наявні застарілі норми, серед яких, наприклад, норма про обов'язковість рішення, прийнятого на зборах (сьогодні носить рекомендаційний характер) [8]. Головною ідеєю зборів є їхня доступність навіть для невеликої кількості жителів відповідної території. Проте основною проблемою для втілення цієї ідеї на практиці є відсутність чіткого законодавчого закріплення, з визначенням порядку скликання зборів та кола його ініціаторів; питань, що можуть бути розглянуті; порядку ухвалення рішень та їх значення для діяльності органів місцевого самоврядування тощо.

Подібним до українських загальних зборів є відкриті міські збори (town meetings) у США. Суть їх полягає в постійній консультації з громадянами на усіх етапах впровадження змін. Головне питання, що лежить в їх основі: «Як зробити наше місто кращим для життя?». Кількість залучених осіб може бути необмеженою, зустрічі можуть проводитися будь-де. Єдиною умовою є проведення таких заходів впродовж декількох місяців із метою всебічного вивчення проблем міста, їхнього аналізу та висловлення конкретних обставин, що вимагають змін. Серед науковців поширилась думка, що недоліком «town meetings» є потреба в ініціативній групі осіб, які збирають та класифікують інформацію. Проте ця обставина не заважає вказаному інструменту місцевої демократії користуватися попитом в США [9, с. 90]. І хоча проведення відкритих міських зборів глибоко укорінено в «американській» культурі, процедура їх проведення чітко врегульована відповідним законом.

Висновки. Отже, можна констатувати, що сучасний стан розвитку місцевої демократії в Україні недосконалий, особливо порівняно з провідними зарубіжними державами. Насамперед, це пов'язано з недоліками національного законодавства та відсутністю врегулювання в ньому процедурних аспектів застосування основних її інструментів. Тому, враховуючи позитивний зарубіжний досвід, задля усунення цих прогалин можна, з одного боку, наполягати на прийнятті спеціальних Законів України «Про місцеві референдуми», «Про громадські слухання», «Про загальні збори громадян за місцем проживання» тощо, а з іншого боку, відстоювати позицію про доцільність прийняття кодифікованого нормативно-правового акта, який серед іншого об'єднає норми про різні форми прямої (безпосередньої) демократії на місце-

вому рівні – Муніципального кодексу України (за прикладом, Грузії, Філіппін, Франції та ін.). Реалізація наведених пропозицій є першочерговим кроком у розвитку місцевої демократії в нашій державі, але не виключає необхідність інших перетворень.

Література

1. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (Із змінами).
2. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170 (Із змінами).
3. Статут територіальної громади в сучасній практиці. Центр політико-правових реформ. URL : <https://uplan.org.ua/analytics/statut-terytorialnoi-hromady-v-suchasniy-praktytsi/>
4. Зарубежний опыт проведения публичных слушаний. URL : <http://фонд-трионикс.рф/data/documents/1-Otchet-o-provedennom-analize-zarubezhnogo-opyta.pdf>
5. Проект Закону про місцевий референдум від 19.05.2021 р. № 5512. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71942
6. Направлення законопроекту про місцевий референдум до Венеційської комісії. URL : <https://www.unn.com.ua/uk/news/1949568-stefanchuk-napraviv-zakonoproekt-pro-mistseviy-referendum-do-venetsiyskoyi-komisiyi>
7. Чиркін А. С. Місцевий референдум як форма муніципальної нормотворчості: досвід країн вищеградської групи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 3. С. 76–79.
8. Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні : Постанова Верховної Ради України від 17.12.1993 р. № 3748-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 6. Ст. 30.
9. Права людини і місцева демократія / Буров С., Величко Н., Єлігулашвілі М., Жигалдо В., Ковшун Л., Левченко О. *Українська Гельсінська спілка з прав людини*. 2017. 92 с.

Анотація

Нікітенко Л. О., Ковальчук Л. В. Стан розвитку місцевої демократії в Україні та за кордоном: порівняльний аспект. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу сучасного стану розвитку місцевої демократії в Україні та розробці пропозицій щодо його покращення на основі запозичення позитивного зарубіжного досвіду.

Наголошено, що питання місцевої демократії є вкрай актуальними в загальносвітових масштабах. В Україні багато з них залишаються законодавчо неврегульованими, через що деякі важливі аспекти місцевої демократії втілюються або неналежною мірою, або взагалі не втілюються, що, безперечно, заважає повноцінному користуванню її інструментами.

З'ясовано, що законодавство України гарантує населенню право на проведення громадських слухань та загальних зборів, участь у місцевих референдумах тощо. Проте нормативне регулювання даних інструментів демократії покладається на статuti територіальних громад, які в більшості сіл, селищ, міст взагалі відсутні.

На підставі проведеного аналізу сучасного стану розвитку місцевої демократії в Україні констатовано, що він є недосконалим, особливо порівняно з провідними зарубіжними державами. Насамперед, це пов'язано з недоліками національного законодавства та відсутністю врегулювання в ньому процедурних аспектів застосування основних її інструментів.

Ураховуючи позитивний зарубіжний досвід, задля усунення цих прогалин запропоновано, з одного боку, наполягати на прийнятті спеціальних Законів України «Про місцеві референдуми», «Про громадські слухання», «Про загальні збори громадян за місцем проживання» тощо, а з іншого боку, відстоювати позицію про доцільність прийняття кодифікованого нормативно-правового акта, який серед іншого об'єднає норми про різні форми прямої (безпосередньої) демократії на місцевому рівні – Муніципального кодексу України (за прикладом Грузії, Філіппін, Франції та ін.).

Акцентовано, що реалізація наведених пропозицій є першочерговим кроком у розвитку місцевої демократії в нашій державі, але не виключає необхідність інших перетворень.

Ключові слова: місцева демократія, інструмент демократії, загальні збори, місцеві референдуми, громадські слухання, територіальна громада.

Summary

Nikitenko L. O., Kovalchuk L. V. State of local democracy development in Ukraine and abroad: comparative aspect. – Article.

The article is devoted to the analysis of the current state of development of local democracy in Ukraine and the development of proposals for its improvement based on borrowing positive foreign experience. In Ukraine, many of them remain unregulated, which is why some important aspects of local democracy are either not properly implemented or not implemented at all, which undoubtedly hinders the full use of its tools.

It was found that the legislation of Ukraine guarantees the population the right to hold public hearings and general meetings, participate in local referendums, etc. However, the normative regulation of these instruments of democracy relies on the statutes of territorial communities, which in most villages, towns and cities do not exist at all.

Based on the analysis of the current state of development of local democracy in Ukraine, it is stated that it is imperfect, especially compared to leading foreign countries. First of all, this is due to the shortcomings of national legislation and the lack of regulation of the procedural aspects of its application.

Given the positive foreign experience, in order to eliminate these gaps, it is proposed, on the one hand, to insist on the adoption of special Laws of Ukraine “On Local Referendums”, “On Public Hearings”, “On General Meetings of Citizens” etc. on the other hand, to defend the position on the expediency of adopting a codified legal act, which, among other things, will unite norms on various forms of direct democracy at the local level Municipal Code of Ukraine (for example, Georgia, Philippines, France, etc.).

It is emphasized that the implementation of these proposals is a priority step in the development of local democracy in our country, but does not exclude the need for other changes.

Key words: local democracy, instrument of democracy, general meeting, local referendums, public hearings, territorial community.

УДК 346.14

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3264>*Г. Я. Оверко*

ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ У ГОСПОДАРЬКОМУ ПРАВІ

Актуальність дослідження. У цій роботі розглянуто поняття збитків, досліджено співвідношення поняття реальних збитків за цивільним та господарським законодавством. Як відомо теоретикам і практикам у галузі юриспруденції, в умовах сьогодення актуальним є належне юридичне закріплення господарсько-правової санкції у господарському законодавстві та господарських договорах, що може стати суттєвим важелем запобігання господарських правопорушень. З іншого боку, правильно вибрані механізми застосування належно закріплених господарсько-правових санкцій можуть послужити реальному відшкодуванню всіх завданих правопорушенням збитків.

Метою цього дослідження є встановлення проблем законодавчого регулювання застосування такої господарсько-правової санкції, як збитки, а також аналіз правозастосовної практики з цієї проблеми.

Вивченням такого виду господарсько-правової санкції, як збитки, займались науковці В.С. Щербина, О.М. Вінник, В.В. Васькін, В.П. Грибанов, Н.С. Малєїна, В.К. Мамутова та багато інших.

Відповідно до норм господарського законодавства учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушено [1, ст. 224].

Згідно із положеннями Цивільного кодексу, відшкодування збитків розглядається як один зі способів відшкодування майнової шкоди, яка на вимогу особи, якій завдано шкоди, та відповідно до обставин справи може відшкодовуватися не тільки в грошовій формі, але й в інший спосіб, до яких віднесено відшкодування шкоди в натурі (передача речі того ж роду та тієї ж якості, поладження пошкодженої речі тощо) [2, ч. 4 ст. 22].

Під збитками розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також недержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною [1, ч. 2 ст. 224].

Згідно із положеннями ч. 3 ст. 216 ГК, потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. А це означає, що обов'язок відшкодувати збитки прямо врегульовано законом.

Проте якщо збитки згадані в господарському договорі, то слід уважно підійти до тлумачення таких положень договору. Оскільки, згідно із законом якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями.

Крім цього, слід пам'ятати, що законом або договором можуть бути передбачені випадки, коли:

– допускається стягнення тільки штрафних санкцій;
– збитки можуть бути стягнуті у повній сумі понад штрафні санкції;
– за вибором кредитора можуть бути стягнуті або збитки, або штрафні санкції [1, ст. 232].

Отже, закон дає право погодити договором вибір між відшкодуванням збитків або штрафних санкцій, або ж збитки можуть бути стягнуті в повній сумі.

За загальним правилом господарського кодексу: якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодуються в частині, не покритій цими санкціями. Тому, вважаємо, що в положеннях господарського договору юристам-практикам для захисту інтересів конкретного суб'єкта господарювання варто вказувати фразу: «збитки, заподіяні контрагентом за договором, стягуються у повній сумі понад штрафні санкції».

Також норми Цивільного кодексу передбачають можливість погодити договором розмір збитків, що підлягають відшкодуванню у твердій сумі (ч. 1 ст. 624 ЦК).

Господарсько-процесуальне законодавство регулює правила відшкодування збитків, зокрема, сторона, яка порушила своє зобов'язання або напевно знає, що порушить його, повинна невідкладно повідомити про це другу сторону; сторона господарського зобов'язання позбавляється права на відшкодування збитків у разі, якщо вона була своєчасно попереджена другою стороною про можливе невиконання нею зобов'язання і могла запобігти виникненню збитків своїми діями [2, ст. 226].

Зважаючи на це, окремі дослідники вважають, що інститут відшкодування збитків в українському законодавстві базується на таких загальних принципах, як: 1) повна компенсація збитків; 2) достовірність; 3) передбачуваність шкоди; 4) вжиття заходів для запобігання виникненню збитків [3, ст. 125].

У наукових колах прийнято також вважати, що всі збитки поділяються на два види:

1) ті витрати, які пов'язані із втратою або пошкодженням майна (їх прийнято називати позитивною шкодою у майні, або прямими збитками);

2) ті витрати, які полягають у недоотриманні майна, яке повинно було прижитись у разі відсутності правопорушення за звичайних обставин, – недоотримані доходи (втрачена або упущена вигода).

Проте за господарським законодавством до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються:

1) вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, що визначена відповідно до вимог законодавства;

2) додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною;

3) неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною;

4) матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

З огляду на те, що поняття збитків врегульовано і цивільним, і господарським кодексом, науковці зробили спробу порівняти це правове врегулювання.

В.С. Щербина, до прикладу, дійшов висновку, що обидва кодекси потребують між собою узгодження, зокрема з питань:

а) про склад збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила правопорушення (ч. 2 ст. 22 ЦК і ч. 2 ст. 224 і ч. 1 ст. 225 ГК). Про це також наголошують і інші науковці, що, на відміну від ЦК України, ГК України включає до складу збитків ще і матеріальну компенсацію моральної шкоди у випадках, передбачених законом [4, с. 77];

б) визначення поняття збитків. Як уже наводилось, обидва кодекси по-різному тлумачать це поняття;

в) визначення змісту реальних збитків. Так, до реальних збитків у ч. 2 ст. 22 ЦК належать:

- втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, взагалі не згадуючи про вартість втраченої речі;
- витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Але до реальних збитків, згідно із ч. 1 ст. 225 ГК України, належать:

- вартість втраченого майна;
- вартість пошкодженого або знищеного майна.

Як бачимо, у ЦК взагалі не згадується про вартість втраченої речі як про збиток. Зрештою, підкреслимо, що досі вкрай необхідне встановлення єдиного (загального) правила щодо співвідношення збитків і неустойки (ч. 1 ст. 624 ЦК України і відповідна їй ч. 1 ст. 232 ГК України). Адже цивільним кодексом встановлюється штрафна неустойка, а господарським – залікова.

З урахуванням основних принципів господарсько-правової відповідальності відшкодування збитків не звільняє правопорушника без згоди другої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі (ст. 216 ГК).

Якщо звернутись до практики господарських судів з цієї проблематики та роз'яснень Вищого господарського суду, то варто наголосити на таких особливостях. Для господарських судів діють роз'яснення про необхідність під час вирішення спорів про стягнення заподіяних збитків перш за все з'ясовувати правові підстави покладення на винну особу цієї майнової відповідальності з тим, щоб відрізнити обов'язок боржника відшкодувати збитки, завдані невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, що випливає з договору (ст. 623 ЦК), від позадоговірної шкоди, тобто від зобов'язання, що виникає внаслідок заподіяння шкоди (глава 82 ЦК). Правильне розмежування підстав відповідальності необхідно ще й тому, що розмір відшкодування збитків, завданих кредитором невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань за договором, може бути обмеженим (ст. 225 ГК), а у разі відшкодування позадоговірної шкоди остання підлягає стягненню у повному обсязі (ст. 1166 ЦК) [5, п. п. 1, 2].

Отже, необхідно справді звертати увагу, яке походження мають збитки в конкретній справі: з договірної чи позадоговірної зобов'язання.

Також важливо знати, що ВГС роз'яснює, що витрати на оплату юридичних послуг не є збитками у розумінні статті 623 Цивільного кодексу України та статті 224 Господарського кодексу [6, п. 2].

На обґрунтування цього суд роз'яснює, що заявлена до стягнення сума витрат на оплату юридичних послуг не є збитками, оскільки такі витрати не мають обов'язкового характеру та необхідних ознак збитків відповідно до приписів чинного законодавства, а факт їх наявності та розмір не перебувають у безпосередньому причинному зв'язку з неналежним виконанням відповідачем зобов'язань за договором оренди (постанова Вищого господарського суду України від 13.04.10 р. № 05/248-09).

Варто звернути увагу на особливості відшкодування окремих видів збитків, передбачених у послідовності, що встановлена господарським законодавством.

1. Часто наслідком господарських правопорушень збитками є *вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна*. Слід підкреслити, що вартість майна, пошкодженого з вини правопорушника, повинна бути відшкодована в повному обсязі. Під час визначення розміру збитків, заподіяних порушенням господарських договорів, береться до уваги вид (склад) збитків та наслідки порушення договірних зобов'язань для підприємства. Тоді як відповідачу потрібно довести відсутність його вини у спричиненні збитків позивачу.

Наприклад, Сторона-1 (позивач) звернулась до Сторони-2 (відповідач) з позовом стягнення збитків у сумі 1959212,45 гривні. Позовні вимоги мотивовані нанесенням збитку майну позивача, що знаходилось в орендованих у відповідача приміщеннях, котрі згоріли з вини орендаря, на думку позивача [5].

Вищий господарський суд у цій справі обґрунтував, що для застосування такої міри відповідальності, як стягнення збитків за порушення договірних зобов'язань та/або відшкодування позадоговірної шкоди, потрібна наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення: протиправна поведінка, збитки, причинний зв'язок між протиправною поведінкою боржника та збитками кредитора, вина боржника.

Відсутність хоча б одного із вказаних елементів, що утворюють склад правопорушення, не дає підстави кваліфікувати поведінку боржника як правопорушення та, відповідно, не може бути підставою застосування відповідальності за порушення у сфері господарської діяльності.

Важливим елементом доказування наявності збитків є встановлення причинного зв'язку між протиправною поведінкою заподіювача та збитками потерпілої сторони. Причинний зв'язок між протиправною поведінкою і збитками є обов'язковою умовою відповідальності. Слід довести, що протиправна дія чи бездіяльність заподіювача є причиною, а збитки, які завдані особі, – наслідком такої протиправної поведінки. Протиправна поведінка особи тільки тоді є причиною збитків, коли вона прямо (безпосередньо) пов'язана зі збитками. Непрямий (опосередкований) зв'язок між протиправною поведінкою і збитками означає лише, що поведінка оцінюється за межами конкретного випадку і, відповідно, за межами юридично значимого зв'язку.

У ході судового розслідування справи було з'ясовано, що відповідно до Правил пожежної безпеки в Україні [8, п. 6] у разі передачі в оренду цілісного майнового комплексу або окремих його частин, приміщень, інших об'єктів за домовленістю сторін цивільно-правового договору визначаються права та обов'язки орендаря

та орендодавця щодо забезпечення пожежної безпеки та відповідальності за порушення вимог пожежної безпеки на об'єкті оренди. І згідно із п. 3.22 цих Правил пожежної безпеки відповідальними особами за своєчасне і повне оснащення об'єктів вогнегасниками та іншими засобами пожежогасіння, забезпечення їх технічного обслуговування, навчання працівників правил користування вогнегасниками є власники цих об'єктів (або орендарі згідно з договором оренди).

Встановлено, що згідно з п. п. 4.1.7, 4.2.8 договору оренди між сторонами спору, відповідач зобов'язувався встановити систему протипожежної сигналізації та здійснювати експлуатацію централізованих систем протипожежної сигналізації, пожежогасіння за власний рахунок протягом усього строку дії цього договору. Ці положення договору відповідач повністю виконав.

Докази порушення відповідачем взятих на себе зобов'язань за укладенням між сторонами договором оренди судам не надані та матеріали справи не містять, а відповідач вказує на відсутність своєї вини у нанесенні позивачу збитків.

Судами зазначено також, що згідно зі ст. 62 Конституції України [3], відповідно до якої особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вини не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, розслідування кримінального провадження слідчим органом не свідчить про наявність у діяч посадових осіб відповідача вини (умислу чи необережності) під час укладення договору, доки їхню вини не буде доведено у судовому порядку.

За таких обставин місцевий та апеляційний господарські суди дійшли обґрунтованого висновку, що позивачем не доведено наявності складу цивільного правопорушення, що є необхідною умовою застосування такої міри відповідальності, як стягнення збитків, у тому числі об'єктивної та суб'єктивної сторони спричинених збитків, причинно-наслідкового зв'язку між діями та понесеними позивачем збитками у розмірі 1959212 грн, у зв'язку з чим мотивовано відмовили у задоволенні заявлених позовних вимог.

Касаційну скаргу по цій справі надалі залишено без задоволення, а постанову Київського апеляційного господарського суду від 19 січня 2017 року – без змін [7].

Таким чином, зауважимо, що суди відмовляють у позовах про відшкодування збитків у зв'язку із втратою або пошкодженням майна, якщо вина відповідача не буде доведена у встановленому судом порядку.

2. *Додаткові витрати*, понесені стороною, є не менш поширеним видом збитків. У Господарському кодексі наводиться лише приблизний, невичерпний перелік збитків, які можуть бути відшкодовані як додаткові витрати. Додаткові витрати здійснюються кредитором у зв'язку з неправомірними діями боржника.

Відшкодування сплачених банку відсотків, як завданих кредитором збитків, має право вимагати від несправної сторони потерпіла сторона за договором, яка повинна довести, що ці збитки завдані кредитором саме невиконанням боржником зобов'язання за договором. У разі поставки товару неналежної якості і його повернення продавцю додаткові витрати можуть полягати у провізній платі, у платі за користування вагонами, у платі за оформлення документів на відправлення вантажу, вартості залізничного тарифу тощо [9].

До додаткових витрат відносять також штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам у зв'язку з правопорушенням. Такі штрафні санкції підлягають компенсації лише за наявності доказів фактичної їх сплати за умови їх безпосереднього зв'язку з конкретним правопорушенням. Умовні чи майбутні платежі за невиконаними зобов'язаннями в конкретній справі конкретним судом до уваги братись не будуть. Оскільки в майбутньому може і не виникнути такого позову чи вимоги.

Штрафи, сплачені до державного чи місцевого бюджету, теж можуть вважатись збитками. Проте підставою для віднесення публічно-правових платежів до складу збитків повинен бути доведений причинний зв'язок цих платежів з невиконанням зобов'язання боржником. Адже правопорушник зобов'язаний відшкодувати будь-які витрати незалежно від їх правової природи, якщо вони здійснені потерпілою стороною внаслідок порушення її права.

3. *Упущена вигода.* Суди приділяють окрему увагу вирішенню спорів про відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди. Вищий господарський суд роз'яснює, що суди повинні дослідити, чи могли такі збитки бути реально понесені кредитором та чи вживав кредитор заходів щодо їх відшкодування.

Наприклад, наводиться справа за позовом Сторони-1 до місцевого господарського суду з позовом з проханням стягнути зі Сторони-2 суму упущеної вигоди, обґрунтовуючи свої вимоги тим, що відповідач безпідставно займає орендовані позивачем приміщення, що позбавляє його можливості використовувати їх у своїй господарській діяльності й отримувати прибуток. Суд першої інстанції позов у цій справі задовольнив, вважаючи позовні вимоги обґрунтованими. Проте Апеляційний господарський суд рішення господарського суду скасував, прийнявши нове рішення. На обґрунтування якого посилався на положення Цивільного кодексу [2, ст. 22], який вказує на те, що збитки мають бути реальними, а не уявними. Допускаємо, що, якщо б як доказ позивач приніс оферту від іншого контрагента укласти договір оренди з реальними ціновими пропозиціями, суд міг би це врахувати. Проте за наявних доказів у справі Апеляційний господарський суд наголосив, що у вигляді упущеної вигоди відшкодовуються тільки ті збитки, які б могли бути реально отримані [6].

З огляду на наведене апеляційний господарський суд дійшов обґрунтованого висновку про відмову у позові [10].

Окремої уваги заслуговує упущена вигода суб'єкта господарювання, що спричинена незаконними діями представників органів державної влади.

За загальним правилом шкода, заподіяна протиправною поведінкою представників органів державної влади, відшкодовується з державного бюджету із застосуванням правила подальшої регресної вимоги до цього представника. Проте як же бути зі збитками у вигляді недоотриманого прибутку, втраченої вигоди, що були спричинені, до прикладу, незаконною перевіркою представниками Державної фіскальної служби, безпідставно накладеними арештами на майно та рахунки суб'єкта господарювання та інше?

Збитки, завдані суб'єкту господарювання у зв'язку з неправомірним застосуванням до нього адміністративно-господарських санкцій, підлягають відшкодуванню в порядку, встановленому цим Кодексом та іншими законами [1, ст. 249].

4. *Матеріальна компенсація моральної шкоди* у господарському законодавстві з 2003 року посідає своє особливе і неоднозначне місце. Питання відшкодування моральної шкоди суб'єкту господарювання є доволі дискусійним з причин суперечок про врегулювання такого відшкодування нормами загального чи спеціального законодавства, а також з причин суперечок про віднесення такого виду санкцій до договірної чи позадоговірної зобов'язання.

Деякі автори навіть вважають, що господарське законодавство обмежує право суб'єктів підприємницької діяльності на відшкодування моральної шкоди, ототожнюючи його з відшкодуванням збитків [11, ст. 86].

До випадків заподіяння моральної (немайнової) шкоди суб'єкту господарювання належать ті, що прямо передбачені законом, і ті, що беруться до уваги судами на загальних та договірних підставах, зокрема: приниження ділової репутації; посягання на фірмове найменування; посягання на товарний знак; розголошення комерційної таємниці; розголошення банківської таємниці; дії, спрямовані на зниження престижу, підрив довіри; порушення авторських та або суміжних прав; використання недобросовісної конкуренції; невиконання рішення суду тощо.

Крім цього, моральна шкода суб'єкту господарювання може бути відшкодована і на підставі загального і на підставі спеціального законодавства, а також із врахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Висновки. З урахуванням дослідженого можна виокремити ознаки збитків:

- відшкодування збитків – один з основних видів господарсько-правової відповідальності;
- застосовуються збитки у всіх сферах господарських відносин: горизонтальних (у тому числі внутрішньогосподарських відносинах) і вертикальних;
- збитки можуть виникнути у разі будь-якого господарського правопорушення, якщо інше прямо не передбачено законом, незалежно від того чи це договірні чи позадоговірні відносини;
- реалізація права на відшкодування збитків не залежить від наявності відповідної умови в договорі, якщо збитки завдані порушенням умов господарського договору;
- суд не в праві зменшувати розмір доведених збитків на власний розсуд, як це дозволено, наприклад, у випадках застосування штрафних санкцій;
- відшкодування збитків покликане забезпечити компенсацію всіх витрат, понесених внаслідок вчинення господарського правопорушення;
- збитками є витрати, зроблені управненою стороною, через порушення її права за договором чи законом; втрата або пошкодження майна управненої сторони; недержані доходи управненої сторони;
- збитками також є матеріальна компенсація моральної шкоди;
- правопорушник не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі навіть, якщо він відшкодував збитки, що спричинені таким невиконанням;
- за законодавством якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, то збитки відшкодовуються в частині, не покритій цими санкціями;

– для відшкодування збитків вимагається наявність усіх чотирьох підстав відповідальності (наявність правопорушення; наявність самого збитку; причинно-наслідковий зв'язок між правопорушенням і збитком; вина правопорушника).

– правопорушник зобов'язаний повністю відшкодувати завдані ним збитки, якщо інше не передбачено законом.

Література

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436, зі змінами та доповненнями. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. № 19–20; № 21–22. Ст. 144. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#n1574>

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV, зі змінами та доповненнями. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

3. Подоляк С. А. Правове регулювання договірної відповідальності в господарських відносинах в умовах євроінтеграції України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. *Серія право*. Випуск 42, ст. 123–127.

4. Селіванова І. А. Співвідношення Цивільного та Господарського кодексів України в регулюванні відповідальності за порушення у сфері господарювання. *Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора* : сб. науч. тр. НАН України. Ин-т економіко-правових досліджень / редкол.: Мамутов В. К. (отв. ред.) і др. Донецк : ООО «Юго-Восток, ЛТД», 2005. С. 77–78.

5. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди : роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 01.04.94 р. № 02-5/215. URL: https://ips.ligazakon.net/document/SD94029?an=589100&ed=2007_12_29

6. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків : оглядовий лист Вищого господарського суду України від 14.01.2014 р. № 01-06/20/2014. URL: <https://uteka.ua/ua/publication/news-14-novosti-zakonodatelstva-1-zakonodatelstvo-po-delam-o-vozmeshhenii-ubytkov>

7. Постанова ВГСУ від 20.04.2017 року у справі № 910/13517/16. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vgsu_vid_20_04_2017_roku_u_spravі_910_13517_16/

8. Правила пожежної безпеки в Україні, затверджені наказом Міністерства внутрішніх справ України № 1417 від 30 грудня 2014 року та зареєстровані в Міністерстві юстиції України 5 березня 2015 року за № 252/26697. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1410-04>

9. Коментар до статті 225 Господарського кодексу України від 01.01.2016. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/KK003989?an=2>

10. Постанова Вищого господарського суду України від 13.06.12 р. у справі № 10/27. URL: <http://www.arbitr.gov.ua/news/1385/>

11. Мельничук М. Відшкодування моральної шкоди у сфері підприємницької діяльності. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 2. С. 85–87.

Анотація

Оверко Г. Я. Відшкодування збитків у господарському праві. – Стаття.

У цій статті розглянуто поняття збитків, досліджено співвідношення поняття реальних збитків за цивільним та господарським законодавством, окремі питання практики відшкодування збитків, вивчено роз'яснення вищих судів з цієї проблематики, оцінено та досліджено практику відшкодування окремих видів збитків. Зауважено, що умовами (підставами) відшкодування збитків у практиці господарських судів є: наявність правопорушення; наявність виду збитку; причинно-наслідковий зв'язок між правопорушенням і збитком; наявність вини правопорушника. Встановлено, що за господарським законодавством до збитків, як однієї з найпоширеніших господарсько-правових санкцій, належать і моральна шкода, заподіяна суб'єкту господарювання, і вартість майна, що могло бути або пошкоджено, або знищено, і витрати, що додатково понесені, як-то штрафні санкції, сплачені іншим контрагентом, і недержані прибутки, що називаються втраченою вигодою. Збитки можуть виникнути у разі будь-якого господарського правопорушення, якщо інше прямо не передбачено законом, незалежно від того чи це договірні чи позадоговірні відносини. Наведено перелік випадків заподіяння моральної

(немайнової) шкоди суб'єкту господарювання. Зауважено, що до складу збитків, що є додатковими витратами, відносять штрафні санкції, що сплачені іншим суб'єктам. Такі штрафні санкції підлягають компенсації лише за наявності доказів фактичної їх сплати за умови їх безпосереднього зв'язку з конкретним правопорушенням. На практиці суди приділяють окрему увагу вирішенню спорів про відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди. Суди повинні дослідити, чи могли такі збитки бути реально понесені кредитором та чи вживав кредитор заходів щодо їх відшкодування. Збитки у вигляді недоотриманого прибутку, втраченої вигоди, що були спричинені незаконною перевіркою представників органів державної влади, безпідставно накладеними арештами на майно та рахунки суб'єкта господарювання чи інше, відшкодовуються за загальним правилом, як і шкода, що заподіяна проти-правною поведінкою представників органів державної влади. У такому разі збитки відшкодовуються з державного чи місцевого бюджету.

Ключові слова: реальні збитки, моральна шкода, додатково понесені витрати, неoderжані при-бутки, втрачена вигода.

Summary

Owerko H. Ya. Compensation for damages in commercial law. – Article.

This article examines the concept of damages, the relationship between the concept of real damages under civil and commercial law, considers some issues of compensation, examines the explanations of higher courts on this issue, evaluates and studies the practice of compensation for certain types of damages. It is noted that the conditions (grounds) for damages in the practice of commercial courts are: the presence of an offense; the presence of the type of damage; the causal link between the offense and the damage; the presence of guilt of the offender. It is established that according to the economic legislation, the losses, as one of the most common economic and legal sanctions, include moral damage caused to the business entity; and the value of property that could have been either damaged or destroyed; and costs incurred in addition, such as penalties paid to other counterparties; and unearned profits, called lost profits. Losses may arise in the case of any economic offense, unless otherwise expressly provided by law, regardless of whether it is a contractual or non-contractual relationship. The list of cases of causing moral (non-pecuniary) damage to the business entity is given. It is noted that the composition of losses that are additional costs include penalties paid to other entities. Such penalties are subject to compensation only if there is evidence of their actual payment, provided they are directly related to the specific offense. In practice, courts pay special attention to resolving disputes over damages in the form of lost profits. The courts must examine whether such damages could have actually been incurred by the creditor and whether the creditor has taken measures to compensate them. Losses in the form of lost profits, lost profits caused by illegal inspections of government officials, unjustified seizures of property and accounts of an entity or otherwise, are generally reimbursed as well as damage caused by illegal conduct of government officials. In this case, the losses are reimbursed from the state or local budget.

Key words: real losses, moral damage, additional costs incurred, unearned income, lost benefit.

УДК 347.191.1

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3265>

Ю. Я. Попко

ПРАВОВИЙ СТАТУС СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ КООПЕРАТИВІВ ТА СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ КООПЕРАТИВНИХ ОБ'ЄДНАНЬ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Активний процес реформування приватних відносин в Україні відбувається на засадах гармонізації із принципами європейського приватного права. Окрім набрання чинності новим законодавством про сільськогосподарську кооперацію, відкриття ринку сільськогосподарських земель, актуалізації необхідності впорядкування відносин на ринку сільськогосподарського виробництва тощо, обговорюється проблематика удосконалення наявних організаційно-правових форм юридичних осіб та правових режимів майна, на яких вони діють.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правовий статус сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань був предметом дослідження багатьох учених, зокрема: В.А. Васильєвої, М.З. Вовк, А.В. Зеліско, В.М. Коссака, Н.С. Кузнецової, І.М. Кучеренко, Р.В. Мавліханової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Т.М. Чурилової, В.С. Щербини, Ю.М. Юркевича та багатьох інших. Поряд з тим в умовах оновлення цивільного законодавства України науковий пошук у цій сфері залишається актуальним завданням.

Метою статті є здійснення детального теоретичного аналізу правового статусу сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань за законодавством України та вироблення пропозицій з метою його удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Розширення сфери суспільно-правового регулювання сільського господарства не означає, звісно, зникнення цивільно-правових відносин у цій галузі [1, с. 20]. Динамічність суспільного життя та докорінні зміни в економіці, політиці, соціальній сфері не можуть не відобразитися на такій пов'язаній із ними сфері, як право [2, с. 24]. Тому слушно вказує Н.С. Кузнецова, що цивільне законодавство, як відповідне правове поле, повинне бути предметом постійної уваги і постійних системних досліджень [3, с. 8].

Зазначаючи особливості досліджуваних юридичних осіб, доцільно зауважити, що, на думку А.В. Зеліско, комплексний аналіз Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та Закону України «Про кооперацію» свідчить про наявність у кооперативних відносинах членства тих специфічних ознак, що суттєво відрізняють їх від відносин участі в господарських товариствах. Ідеться, зокрема, про: особливості вступу до кооперативу; особливості здійснення прав та обов'язків членами кооперативу; обов'язкову особисту участь у діяльності кооперативу; механізми виключення зі складу членів кооперативу [4, с. 91].

Отже, згідно зі ст. 2 Закону України № 1087 від 10.07.2003 «Про кооперацію», кооператив – це юридична особа, утворена фізичними та/або юридичними особами,

які добровільно об'єдналися на основі членства для ведення спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення своїх економічних, соціальних та інших потреб на засадах самоврядування [5]. У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) згадка про сільськогосподарські кооперативи міститься, зокрема, у ст. ст. 84 та 86. Так, відповідно до ст. 84 ЦК України товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи чи сільськогосподарські кооперативи, сільськогосподарські кооперативні об'єднання, що діють з метою одержання прибутку [6]. Своєю чергою, згідно зі ст. 86 ЦК України, непідприємницькі товариства (сільськогосподарські кооперативи та сільськогосподарські кооперативні об'єднання, що діють без мети одержання прибутку, інші кооперативи, крім виробничих, об'єднання громадян тощо) та установи можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню [6].

Відповідно до Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» № 819-IX від 21.07.2020 сільськогосподарський кооператив – це юридична особа, утворена фізичними та/або юридичними особами, які є виробниками сільськогосподарської продукції і добровільно об'єдналися на основі членства та на засадах самоврядування для провадження спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб. При цьому сільськогосподарське кооперативне об'єднання – це юридична особа, утворена сільськогосподарськими кооперативами, що добровільно об'єдналися на основі членства та на засадах самоврядування для провадження спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб [7]. Порівнюючи з європейським досвідом, варто зазначити, що, наприклад, серед наднаціональних об'єднань осіб у праві Європейського Союзу передбачені норми про європейське кооперативне товариство, а Регламент Ради (ЄС) № 1435/2003 про статут європейського кооперативного товариства прийнятий 22 липня 2003 року [8]. Зокрема, кооперативами визнають переважно групи фізичних або юридичних осіб з особливими засадами функціонування, які відрізняють їх від інших економічних суб'єктів та охоплюють принципи демократичної структури та контролю, розподілення прибутку за фінансовий рік на справедливій основі [9, с. 351].

У вітчизняній юридичній літературі вказують, що демократичність контролю в кооперативах полягає перш за все в тому, що увесь процес управління – від прийняття рішень до їх виконання – повністю контролюється членами кооперативу. Іншими словами, тим, хто користується послугами кооперативу, належить і право його контролю [10, с. 39]. При цьому слушним є твердження, що у разі недодержання особою для здійснення своїх прав вимог, які передбачені законодавством, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші санкції, встановлені законом [11, с. 188].

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» сільськогосподарський кооператив утворюється за рішенням установчих зборів його засновників. Найменування сільськогосподарського кооперативу має містити інформацію про його організаційно-правову форму – «сільськогосподарський кооператив» – та назву, що складається з власної назви та може містити інформацію про вид діяльності (виробничий, переробний, заготівельно-збутовий, поставальницький, сервісний, багатофункціональний тощо) сільськогосподарського кооперативу [7].

У законі також вказано, що сільськогосподарський кооператив може бути утворений шляхом реорганізації (злиття, поділу, виділу) іншого сільськогосподарського кооперативу [7]. З цього нормативного положення можемо виснувати, що порядок реорганізації сільськогосподарських кооперативів є відмінним від загальних правил реорганізації, встановлених у ст. 104 ЦК України для всіх видів юридичних осіб. Особливості полягають у тому, що: по-перше, законодавець не передбачив можливості створення сільськогосподарських кооперативів шляхом перетворення (що, наш погляд, не зовсім виправдано, адже такий кооператив міг би бути створений, для прикладу, шляхом перетворення фермерського господарства зі статусом юридичної особи); по-друге, законодавець означив виділ як спосіб реорганізації (що, на наш погляд, є абсолютно виправданим, адже виділ за своєю правовою природою є реорганізацією і такі положення доцільно внести також у ЦК України); по-третє, сільськогосподарський кооператив може бути шляхом перетворення лише припиненим, а сільськогосподарське кооперативне об'єднання, що діє без мети одержання прибутку, може бути створене у зв'язку зі зміною організаційно-правової форми (перетворення) невідприємницького сільськогосподарського кооперативу.

Як зауважує М.З. Вовк, для окремих видів господарських організацій (наприклад, акціонерних товариств, корпоративних фондів, фермерських господарств тощо) законодавством передбачені спеціальні умови їх створення та здійснення діяльності [12, с. 31]. З вище процитованих норм закону про сільськогосподарську кооперацію можемо також виснувати, що законодавством передбачено спеціальні умови створення сільськогосподарських кооперативів. Зокрема, до таких спеціальних умов необхідно відносити мінімальний чисельний склад (три члени, засновниками сільськогосподарського кооперативу можуть бути фізичні та (або) юридичні особи) та проведення установчих зборів.

Своєю чергою сільськогосподарські кооперативні об'єднання утворюються, провадять свою діяльність та припиняються на засадах і в порядку, передбаченому для сільськогосподарських кооперативів, з урахуванням такої специфіки: засновниками та членами сільськогосподарського кооперативного об'єднання можуть бути сільськогосподарські кооперативи, сільськогосподарські кооперативні об'єднання; сільськогосподарське кооперативне об'єднання утворюється за рішенням не менше двох засновників; найменування сільськогосподарського кооперативного об'єднання повинно містити інформацію про його організаційно-правову форму «сільськогосподарське кооперативне об'єднання» та назву, що містить власну назву та може містити інформацію про вид діяльності коопера-

тивного об'єднання [7]. Оскільки, на наш погляд, окремого урегулювання у законі потребує правовий режим майна, на якому можуть створюватися та провадити діяльність сільськогосподарські кооперативні об'єднання.

Рішення установчих зборів про утворення сільськогосподарського кооперативу оформлюється протоколом, яке підписує голова та секретар зборів. Особливою умовою проведення установчих зборів є те, що невід'ємною частиною протоколу установчих зборів сільськогосподарського кооперативу є реєстр осіб, які брали участь у таких зборах [7].

У Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію» передбачено, що члени сільськогосподарського кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу в межах своєї частки, якщо інше не передбачено законом. Однак у законодавстві України встановлено різні правила щодо відповідальності членів кооперативів за їхніми зобов'язаннями, на що свого часу звертав увагу у своїх працях В.С. Щербина [13, с. 115]. При цьому Р.В. Мавліханова запропонувала вилучити із ЦК та Господарського кодексу України [14] положення, які передбачають субсидіарну відповідальність членів виробничого кооперативу за його зобов'язаннями, оскільки це суперечить Закону України «Про кооперацію» та фактично перетворює виробничий кооператив на товариство з додатковою відповідальністю [15, с. 3–4, 14]. На нашу думку, приписи Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» щодо відповідальності членів сільськогосподарського кооперативу за зобов'язаннями такого кооперативу можуть призводити у ситуації різного регулювання таких відносин різними нормативно-правовими актами рівної юридичної сили до неоднакового застосування. Тому видається, що доцільно запровадити однаковий механізм і в ЦК України, і в інших законодавчих актах, у тому числі у Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію», відповідно до якого «члени кооперативу відповідають за зобов'язаннями кооперативу у межах своєї частки, якщо інше не передбачено установчим документом кооперативу».

Досліджуючи правовий статус сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань, вважаємо за можливе солідаризуватися з точкою зору І.М. Кучеренко, яка звертала увагу на доцільність укладення засновницького договору для всіх організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права у ситуаціях, якщо це буде пов'язане із виникненням майнових прав на частку у їхніх засновників [16, с. 35, 94]. Незважаючи на це, єдиним установчим документом сільськогосподарських кооперативів є їхній статут. Хоча у сільськогосподарських кооперативах законодавчо передбачено прийняття такого локального акта, як правила внутрішньогосподарської діяльності, останні вважаються внутрішнім нормативним документом відповідного кооперативу, який покликаний визначити особливі умови порядку реалізації приписів статуту сільськогосподарського кооперативу.

Джерелами формування майна сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського кооперативного об'єднання є: вступні внески та вклади (у тому числі додаткові вклади); членські та цільові внески його членів; кошти, що надходять від провадження господарської діяльності кооперативу, кооперативного об'єднання; кошти, що надходять від провадження господарської діяльності створених

кооперативом підприємств, установ, організацій, сільськогосподарських кооперативних об'єднань, учасником яких він є; кошти, отримані як державна фінансова підтримка згідно із Законом України «Про державну підтримку сільського господарства України»; грошові та майнові пожертвування, благодійні внески, гранти, гуманітарна допомога, безоплатна технічна допомога юридичних і фізичних осіб, у тому числі іноземних; інші надходження, не заборонені законодавством [7]. Щодо можливості внесення у статутний капітал майнових прав інтелектуальної власності, то, як зазначає В.А. Васильєва, наявна потреба ухвалення рішення з приводу допуску такої участі у статутному капіталі, що має бути відображено в установчих документах; позаяк учена також зауважує, що за умови формування статутного капіталу із залученням об'єктів патентного права, укладення або приєднання до установчого договору є необхідним для будь-яких юридичних осіб – корпорацій, незалежно від організаційно-правової форми [17, с. 10; 18, с. 15].

Здійснюючи аналіз кооперативів, що провадять діяльність у галузі сільського господарства, необхідно відзначити Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України», який визначає основи державної політики у бюджетній, кредитній, ціновій, регуляторній та інших сферах державного управління щодо стимулювання виробництва сільськогосподарської продукції та розвитку аграрного ринку, а також забезпечення продовольчої безпеки населення [19]. При цьому, окрім іншого, цей Закон визначає поняття «сільськогосподарське підприємство» як юридичну особу, що є сільськогосподарським товаровиробником (втім, на нашу думку, у зв'язку із процесами рекодифікації та оновлення цивільного законодавства, зокрема того, що регулює статус учасників економічного обороту, термін «сільськогосподарське підприємство» у нормативних актах доцільно замінити на «сільськогосподарська юридична особа»).

Сільськогосподарський кооператив набуває статусу юридичної особи з моменту внесення відповідних відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань та здійснює свою діяльність до моменту припинення. Припинення сільськогосподарського кооперативу з правонаступництвом передбачає його злиття, приєднання, поділ чи перетворення (реорганізацію), а без правонаступництва – ліквідацію.

У разі ліквідації підприємницького сільськогосподарського кооперативу його майно та кошти, що залишилися після покриття вимог кредиторів, виплат дивідендів, зокрема, патронажних дивідендів, оплати праці, розрахунків із кооперативним об'єднанням, членом якого він є, розподіляються між членами кооперативу у порядку, визначеному його установчим документом. Натомість майно та кошти фонду розвитку підприємницького сільськогосподарського кооперативу не підлягають поділу між його членами і передаються за рішенням загальних зборів такого кооперативу іншому сільськогосподарському кооперативу, сільськогосподарському кооперативному об'єднанню (для зарахування до фонду розвитку такого кооперативу, кооперативного об'єднання), а в разі неприйняття такого рішення зараховуються відповідно до закону до державного або місцевого бюджету [7]. Свого часу В.С. Щербина, досліджуючи статус кооперативів та долю неподільного фонду у разі їх ліквідації, цілком обґрунтовано вказував,

що подібна норма не узгоджується з приписами ст. 41 Конституції України, оскільки передбачає, по суті, протиправне (хоч і встановлене законом) позбавлення права приватної власності членів кооперативу, і у будь-якому разі таке передавання коштів неподільного фонду іншій кооперативній організації суперечить законним інтересам власників [13, с. 115]. Такий підхід вважаємо обґрунтованим і щодо підприємницьких сільськогосподарських кооперативів, а тому норма ч. 4 ст. 33 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» підлягає відповідній зміні. Натомість схожі правила, що стосуються непідприємницьких сільськогосподарських кооперативів і закріплені у ч. 5 ст. 33 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», є виправданими та, на наш погляд, підлягають збереженню.

Висновки. Законодавство України про сільськогосподарську кооперацію загалом належним чином урегулює питання правового статусу сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань. Незважаючи на це, досі залишається актуальною необхідність удосконалення приписів Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» у частині регулювання порядку та способів реорганізації сільськогосподарських кооперативів, правового режиму майна, на якому створюються та діють сільськогосподарські кооперативні об'єднання, а також правових наслідків ліквідації сільськогосподарських кооперативів, створених з метою одержання прибутку.

Література

1. Клюкин Б. Д. Правовое регулирование сельского хозяйства в США : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1972. 36 с.
2. Спасибо-Фатеева И. В. Наблюдения за тенденциями в гражданском праве. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (Харків, 27 травня 2016 р.). МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ, каф. цивільного права та процесу, каф. охорони інтелект. власності, цив.-прав. дисциплін. Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2016. С. 24–28.
3. Кузнецова Н. С. Завдання української цивілістики на зламі епох. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 27 лютого 2015 р.). Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Національна академія правових наук України, Харківський обласний осередок Всеукраїнської громадської організації «Асоціація цивілістів України». Харків : Право, 2015. С. 7–11.
4. Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : дис... д-ра юрид. наук. Івано-Франківськ ; Київ, 2017. 571 с.
5. Про кооперацію : Закон України № 1087 від 10.07.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15/conv#Text> (дата звернення: 05.11.2021).
6. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 01.11.2021).
7. Про сільськогосподарську кооперацію : Закон України № 819-IX від 21.07.2020. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/819-20/conv#Text> (дата звернення: 02.11.2021).
8. Регламент Ради (ЄС) № 1435/2003 про статут європейського кооперативного товариства (SCE) (ЄКТ) від 22.07.2003. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/eu030058> (дата звернення: 03.11.2021).
9. Юркевич Ю. М. Договірні форми об'єднань фізичних та юридичних осіб у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук. Львів, 2017. 437 с.
10. Чурилова Т. М. Правове регулювання діяльності сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2011. 202 с.

11. Правовий захист економічної конкуренції : навчальний посібник / В. М. Коссак, Ю. М. Юркевич. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2013. 314 с.
12. Правові засади створення, діяльності та припинення юридичних осіб в Україні : навчальний посібник / Ю. М. Юркевич, У. Б. Андрусів, О. Б. Верба-Сидор та ін. ; за ред. Ю. М. Юркевича. Львів : ЛьвДУВС, 2019. 412 с.
13. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 264 с.
14. Господарський кодекс України 436-IV від 16.01.2003. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/conv#Text> (дата звернення: 01.11.2021).
15. Мавліханова Р. В. Виробничі кооперативи як суб'єкти цивільного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2005. 18 с.
16. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. 328 с.
17. Васильєва В. А. Промислова власність і корпоративна власність: конкуренція норм. *Корпоративне право України та інших європейських країн: порівняльно-правова характеристика* : збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції (м. Івано-Франківськ, 26–27 вересня 2014 р.). С. 9–17.
18. Васильєва В. А. Промислова власність і корпоративна власність: конкуренція норм. *Право і суспільство*. 2015. Вип. 1. С. 14–21.
19. Проряджувати підтримку сільськогосподарства України: Закон України № 1877 від 24.06.2004. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1877-15/ed20220101/conv#Text> (дата звернення: 03.11.2021).

Анотація

Попко Ю. Я. Правовий статус сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань за законодавством України. – Стаття.

Активний процес реформування приватних відносин в Україні відбувається на засадах гармонізації із принципами європейського приватного права. Окрім набрання чинності новим законодавством про сільськогосподарську кооперацію, відкриття ринку сільськогосподарських земель, актуалізації необхідності впорядкування відносин на ринку сільськогосподарського виробництва тощо, обговорюється проблематика удосконалення наявних організаційно-правових форм юридичних осіб та правових режимів майна, на яких вони діють.

Сільськогосподарський кооператив – це юридична особа, утворена фізичними та/або юридичними особами, які є виробниками сільськогосподарської продукції і добровільно об'єдналися на основі членства та на засадах самоврядування для провадження спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб. Сільськогосподарський кооператив набуває статусу юридичної особи з моменту внесення відповідних відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань та здійснює свою діяльність до моменту припинення. Сільськогосподарське кооперативне об'єднання – це юридична особа, утворена сільськогосподарськими кооперативами, що добровільно об'єдналися на основі членства та на засадах самоврядування для провадження спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб.

Законодавство України про сільськогосподарську кооперацію загалом належним чином урегулює питання правового статусу сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань. Незважаючи на це, досі залишається актуальною необхідність удосконалення приписів Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» у частині регулювання порядку та способів реорганізації сільськогосподарських кооперативів, правового режиму майна, на якому створюються та діють сільськогосподарські кооперативні об'єднання, а також правових наслідків ліквідації сільськогосподарських кооперативів, створених з метою одержання прибутку.

Ключові слова: кооператив, сільськогосподарський кооператив, сільськогосподарське кооперативне об'єднання, статут, юридична особа.

Summary

Порко Ю. Я. Legal status of agricultural cooperatives and agricultural cooperative associations under the legislation of Ukraine. – Article.

The active process of reforming private relations in Ukraine is based on harmonization with the principles of European private law. In addition to the entry into force of new legislation on agricultural cooperation, opening the market of agricultural land, updating the need to regulate relations in the market of agricultural production, etc., it is discussed the improvement of existing legal forms of legal entities and legal regimes on which they operate.

An agricultural cooperative is a legal entity formed by individuals and/or legal entities that are producers of agricultural products and voluntarily united on the basis of membership and on the basis of self-government to conduct joint economic and other activities to achieve economic, social and other needs. An agricultural cooperative acquires the status of a legal entity from the moment of entering the relevant information into the Unified State Register of Legal Entities, Individual Entrepreneurs and Public Associations and carries out its activities until the moment of termination. An agricultural cooperative association is a legal entity formed by agricultural cooperatives that have voluntarily merged on the basis of membership and on the basis of self-government to conduct joint economic and other activities to achieve economic, social and other needs.

The legislation of Ukraine on agricultural cooperation in general properly regulates the issue of the legal status of agricultural cooperatives and agricultural cooperative associations. Despite this, there is the need to improve the provisions of the Law of Ukraine “On Agricultural Cooperation” in terms of regulating the procedure and methods of reorganization of agricultural cooperatives, the legal regime of property on which agricultural cooperative associations are established and operate, as well as the legal consequences of liquidation of agricultural cooperatives, created for profit.

Key words: cooperative, agricultural cooperative, agricultural cooperative association, charter, legal entity.

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3266>*О. Г. Серета, І. В. Колосов*

ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ В АЗІЙСЬКО-ТИХООКЕАНСЬКОМУ РЕГІОНІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

Вступ. Необхідність боротьби з бідністю в глобальному масштабі, нові виклики світової економіки, пов'язані з пандемією COVID-19, спонукають учене співтовариство знову і знову повертатися до вивчення проблематики державних гарантій права на працю та ефективності механізмів їх втілення.

Абсолютно логічно, що у зв'язку з цим набуває все більшого значення юридична компаративістика як інструмент пізнання досвіду зарубіжних колег у вирішенні вищевказаних проблем. Азійсько-Тихоокеанський регіон у зазначеному контексті примітний швидкими темпами розвитку економіки і перетворення з бідного, відсталого, ремісничого на сучасну фінансово-торгову магістраль та інвестиційний інкубатор світового значення. Очевидно, що досвід встановлення, закріплення та практичного застосування державних гарантій права на працю у цьому регіоні є безцінним для України, яка перебуває у стані глибокої економічної кризи, що зумовлює собою актуальність проведеного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремим аспектам такої проблематики були присвячені праці таких учених: С.С. Алексєєва, В.К. Бабаєва, О.Є. Лейст, О.В. Малько, М.С. Кузнецової, І.С. Самощенко, М.Х. Фарукшина, І.В. Яковюк, О.А. Абрамової, Н.Г. Александрова, В.М. Андріїв, О.Т. Барабаш, Н.Б. Болотіної, В.С. Венедиктова, Л.Я. Гінзбург, В.В. Жернакова, П.І. Жигалкіна, О.В. Захарова, Н.І. Іншина, І.Я. Кисельова, В.В. Лазор, Л.І. Лазор, Р.З. Лівшиць, А.Р. Мацюк, К.Ю. Мельник, Л.В. Могилевського, Е.В. Москаленко, В.І. Никитинського, С.Н. Прилипка, А.І. Процевського, А.Н. Слюсар, О.В. Смирнова, М.М. Хуторян, Г.І. Чанишева, М.М. Шумило, Л.П. Гучної, О.М. Ярошенка та багатьох інших, що свідчить про підвищений науковий інтерес до такої проблематики.

Мета і завдання дослідження. За всієї поваги до наукового авторитету вищевказаних авторів вважаємо недостатньою увагу, яку приділяють міжнародному огляду у сфері державних гарантій захисту права на працю, у зв'язку з чим у пропонуваному дослідженні вважаємо за необхідне вивчити суть питання на прикладах Сінгапуру, Австралії і Чилі, порівняти рівень правового регулювання захисту права на працю в цих країнах, виділивши при цьому переваги і недоліки, привести рекомендації, які були б корисними для впровадження у вітчизняну правову реальність.

Виклад основного матеріалу. Перевагами економіки Сінгапуру називають сприятливий інвестиційний клімат, висококонкурентне середовище, провідні місця в рейтингах економічної свободи, високоосвічене і дисципліноване населення, сильне зростання рівня добробуту [3].

Які ж правові гарантії у сфері захисту праці могли посприяти такому результату? Як вказує дослідницька група CORPORATE SERVICES.com, правове регулювання трудових відносин у Сінгапурі здійснюється за допомогою Закону про зайнятість, інших законів та звичаєвого права. У ході законодавчої роботи було встановлено, що відносини між роботодавцем і найманим працівником несиметричні, в зв'язку з чим роботодавець має більший обсяг правомочностей. Таким чином, закони, що регулюють трудові відносини, мають виражену охоронну спрямованість на користь пересічного працівника.

Автори дослідження переконані, що без цих державних гарантій працівники будуть уразливі в питаннях мінімального віку трудових відносин, мінімальної оплати праці, виплат у зв'язку з непрацездатністю, оплати часу відпочинку і понаднормової роботи і т.д. Водночас закони захищають роботодавця від негативних тактик ведення колективних переговорів, зокрема, страйків. І цей баланс забезпечує стабільність і процвітання економіки, оскільки в іншому випадку країна загрузне в бідності, а економіка буде паралізована перманентними акціями протесту.

Порушення законів, що регулюють трудові відносини, має серйозні наслідки для бізнесу: урядові фінансові санкції, позбавлення ліцензій і т.п., у зв'язку з чим для процвітання компанії простіше і дешевше дотримуватися державних гарантій щодо працівників. З цієї причини в 2019 році, за даними Всесвітньої доповіді про економічну конкуренцію [25], Сінгапур був визнаний найкращою країною у сфері захисту трудових відносин.

Крім закону про зайнятість, трудові відносини у Сінгапурі регулюються Законом про захист материнства і дитинства, що зобов'язує роботодавців надавати і оплачувати відпустку в зв'язку з материнством, про Центральний Страховий Фонд, який зобов'язує створювати персональні накопичувальні рахунки на кожного працівника за рахунок роботодавця.

Вагоме значення має і звичайне право: принципи довіри, конфіденційності, добропорядної ділової практики щодо працівника являють собою неприйнятність поведінки роботодавця, спрямованого на обман працівника, розголошення або шантаж персональними даними, або примушування до припинення трудових правовідносин.

Ключове значення має Закон про зайнятість, який встановлює мінімальні стандарти термінів і умов трудових договорів, гарантії захисту прав працівників-сумісників, причому зазначені гарантії не можуть бути применшені ніякою угодою або договором. Вони стосуються як сумісників, так і постійних працівників, тимчасово працевлаштованих і тих, які працюють за контрактом, як громадян Сінгапуру, так і іноземців. Водночас Закон про зайнятість не регулює працю: 1) моряків; 2) надомних працівників; 3) державних і цивільних службовців.

Щодо істотних умов трудового договору, то роботодавцям рекомендовано включати такі: 1) повне найменування сторін; 2) найменування професії, основні обов'язки і правомочності сторін; 3) дату початку роботи; 4) термін трудового договору; 5) трудовий розпорядок (співвідношення робочого часу і часу відпочинку); 6) строки оплати праці; 7) основну заробітну плату: базову платню і базові утримання; 8) оплачуваний надурочний час і розмір понаднормової оплати, якщо це

передбачає характер роботи; 9) інші умови оплати праці: бонуси і матеріальні стимули; 10) види відпусток на робочому місці (щорічну відпустку, амбулаторне лікування, госпіталізацію, материнство, догляд за дитиною і т.д.); 11) інші медичні блага, такі як страхівка (медична або стоматологічна); 12) випробувальний термін; 13) робоче місце. При цьому встановлено, що включення в трудовий договір умов, що зменшують обсяг закріплених Законом про зайнятість стосовно трудового договору гарантій, тягне за собою його недійсність і застосування до таких трудових відносин безпосередньо норм Закону. Трудовий договір рекомендовано укладати в письмовій формі з метою уникнення можливих надалі трудових спорів.

Основні гарантії закону поширюються на: оплату праці; оплачувану щорічну відпустку; оплату за непрацездатність; оплату за роботу в дні державних свят; ведення кадрового діловодства; розірвання трудового договору. Частина IV Закону про зайнятість закріплює правомочності сторін трудового договору щодо: нормальної тривалості робочого часу; оплати за понаднормову роботу; часу відпочинку. Наведені гарантії поширюються лише на найменш захищені категорії працівників: 1) трудівників, зайнятих фізичною працею, з місячною платнею не більше \$ 4500; 2) інших працівників з місячною платнею не більше \$ 2600.

З 01 квітня 2019 року менеджери і керівники середньої ланки також охоплюються гарантіями Закону про зайнятість, за винятком встановлених частиною IV Закону, оскільки праця цієї категорії працівників є творчою, певною мірою саморегульованою і не може бути підпорядкована суворим рамкам технологічного процесу. У 2019 році у Сінгапурі була проведена реформа трудового законодавства, в результаті чого основні гарантії Закону про зайнятість були значно розширені дією по колу осіб: вони стали поширюватися на всіх менеджерів і керівників середньої ланки з платнею до \$ 2,600; позови про незаконні звільнення стали розглядатися трудовими судами замість Міністерства Праці; медичні документи від будь-якого лікаря – державного або приватного – стали підставою для виплати з непрацездатності.

Вік трудових відносин у Сінгапурі – 17 років. Можна влаштувати на роботу і молодь від 13 до 16 років, однак з обмеженнями щодо важкої і небезпечної праці. Пенсійний вік у Сінгапурі становить 62 роки. Працівники, які досягли пенсійного віку, можуть продовжувати роботу до 65 років, однак таким правом наділені лише громадяни і резиденти Сінгапуру.

Відповідно до Закону про зайнятість працівник наділений правом на оплачувану відпустку, якщо він/вона відпрацювали не менше трьох місяців поспіль. Тривалість відпустки залежить від стажу роботи в компанії і не може бути менше 7 (на 1-му році роботи) і 14 (на 8-му році і далі) календарних днів.

Дні тимчасової непрацездатності оплачуються працівникові також після 3 місяців стажу (мінімально 5 днів для амбулаторного і 15 – для стаціонарного лікування). Після 6 місяців роботи і до пенсії оплачується, як мінімум, 14 днів для амбулаторного і 60 – для стаціонарного лікування. Встановлено також обов'язок працівника або близької йому особи інформувати роботодавця про тимчасову непрацездатність протягом 48 годин з моменту її настання.

Звичайним робочим часом у Сінгапурі визнається 8-годинний робочий день при 44 годинах на тиждень (при шестиденному робочому тижні) або 9-годинний робочий день при 44 годинах на тиждень (при п'ятиденному робочому тижні або менше). Час обідньої перерви не включається в розрахунок робочого часу.

Понаднормову роботу можуть виконувати лише працівники, зайняті фізичною працею, з місячною платнею не більше \$ 4500 і інші працівники з місячною платнею не більше \$ 2600. Роботодавець зобов'язаний оплатити понаднормову роботу в обсязі, як мінімум, 1,5 розміру годинної ставки в 14-денний термін з моменту настання терміну розрахунку.

Як працівник, так і роботодавець можуть припинити трудові відносини шляхом розірвання трудового договору. Обидві сторони повинні дотримуватися термінів і процедури розірвання трудового договору, передбачені самим договором або Законом про зайнятість.

У Сінгапурі будь-яке порушення гарантій прав працівників може спричинити штраф у розмірі \$ 5,000 або тюремне ув'язнення до 6 місяців для керівника, винного в такому порушенні, або штраф і тюремне ув'язнення одночасно за кожен епізод порушення. За повторне порушення – штраф у розмірі \$ 10,000 або тюремне ув'язнення до 1 року для керівника, винного в такому порушенні, або штраф і тюремне ув'язнення одночасно.

Базові правила процедури розірвання трудових договорів такі: 1) працівники повинні письмово попереджати про свій намір розірвати трудовий договір у строк від 1 дня до 4 тижнів (залежно від стажу роботи). Ці ж терміни стосуються і роботодавця; 2) працівник має право використовувати відпустку з метою продовження терміну дії попередження; 3) якщо працівник захоче звільнитися без попередження він повинен виплатити роботодавцю компенсацію, еквівалентну оплаті праці за період попередження; 4) роботодавець не має права цікавитися у працівника причинами звільнення, якщо він належним чином попереджений про це; 5) якщо звільнення засноване на порушенні трудової дисципліни, роботодавець зобов'язаний провести дисциплінарне розслідування; 6) якщо працівник вважає своє звільнення незаконним, він може передати суперечку на розгляд Тристороннього Альянсу з Врегулювання Суперечок (ТАВС) як процедурного органу або в трудовий суд [27].

Серед переваг державно-правового механізму захисту прав працівників у Сінгапурі ми вважаємо справедливим виділити такі:

а) визнання на державному рівні феномена правомочної асиметрії трудових відносин, що є не тільки актуальною проблемою законодавчого врегулювання, а й одним з істотних критеріїв аутопоезису системи трудового права [2, с. 8, 26];

б) визнання страйку негативною тактикою ведення колективних переговорів, а не процедурою вирішення колективних трудових спорів [4, с. 7, 10];

в) значні державні фінансові санкції за порушення трудових прав працівників, обсяг яких багаторазово перевищує вітчизняні;

г) використання норм медичного права як підстави для формулювання істотних умов трудового договору (а так само як і формулювання таких); визнання того, що без цих умов трудовий договір є недійсним; включення норм медичного права у систему трудового законодавства в процесі його реформування;

г) значно менше число приводів до розірвання трудового договору (або бажання працівника, або закінчення строку дії трудового договору, або узгодження сторін, або дисциплінарний проступок);

д) наявність спеціалізованої трудової юстиції для вирішення трудових спорів, процедурного механізму їх арбітражу, що підтримує зважену процедурно-процесуальну дилему [1] в суспільстві;

е) існування Центрального Страхового Фонду, який зобов'язує створювати персональні накопичувальні рахунки на кожного працівника за рахунок роботодавця;

є) більш високий вік настання трудової дієздатності;

ж) розумні обмеження щодо понаднормової праці.

Разом із тим недоліками зазначеного механізму можемо назвати меншу кількість гарантій щодо часу відпочинку, оплати тимчасової непрацездатності, понаднормової праці, робочого часу, порогового віку трудових відносин неповнолітніх¹, суб'єктного складу осіб, на яких поширюються державні гарантії, що, безумовно, є предметом подальшої дискусії.

Fenwick, з посиланням на низку авторів, щодо **Австралії** доповідає, що Співдружність Австралії, так само як і Уряд Співдружності, були засновані Конституцією Співдружності від 01 січня 1901 року. Паралельно Уряду Співдружності в країні функціонує федеральний уряд.

Уряд Співдружності не володіє всією повнотою повноважень з розробки законопроектів у галузі трудового права і відносин працевлаштування. Обмеження, які мають місце бути, є результатом складного компромісу з Федеральною системою трудового права. Спроби Парламенту «обійти» ці обмеження призводять до політичних та правових труднощів. Усе більш нагальною проблемою для Австралії стає необхідність функціонування федеральної системи поряд з цілком самодостатніми підсистемами нормативного регулювання штатів.

Відповідно до розділу 51 (35) Конституції Співдружності федеральний уряд має у своєму розпорядженні право законодавчої ініціативи у сфері посередництва й арбітражу для запобігання та вирішення трудових спорів без будь-яких обмежень на території будь-якого штату. Крім того, Співдружність уповноважена регулювати трудові відносини федеральних службовців, «конституційних корпорацій», міждержавних і міжнародних торгових і комерційних підприємств і Міністерства закордонних справ. Оскільки федеральні закони у зазначеній сфері скасовують дію, суперечать законам штатів, Співдружність на практиці користується зазначеними повноваженнями для систематизації найбільш важливих нормативно-правових актів у системі трудового права. За межами конституційного регулювання штати мають у своєму розпорядженні всю повноту повноважень щодо регламентації трудових правовідносин, включаючи професійне здоров'я і безпеку, охорону праці та нормування її оплати.

Суди традиційно відіграють важливу роль у тлумаченні складних і заплутаних законів про працю, в результаті чого судово-прецедентне право значно впливає на робочих, профспілки та уряд.

¹ Порівняно зі стандартами МОП.

Основним законом, що регулює нині працю в Австралії, є Закон Співдружності про трудові відносини 1996 року², який був прийнятий замість вищевказаних нормативних актів. Ключовою метою закону є встановлення правових основ для соціального діалогу в трудових відносинах для затвердження економічного добробуту та матеріального благополуччя громадян Австралії (ст. 3). Закон засновує Австралійську Комісію з Трудових Відносин (АКТО), впроваджує механізм попередження та вирішення трудових спорів, встановлює мінімальні гарантії для працівника, заохочує переговори і забезпечує заходами державного примусу колективні та індивідуальні трудові угоди, значною мірою регулює діяльність профспілок і організацій роботодавців. Закон, поза сумнівами, захищає свободу асоціацій працівників і роботодавців. На додаток до зазначеного Закону у Співдружності були прийняті нормативні акти для державних службовців та про заборону вторинних бойкотів³. Нині консервативний уряд намагається докорінно змінити цей Закон. Терміни та умови працевлаштування в Австралії регулюються законами і звичайним правом. Співіснування федерального і штатного регулювання трудових відносин доповнюється звичайним (судово-прецедентним) правом, що породжується федеральними судами, судами штатів і процедурними органами за типом АКТО.

На федеральному рівні Закон Співдружності про трудові відносини 1996 року регламентує три способи встановлення термінів і умов працевлаштування – наказовий, за допомогою сертифікованих угод і Австралійських Трудових Угод.

Австралійські Трудові Угоди (АТУ) – це угоди, досягнуті в результаті переговорів окремо взятого працівника і роботодавця. Незважаючи на індивідуальний характер переговорів, працівник може найняти для участі в них переговорного агента (профспілкового представника), який згодом не стає стороною трудового договору. *АТУ підлягають затвердженню адвокатом з трудових відносин, а здебільшого АКТВ. Загалом, АТУ не може бути затверджена до тих пір, поки не пройде тест на відсутність у ній недоліків, а саме відступів у сторону применшення державних гарантій прав працівників*, що також стосується сертифікованих угод і наказів про прийняття на роботу.

Водночас є випадки, за яких АТУ може бути затверджена як адвокатом з трудових відносин, так і АКТВ навіть у разі непроходження нею тесту на відсутність недоліків. Як адвокат з трудових відносин, так і АКТВ можуть, зокрема, вимагати у сторін АТУ письмового зобов'язання або виконання іншої дії, спрямованої на усунення того чи іншого недоліку угоди. Більш того, АКТВ зобов'язана затвердити АТУ, навіть якщо вона не пройшла тест, якщо її затвердження не спричинить собою порушення публічного інтересу. Будучи затвердженою, АТУ застосовується як виняток із більшості федеральних нормативних актів, усіх нормативних актів штатів і сертифікованих трудових угод (у частині, що стосується будь-яких протиріч). Будь-які слухання в АКТВ з приводу АТУ носять закритий характер: АКТВ не повинна публікувати ніяких даних, що стосуються АТУ, проте ж якщо вона робить це, то персональні дані сторін АТУ повинні залишатися закритими.

² Див. Workplace Relations Act 1996 (Cth).

³ Див. Public Service Act 1999 (Cth); Trade Practices Act 1974 (Cth).

На рівні штатів і територій (крім штату Вікторія) натепер розроблена власна система регулювання умов оплати праці та трудових угод. У Новому Південному Уельсі діяльність Комісії з Трудових Відносин регламентується Законом Нового Південного Уельсу про трудові відносини 1996 року⁴. У Квінсленді існує Комісія з Трудових Відносин, Трудовий Суд і Трудовий Магістрат, відповідно до Закону Квінсленду про трудові відносини 1999 року⁵. Тасманійська Комісія з Трудових Відносин регламентується Законом Тасманії про трудові відносини 1984 року⁶. Діяльність Комісії з Трудових Відносин Західної Австралії є предметом правового регулювання Закону Західної Австралії про трудові відносини 1979 року⁷, Закону про мінімальні гарантії працевлаштування 1993 року⁸. У Південній Австралії Закон Південної Австралії про працю та працевлаштування 1994 року⁹ визначає діяльність Трудового Суду і Комісії з Трудових Відносин Південної Австралії. Федеральний Суд Австралії розглядає більшість справ щодо порушень Закону Співдружності про трудові відносини 1996 року, а крім того, апеляції на рішення нижчих судів федеральної юрисдикції. Верховні Суди штатів і Трудові Суди компетентні розглядати справи про тлумачення норм законодавства штатів, спори, що виникають під час укладання контрактів і інші процесуальні виробництва звичайного права.

Згідно з нормами звичаєвого права, кожен працівник повинен укласти трудовий договір зі своїм роботодавцем. Ці договірні трудові правовідносини співіснують з іншими, заснованими на нормативно-правових актах, такими як: накази або сертифіковані трудові угоди, форми трудових правовідносин. Такий стан речей означає, що працівники або роботодавці можуть зробити юридично значиму дію, спрямовану на захист трудових правовідносин незалежно від його статусу з точки зору закону.

Водночас не всі працівники можуть бути класифіковані як наймані працівники в юридичному значенні. Такими визнаються лише ті особи, з якими укладено трудовий договір. Звичайне право проводить суворе розмежування між найманими працівниками і незалежними підрядниками. Останні класифікуються як «особи, які діють як приватні підприємці, які виконують окремі замовлення, спрямовані на задоволення своїх бізнес-інтересів, і сконцентровані на досягненні певного результату»¹⁰. Якщо трудовим договором не встановлено інше, трудові відносини з працівником не можуть бути припинені, якщо з ним не було здійснено повний розрахунок. Водночас принцип «немає роботи – немає оплати» наділяє роботодавця повноваженнями утриматися від оплати праці, поки норма виробітку не буде виконана в повному обсязі.

Типовий робочий час в Австралії – 38 годин. Накази про прийом на роботу, сертифіковані трудові угоди і АТСи, в основному, містять у собі положення про робочий час, перерви, понаднормову працю та штрафні санкції. Середній робочий час

⁴ Див. Industrial Relations Act 1996 (NSW).

⁵ Див. Industrial Relations Act 1999 (Qld).

⁶ Див. Industrial Relations Act 1984 (Tas).

⁷ Див. Industrial Relations Act 1979 (WA).

⁸ Див. Minimum Conditions of Employment Act 1993 (WA).

⁹ Див. Industrial and Employee Relations Act 1994 (SA).

¹⁰ Див. судовий прецедент *Hollis v Vabu Pty Ltd* [2001] HCA 44 (9 August 2001).

для основних, повнолітніх, некерівників у 2000 році становив 39,8 години¹¹. Багато працівників можуть використовувати «ковзний» графік роботи. У Новому Південному Уельсі накази про прийом на роботу передбачають щотижневу тривалість роботи не більше 40 годин. У Квінсленді заборонено залучати працівника до праці більш ніж 6 днів поспіль, більше 40 годин за ці 6 днів і більше 8 годин на кожен окремо взятий день. Як основні працівники, так і сумісники мають право на, як мінімум, чотиритижневу оплачувану відпустку після відпрацьованих 12 місяців.

Працівники також наділені правом тривалої відпустки за тривалий стаж роботи. У більшості штатів працівники наділені правом тримісячної відпустки за 15 років трудового стажу. Підставою до цього є нормативні акти всіх штатів і територій¹², а також акти і угоди Співдружності.

Відсутність на роботі за мотивами тимчасової непрацездатності передбачена для більшості працівників на підставі наказів і угод, а в низці штатів мінімальні гарантії закріплені на законодавчому рівні. Поряд з цим нині дуже поширене закріплення таких видів відсутності на роботі, як: *особисті, кар'єрні, за сімейними обставинами, у зв'язку з важкою втратою, у зв'язку з актом благодійності або милосердя, з культурних міркувань і т.д.* Щорічна тривалість таких відсутностей становить, як правило, 40 годин на першому році роботи і 64 години в наступні роки, з можливими коливаннями залежно від форми робочого часу конкретного працівника¹³.

Відсутність на роботі через профспілкові, громадські потреби або у зв'язку з навчанням навряд чи коли-небудь будуть предметом правового регулювання на федеральному рівні, однак регулюються генеральними угодами та нормативними актами штатів.

Відпустка у зв'язку з вагітністю та пологами на федеральному рівні становить 12 місяців і, як правило, безкоштовна. Водночас платність такої відпустки натепер передбачена багатьма сертифікованими трудовими угодами. Відпустка у зв'язку з батьківством не може «перекривати» відпустку по материнству другого з подружжя, за винятком дня пологів і першого тижня після них, і разом обоє батьків не можуть взяти відпустку більше, ніж на 52 тижні. Відпустка щодо усиновлення повинна бути аналогічною. Захист права на відпустку у зв'язку з вагітністю та пологами, батьківства та усиновлення гарантується як на федеральному рівні, так і на рівні штатів.

Федеральне законодавство встановлює обов'язок роботодавця зберігати за працівником робоче місце, якщо він перебуває у відпустці по догляду за дитиною. Неможливість використовувати таку відпустку – рідкісний виняток. Федеральна політика та політика штатів спрямована на заборону дискримінації за ознакою

¹¹ Australian Bureau of Statistics, Employee Earnings and Hours, Australia (Catalogue 6306.0, 2001).

¹² Див. Long Service Leave Act 1976 (ACT); Long Service Leave Act 1955 (NSW); Long Service Leave Act 1981 (NT); Industrial Relations Act 1999 (Qld); Long Service Leave Act 1987 (SA); Long Service Leave Act 1976 (Tas); Long Service Leave Act 1992 (Vic); Long Service Leave Act 1958 (WA).

¹³ Див. також: Industrial Relations Act 1996 (NSW) s 26; Workplace Relations Act 1996 (Cth) sch 1A; Industrial Relations Act 1999 (Qld) s 10; Industrial and Employee Relations Act 1994 (SA) s 70, sch 3; Minimum Conditions of Employment Act 1993 (WA) ss 19–21; Industrial Relations Act 1984 (Tas) ss 3(1), 32(1), 61F(2)(b).

наявної або потенційної вагітності¹⁴. Оскільки питання про оплачувані відпустки по догляду за дитиною є предметом дискусій в австралійському уряді і навряд чи буде вирішене у найближчому майбутньому, роботодавці не зобов'язані включати подібні умови в трудові угоди або контракти.

Як на федеральному рівні, так і на рівні штатів¹⁵ існують обмеження в прийомі на роботу для осіб, молодших за 15 років, особливо в тих галузях, де фізичний і психічний розвиток дитини буде піддаватися очевидному ризику. Дітей, молодших за 15 років, заборонено приймати на роботу з повною зайнятістю, вони можуть працювати лише з дозволу і відома школи в позаурочний час. Як правило, школярі можуть бути притягнуті лише до легкої праці або сімейного бізнесу. Водночас у штаті Вікторія дозволено приймати на роботу і осіб, молодших за 15 років, але тільки за «ковзаючим» графіком. Законодавство на федеральному рівні і рівні штатів забороняє як пряму, так і непряму дискримінацію в трудових відносинах з низки причин: з міркувань участі працівника в профспілці, за мотивами його раси, кольору шкіри, статі, сексуальної орієнтації, віку, фізичних або розумових вад, сімейного положення, вагітності, релігійних, політичних переконань, національної або соціальної ідентичності.

Гарантії неприпустимості подібної дискримінації закріплені в низці федеральних законів¹⁶ і законів штатів¹⁷.

Зокрема, Закон Співдружності про заборону сексуальної дискримінації 1984 року¹⁸ забороняє сексуальні домагання на робочому місці, які визначає як несхвалювані дії сексуального характеру або схиляння до статевих відносин або інші несхвалювані дії на сексуальному ґрунті, вчинені щодо певної особи, які очевидно розглядаються ним як такі, що докучають, принизливі або залякують (ст. 28 А Закону). Подібна заборона стосується всіх працівників на рівні штатів, федеральному рівні і рівні Співдружності (ст. 4 Закону). Цей же підхід знаходить своє відображення у законах штатів і територій, які вимагають від підприємств суспільного телебачення і приватного секторів проводити підтримку політики рівності працівників¹⁹.

¹⁴ См. Sex Discrimination Act 1984 (Cth); Discrimination Act 1991 (ACT); Anti-Discrimination Act 1977 (NSW); Anti-Discrimination Act 1992 (NT); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld); Anti-Discrimination Act 1998 (Tas); Equal Opportunity Act 1995 (Vic); Equal Opportunity Act 1984 (WA).

¹⁵ См. Children (Care and Protection) Act 1987 (NSW) pt 4, School Education Act 1999 (WA) s 29; Child Welfare Act 1947 (WA) ss 107B, 108; Children and Young People Act 1999 (ACT) ch 10; Community Services Act 1970 (Vic) pt 3, div 9.

¹⁶ Див. Disability Discrimination Act 1992 (Cth); Racial Discrimination Act 1975 (Cth); Sex Discrimination Act 1984 (Cth); Workplace Relations Act 1996 (Cth) Part VIA, Division 3.

¹⁷ Див. Discrimination Act 1991 (ACT); Anti-Discrimination Act 1977 (NSW); Anti-Discrimination Act 1992 (NT); Anti-Discrimination Act 1991 (Qld); Equal Opportunity Act 1984 (SA); Anti-Discrimination Act 1998 (Tas); Equal Opportunity Act 1995 (Vic); Equal Opportunity Act 1984 (WA).

¹⁸ The Sex Discrimination Act 1984 (Cth).

¹⁹ Див. Anti-Discrimination Act 1977 (NSW) Part 9A; Public Service Act 1999 (Cth) s 10; Equal Employment Opportunity (Commonwealth Authorities) Act 1987 (Cth); Equal Opportunity in Public Employment Act 1992 (Qld); Equal Opportunity Act 1984 (WA) Part IX; Public Sector Management Act 1995 (SA) s 67; Equal Opportunity for Women in the Workplace Act 1999 (Cth).

Національний мінімум оплати праці встановлюється рішенням АКТО щодо щорічного звернення Австралійської Ради Профспілок, опонентами під час розгляду яких виступають групи роботодавців. Уряд Співдружності і штатів також наділені повноваженнями брати участь у такій процедурі. Рішення АКТО з цього питання було предметом неодноразових обговорень у трудових судах штатів, деякі з них зобов'язували АКТО брати до уваги рішення Федерального Суду щодо регульованого механізму оплати праці на рівні штатів. Рішення судів штатів і федеральних судів у питаннях оплати праці узгоджені: раніше відомі федеральні справи під найменуванням «справ про національну оплату праці» нині відомі як справи про «перегляд тарифних сіток». Рішення у цих справах враховуються під час проведення колективних переговорів та укладання генеральних угод. У 2002 році мінімальна оплата праці в Австралії становила 413,40 австралійських доларів. До кінця 2002 року Австралійська Рада Профспілок анонсувала підвищення мінімальної оплати праці на 5,7% в 2003 році.

Індивідуальні трудові спори, залежно від юрисдикції, вирішуються спеціалізованими трибуналами, трудовими судами або судами загальної юрисдикції відповідно до норм звичаєвого права. Федеральній судовій системі підсудні суперечки щодо прийому на роботу або умов трудової угоди. У випадку з індивідуальним трудовим спором (наприклад, на оплату праці) звертатися необхідно до Федерального Суду Австралії або трудового суду штату²⁰. Розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця може статися в низці випадків: невиконання працівником своїх обов'язків за трудовим договором, порушення трудової дисципліни, зокрема шахрайства з боку працівника, невідповідність працівника обійманій посаді через недостатню кваліфікацію. А ось реорганізація підприємства, хоч і досить часто, однак далеко не завжди є підставою для припинення трудового договору: він може вважатися продовженим, а у випадку із сертифікованою угодою є таким через закон. Якщо трудовим договором не передбачений термін попередження про наступне вивільнення, суд може зажадати таке попередження в розумні терміни.

У разі неплатоспроможності роботодавця Закон Співдружності про корпорації 2001 року²¹ встановлює, що вимоги працівників є першочерговими серед незастрахованих кредиторів, проте не мають привілеїв перед застрахованими кредиторами.

Найбільш звичайний спосіб відшкодування у разі незаконного звільнення – це грошова компенсація, розмір якої, як правило, передбачається контрактом. Сума компенсації може бути і зменшена, якщо працівник знехтував можливістю знайти іншу роботу. Відновлення на роботі за нормами звичаєвого права допускається лише у виняткових випадках. Моральна шкода та компенсація за приниження честі і гідності не передбачаються.

Розірвання трудового договору з ініціативи працівника може наступити в тому разі, коли роботодавець відмовляється від трудового договору. У такому разі працівник має право вимагати відшкодування збитків через суд.

²⁰ Исходя из *конституционных соображений*, АКТО не наделена полномочиями определения юрисдикции в индивидуальных трудовых спорах.

²¹ См. Corporations Act 2001 (Cth).

Звичаєве право, на підставі норм якого розривається трудовий договір, застосовується поряд з федеральними законами і законами штатів, спрямованими на боротьбу з незаконними звільненнями (у всіх штатах, крім Вікторії).

Закон Співдружності про трудові відносини 1996 року дозволяє працівнику звернутися за розглядом трудового спору, якщо:

- його звільнення було грубим, несправедливим, безпідставним;
- звільнення було скоєно з неприпустимих підстав (*inter alia*, з міркувань участі працівника в профспілці, за мотивами його раси, кольору шкіри, статі, віку, фізичних або розумових вад, сімейного стану, вагітності, релігійних, політичних переконань, національної або соціальної ідентичності);
- роботодавець не повідомив федеральну владу про вивільнення 15 або більше працівників з економічних, технологічних, організаційно-структурних і тому подібних мотивів;
- роботодавець не дотримується встановленого законом терміну письмового попередження про наступне вивільнення;
- роботодавець припинив трудові відносини всупереч забороні АКТВ на проведення масового скорочення, виданих на підставі ст. ст. 12,13 Конвенції МОП № 158.

Якщо АКТВ вважатиме, що звільнення було грубим, несправедливим, безпідставним, вона може прийняти рішення про поновлення працівника на роботі або про виплату грошової компенсації за період вимушеного прогулу, або про виплату справедливої винагороди працівникові, згідно із заподіяними йому збитками. Якщо ж працівник звернеться до Федерального Суду, той повноважний накласти на підприємство штраф, винести рішення про поновлення на роботі, виплату компенсації або будь-яке інше рішення, необхідне і достатнє для відновлення становища, яке існувало до незаконного звільнення [5–14; 16–24; 26; 28].

На наш погляд, досвід Австралії в досліджуваному напрямі надзвичайно цікавий у питаннях:

а) суб'єктів трудового права (конституційних корпорацій, Трудових Магістратів, трудових, консультативних, установ охорони та охоронно-трудова комітетів, адвокатів з трудових відносин, АКТВ);

б) професійного здоров'я як об'єкта регулювання трудового законодавства (в чому вбачається схожість із Сінгапуром);

в) проліферативності трудового договору за допомогою регламентації цілої низки його видів: наказів, письмових угод, контрактів, сертифікованих трудових угод, АТУ, що також є критерієм аутопоезису системи трудового права, про що ми будемо говорити пізніше;

г) необхідності затвердження АТУ адвокатом з трудових відносин, а здебільшого АКТВ; проходження тесту на відсутність у ній недоліків, а саме: відступів у сторону применшення державних гарантій прав працівників; встановлення «дозволених» і «виняткових» умов наказу про прийом на роботу;

г) переговорного характеру процедури укладення трудового договору за участю профспілки; визначення профспілки як сторони трудового договору; можливості процедурного і процесуального врегулювання трудового спору щодо умов прийому на роботу;

д) шахрайства з боку працівника як підстави до розірвання трудового договору; незаконність звільнення всупереч забороні АКТВ на проведення масового скорочення, виданих на підставі ст. ст. 12,13 Конвенції МОП № 158 (пряме застосування критерію фундаментальних гарантій, яке має преюдиціальне значення для подальшого розгляду трудового спору);

е) додаткових відпусток, серед яких – особисті, кар'єрні, за сімейними обставинами, у зв'язку з важкою втратою, у зв'язку з актом благодійності або милосердя, з культурних міркувань;

е) праці малолітніх залежно від ступеня ризику їхньому фізичному і психічному розвитку;

ж) диференціації прямої і непрямой дискримінації в трудових відносинах;

з) встановлення мінімуму оплати праці процедурним органом (АКТВ).

Водночас Австралії притаманні проблеми співіснування і конкуренції звичаєвого права, Законів Співдружності, федеральних законів і законів штатів, урядового наступу на профспілковий рух, суворої цивільно-правової відповідальності працівників за проведення страйку (в аспекті права на мирні збори і власне застосування норм цивільно-правової відповідальності до трудових відносин) на тлі очевидно більшої свободи локаутів, відсутність регламентації навчальних відпусток на федеральному рівні, тривалого (протягом 18 років) ненабуття чинності змін і білів до федеральних трудових законів.

Відносно *Чилі* Тісі наводить такі дані. Стаття 10 Трудового Кодексу визначає істотні умови, які повинні бути включені в індивідуальний трудовий контракт: дата і місце укладення контракту, реквізити сторін, посаду працівника і її опис, робоче місце, розмір заробітної плати, строки її проведення, робочий час, тривалість роботи, премії та інші заохочення і блага.

Законом також передбачені спеціальні трудові контракти, кожен з яких має свої особливості: обмеження за віком, що дає право на його укладення, трудові контракти фермерських господарств, моряків, тимчасових докових робочих, контракти надомних працівників.

Чилійське законодавство встановлює, якщо роботодавець-підрядник порушує свої контрактні зобов'язання перед своїми працівниками, підприємство-замовник несе перед ними солідарну або субсидіарну відповідальність. Ця відповідальність поширюється на трудові і соціально-забезпечувальні зобов'язання, оскільки в період дії таких трудових контрактів підприємство-замовник зобов'язане стежити за виконанням підрядником зобов'язань перед його працівниками. Для Чилі, таким чином, є нормою субконтрактні трудові відносини. Сезонні і тимчасові працівники можуть прийматися лише у виняткових випадках і в межах, встановлених законом.

Сторони можуть укласти як безстроковий, так і терміновий контракт. В останньому випадку термін дії контракту не може перевищувати одного року або двох років, якщо йдеться про менеджерів, висококваліфікованих робітників та інженерно-технічний персонал. Водночас локальні нормативно-правові акти дозволяють сторонам укласти дво- і чотирирічні контракти відповідно. Контракт стає автоматично безстроковим, якщо працівник після закінчення терміну його дії продовжує виконувати свою роботу.

Під оплатою праці закон має на увазі готівкові та безготівкові платежі, одержувані працівником від роботодавця відповідно до трудової угоди. Оплата праці передбачає базову платню, платежі за понаднормову працю, комісійні, виплату частини прибутку і бонуси. Закон також відображає деякі платежі, які не охоплюються поняттям «оплата праці»: компенсації витрат на обідні перерви, сімейну платню за кожне відрядження працівника, посібник з транспортування і т.д. Основна заробітна плата повинна виплачуватися в певні періоди, що не перевищують одного місяця. Однак у разі з відрядно-преміальною системою оплати праці вона може виплачуватися раз на місяць, раз на два місяці або щоквартально. Інші платежі залежать від квартального прибутку компанії і можуть виплачуватися наприкінці кварталу або року.

Розмір оплати праці є предметом вільної домовленості між роботодавцем і найманим працівником. Водночас закон встановлює мінімальний розмір базової місячної платні для найманих працівників з 45-годинним робочим тижнем: один прожитковий мінімум (276,000 чилійських песо, приблизно 425 доларів США)²². Відповідно до норм Трудового Кодексу Чилі, якщо компанія є прибутковою організацією, то вона зобов'язана розподіляти частину свого прибутку між найманими працівниками. Закон встановлює, що компанії повинні виділяти 30% чистого прибутку на доплати працівникам, розраховані відповідно до їхньої базової платні. Незважаючи на це, роботодавець повинен виплачувати працівникові бонуси в розмірі 25% річної платні, проте не більше 4,75 розміру мінімальної заробітної плати (1,311,000 чилійських песо, 2,016 доларів США²³). На підприємстві можуть бути встановлені й інші системи розподілу прибутку між працівниками, проте з обов'язковим дотриманням вищевказаних меж.

Нормальний тижневий робочий час у Чилі – 45 годин. Цей максимум повинен бути вироблений за 5–6 робочих днів. Робочий день не може перевищувати 10 годин. Він поділяється мінімум на дві частини не менше, ніж півгодинною обідньою перервою. Обмеження робочого часу не стосується сумісників, менеджерів та адміністраторів, працівників без безпосереднього начальницького контролю або поза виробничими будівлями фабрик і т.д. Зазначені обмеження також не застосовуються до працівників сфери телекомунікацій та інтернет-медіа, працівників, чия робота не пов'язана з постійним місцем або вимагає виключно їхньої присутності. Виняток також становлять оптові магазини і комерційні заклади, які напередодні Різдва або національних свят можуть збільшити робочий день на дві години, сплативши його як понаднормову працю.

Трудовий кодекс Чилі регулює спеціальний контракт, званий «контрактом неповного робочого часу». Тривалість неповного робочого тижня не може перевищувати 30 годин. Відповідно до чилійського законодавства працівники з неповним робочим тижнем користуються тими ж гарантіями, що й інші за винятками: 1) максимальні виплати частини прибутку можуть бути приведені у відповідність з відпрацьованим робочим часом; 2) сторони можуть домовитися про різні способи реалізації неповного робочого часу в період дії контракту.

²² Станом на 01 січня 2018 року.

²³ Див. попереднє посилання.

Понаднормова робота повинна бути узгоджена тільки на випадок тимчасових, непостійних, непередбачених ситуацій у житті компанії, які потребують додаткових трудових зусиль, і не може перевищувати двох годин на день. Понаднормові трудові угоди повинні укладатися в письмовій формі і діяти не більше трьох місяців з можливістю пролонгації за згодою сторін. Втім число таких пролонгацій також обмежене. Понаднормова робота повинна оплачуватися на 50% понад встановлену заробітну плату. Закон встановлює, що компанії, які найняли 25 і більше працівників, повинні стежити за тим, щоб не менше 85% з них були громадянами Чилі. Це правило не поширюється на інженерно-технічних працівників. У контексті такого закону до чилійських громадян прирівнюються: 1) іноземці, які перебувають у законному шлюбі або конкубінаті з громадянами Чилі або мають дітей, народжених у Чилі, включаючи вдів і вдівців, чиїм подружжям були чилійські громадяни; 2) іноземці, що проживають постійно в Чилі протягом останніх п'яти років, не рахуючи часу відсутності в зв'язку з нещасними випадками.

Відповідно до Трудового Кодексу Чилі трудовий контракт може бути розірваний тільки за: згодою сторін, бажанням працівника, закінченням терміну дії контракту, закінченням роботи, на яку працівник був прийнятий, з волі Божої або обставинами, не залежними від сторін (форс-мажор) і з ініціативи роботодавця.

Якщо роботодавець звільняє працівника, ґрунтуючись на т.зв. потребах компанії, таких як: зміна економічних умов, згортання компанії або звільнення за власним розсудом (у випадках, передбачених законом), працівник має право на отримання таких видів вихідної допомоги: 1) вихідної компенсації за вислугою років, розрахованої у вигляді місячної платні за кожен рік роботи або наведеної у співвідношенні, якщо працівник пропрацював від шести місяців до року, але не більше, ніж 330-денної платні. Разом із тим для цілей розрахунку цього виду компенсації закон встановлює обмеження у вигляді 90 одиниць заохочення ("Unidades de Fomento") (приблизно 3,655 доларів США), однак від такої форми розрахунку можуть відмовитися сторони за обоюсторонньою згодою; 2) якщо звільнення було скоєне без дотримання 30-денного терміну попереднього попередження про нього, працівник отримує право на додаткову компенсацію в розмірі місячної платні. Якщо таку компенсацію роботодавець не виплачує добровільно, сума примусового стягнення може зрости до 150%.

Незважаючи на це, якщо працівник звільнений з приводу істотного порушення умов контракту, заподіяння роботодавцю матеріальних збитків, йому не передбачено ніякої вихідної допомоги. Водночас працівник має право оскаржити своє звільнення перед Трудовим Судом і якщо суд прийме рішення на його користь, компанія буде зобов'язана виплатити штрафну компенсацію в розмірі від 100% вищевказаного розміру вихідної допомоги залежно від періоду вимушеного прогулу.

Відповідно до пункту 5 статті 162 Трудового Кодексу Чилі, якщо до моменту звільнення працівника не були належним чином сплачені внески із соціального страхування, таке звільнення не може спричинити за собою розірвання трудового контракту. Відповідно, роботодавець може бути примушений до виплати заробітної плати та інших передбачених контрактом виплат на користь працівника до тих пір, поки не будуть остаточно погашені внески із соціального страхування.

Трудовий спір щодо законності звільнення розглядається трудовим судом в десятиденний термін.

Роботодавці не мають законного обов'язку встановлювати додаткові до вищевказаних гарантії, крім передбачених індивідуальними або колективними трудовими контрактами або угодами. Не існує законного обов'язку роботодавця надавати кейтерингові послуги або організувати громадське харчування для працівників [15].

Безсумнівно, науково-практична доктрина врегулювання трудових відносин у Чилі викликає непідробний інтерес щодо:

а) спеціальних суб'єктів трудового права (Превентивної медичної служби, Постійного Комітету з Безпеки, Гігієни праці та профілактики нещасних випадків);

б) проліферативності трудового договору за допомогою регламентації індивідуального трудового контракту, спеціального трудового контракту, безстрокового і термінового контракту, договору неповного робочого часу, понаднормової трудової угоди, індивідуальної трудової угоди (аналогічно Австралії);

в) субконтрактних трудових відносин, у результаті чого настає солідарна або субсидіарна відповідальність перед працівниками, які не перебувають у безпосередніх трудових відносинах з підприємством, установою, компанією;

г) комісійних, виплати частини прибутку у системі оплати праці;

г) компенсації витрат на обідні перерви, виплати сімейної платні за кожне відраження працівника, надання іншого оплачуваного вихідного дня, вихідної компенсації за вислугою років;

д) попередньої аутентифікації законності звільнення трудовим судом у низці процедурних випадків, що є очевидним доказом існування кон'юнктивного (об'єднавчого) процесуального феномена процедур трудового права;

е) протекціонізму в питаннях працевлаштування;

є) згорання компанії як підстави до розірвання трудового договору;

ж) штрафної компенсації як заходів праце-правової відповідальності за незаконне звільнення;

з) неможливість припинення трудового договору без належної сплати внесків на соціальне страхування;

і) обчислення відпусток у робочих днях, видів додаткових оплачуваних відпусток (у разі смерті дитини, законного чоловіка або конкубіни, внутрішньоутробної загибелі плоду, смерті батька або матері працівника), неприпустимість розірвання трудового договору в певний термін після настання зазначених юридичних фактів.

Недоліками чилійського трудового законодавства можна назвати порівняно невелику тривалість основної відпустки, відпустки по догляду за дитиною, відсутність кейтерингових зобов'язань роботодавця перед працівниками, що особливо важливо у боротьбі з пандемією COVID-19 (в контексті обмеження соціальних контактів у місцях громадського харчування).

Висновки. 1. Обговорюючи питання щодо рівня правового регулювання трудових відносин в Азіатсько-Тихоокеанського регіоні, а також державно-правового механізму їх захисту, видається справедливим пальму першості залишити за Чилі; найбільше ж число недоліків було виявлено в Австралії, що викликає серйозні побоювання; Сінгапур у цьому контексті займає «золоту середину», незважаючи

на те, що з економічної точки зору він є найкращою країною для працевлаштування у світі. У наведеному проявляється нееквівалентність критеріїв оцінки якості трудових відносин з правової та економічної точок зору.

2. Висновок дисертаційної роботи професора О.Г. Середи щодо концепції аутопоезису системи трудового права є перспективним і підтверджується цілою низкою його критеріїв, у т.ч. і в рамках цього дослідження. Він є гарантом автономії трудового права та його відмежування від інших галузей на теоретичному рівні.

3. Знаходять також підтвердження і правильність висновків дисертаційної роботи І.В. Колосова щодо процедурно-процесуальної дилеми, критерію фундаментальних гарантій у трудовому праві і кон'юнктивного процесуального феномена процедур трудового права.

4. Проліферативність трудового договору – це така його властивість, за якої, регулюючи трудові відносини, в рамках однієї правової системи співіснує цілий ряд його різновидів, конкурентних між собою в частині способів і методів правового регулювання. Така властивість характерна виключно для трудового договору, оскільки жоден цивільно-правовий договір не має своїх різновидів у регулюванні одного і того ж самого майнового або особистого немайнового відношення, які б конкурували між собою. І це – один з ключових критеріїв аутопоезису системи трудового права. Аналогічної позиції ми дотримуємося і щодо феномена правомочної асиметрії трудових відносин.

5. Законодавча база регулювання трудових відносин в Азійсько-Тихоокеанському регіоні повинна спонукати до якісно нових досліджень щодо суб'єктів трудового права, істотних умов трудового договору, часу відпочинку, оплати праці, гарантійних і компенсаційних виплат, підстав до розірвання трудового договору, трудо-медичного правовідношення і т.д.

6. Під час розробки проекту Трудового кодексу України не стане зайвим звернути увагу на: 1) впровадження додаткових відпусток, серед яких – особисті, кар'єрні, за сімейними обставинами, у зв'язку з важкою втратою, смертю чоловіка, батьків або дітей, у т.ч. внутрішньоутробної, у зв'язку з актом благодійності або милосердя, з культурних міркувань; 2) необхідність затвердження трудової угоди адвокатом з трудових відносин або процедурним органом; проходження тесту на відсутність у ній недоліків, а саме відступів у сторону применшення державних гарантій прав працівників; 3) переговорний характер процедури укладення трудового договору за участю профспілки; визначення профспілки як сторони трудового договору; можливості процедурного і процесуального врегулювання трудового спору щодо умов прийому на роботу; 4) шахрайство з боку працівника як підстава для розірвання трудового договору; преюдиційну незаконність звільнення всупереч забороні на проведення масового скорочення, виданої на підставі ст. ст. 12, 13 Конвенції МОП № 158, та інші наведені в дослідженні аспекти, що має спонукати до появи Кодексу з питань праці, Медицини і Соціального Добробуту (КТМіСБ) як принципово нового для пострадянського простору кодифікованого акта, котрий в реальності, а не на папері, відповідатиме прогресивним тенденціям розвитку світової спільноти.

Література

1. Колосов І. В. Процедурні та процесуальні норми як інструмент запобігання та вирішення трудових спорів : дис. ... докт. філософії : 081. Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2020. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kolosov/d_Kolosov.pdf (дата звернення: 09.09.2021).
2. Середа О. Г. Державно-правовий механізм захисту прав працівників в умовах інтеграції України до Європейського Союзу : автореф. дис. ... докт. юр. наук : 12.00.05. Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2019. 42 с.
3. Сингапур. Матеріал из Википедии – свободной энциклопедии. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B8%D0%BD%D0%B3%D0%B0%D0%BF%D1%83%D1%80> (дата звернення: 09.09.2021).
4. Слюсар А. М. Правові проблеми становлення законодавства України щодо порядку вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.05. Національна юридична академія України. Харків, 1995. 24 с.
5. ACIRRT (Australian Centre for Industrial Relations Research and Training) (University of Sydney), *Australia at Work* (1999).
6. Australian Bureau of Statistics, *Employee Earnings and Hours: Australia (2000, ABS Catalogue 6306.0)*.
7. Breen Creighton, 'One Hundred Years of the Conciliation and Arbitration Power: A Province Lost?' (2000) 24 *Melbourne University Law Review* 839.
8. Butterworths, *Industrial Law – Federal*.
9. CCH, *Australian Labour Law Reporter* (4 volumes).
10. CCH, *Australia and New Zealand Equal Opportunity Law and Practice* (2 volumes).
11. CCH, *Australian Occupational Health and Safety Law* (4 volumes) *Australian Journal of Labour Law*, *Journal of Industrial Relations, Labour and Industry*, *Journal of Occupational Health and Safety – Australia and New Zealand*.
12. Creighton W. B., Ford W. J. and Mitchell R. J. *Labour Law: Text and Materials*. 2nd ed, 1993.
13. Creighton Breen and Stewart Andrew. *Labour Law: An Introduction*. 3rd ed, 2000.
14. Deery Stephen and Mitchell Richard (eds), *Employment Relations: Individualization and Union Exclusion*. 1999.
15. *Employment Law overview 2019–2020*. Chile. URL: https://knowledge.leglobal.org/wp-content/uploads/sites/2/LEGlobal-Employment-Law-Overview_Chile_2019-2020_31.05.19.pdf (дата звернення: 09.09.2021).
16. Forsyth A. "Re-regulatory Tendencies in Australian and New Zealand Labour Law". Working Paper No. 21, Centre for Employment and Labour Relations Law, Faculty of Law, The University of Melbourne, 2001.
17. Gardner M. and Palmer G. *Employment Relations: Industrial Relations and Human Resource Management in Australia*. 2nd ed, 1997.
18. Hunter R. *Indirect Discrimination in the Workplace*. 1992.
19. Lee M. and Sheldon P. *Workplace Relations*. 1997.
20. Macken J. J., O'Grady P., Sappideen C., and Warburton G. *The Law of Employment*. 5th ed, 2002.
21. McCallum R. M., McCarry G. and Ronfeldt P. *Employment Security*. 1994.
22. McCallum R. C. and Pittard M. J. *Australian Labour Law: Cases and Materials*. 3rd ed, 1995.
23. *National Labour Law Profile: Australia*. Contributed by: Colin Fenwick, Senior Lecturer, Centre for Employment and Labour Relations Law School, University of Melbourne, Victoria, Australia and Jane Hodges. URL: https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158892/lang-en/index.htm (дата звернення: 09.09.2021).
24. Nolan D. R. *The Australasian Labour Law Reforms: Australia and New Zealand at the End of the Twentieth Century*. 1997.
25. Schwab K. *The Global Competitiveness Report 2019*. Insight Report. World Economic Forum 91–93 route de la Capite CH-1223 Cologny/Geneva Switzerland. 650 p.
26. Senate Economics Reference Committee, *Report on Consideration of the Workplace Relations and the other Legislation Amendment Bill 1996 (AGPS, August 1996)*.
27. *Singapore Employment Law*. URL: <https://www.corporateservices.com/singapore/singapore-employment-law/#:~:text=The%20Singapore%20Employment%20Act%20protects,Full%2Dtime%3B&text=Under%20contract> (дата звернення: 09.09.2021).
28. Thornton M. *The Liberal Promise: Anti-Discrimination Legislation in Australia*. 1990.

Анотація

Серета О. Г., Колосов І. В. Державно-правовий механізм захисту прав працівників в Азіатсько-Тихоокеанському регіоні: порівняльно-правове дослідження. – Стаття.

У запропонованій статті вивчено досвід державно-правового захисту прав працівників на прикладі Сінгапуру, Австралії і Чилі, його особливості з урахуванням специфіки країн Азійсько-Тихоокеанського регіону, нюансів правової сім'ї звичаєвого права. Визначено основні напрями впровадження державно-правового гарантування і структурних змін у правовому регулюванні трудових відносин порівняно з дореформним періодом. Проведено порівняльно-правове дослідження з вітчизняними правовими реаліями. Проаналізовано спільні та відмінні риси, переваги і недоліки обох систем. Зроблено висновки щодо запозичення позитивного зарубіжного досвіду у вітчизняну трудо-правову реальність.

Вивчення досвіду правового регулювання трудових відносин в азіатсько-тихоокеанському регіоні на прикладі зазначених держав дозволяє закликати колег до дискусії щодо проліферативності трудового договору (на прикладі АТУ і сертифікованих трудових договорів), його істотних умов, прийняття до уваги пропозицій міжнародного профспілкового руху щодо переговорної процедури укладення трудового договору; окреслити проблеми співіснування нормативно-правових актів і звичаєвого права у регулюванні трудових правовідносин; обговорити актуальні проблеми трудового права та впровадити позитивний досвід правового регулювання додаткових відпусток; оцінити перспективи впровадження інституту медичного страхування в трудове право; приділити увагу створенню системи трудової юстиції в Україні. Особливу увагу привернуто до проблематики шахрайства з боку працівника як підстави до розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу; преюдициальної незаконності звільнення всупереч заборони на проведення масового скорочення, виданої на підставі ст. 12, 13 Конвенції МОП № 158.

Відповідно, вітчизняна система трудового права, незважаючи на всі свої досягнення, зумовлена багаторічними традиціями державно-правового гарантування у сфері трудових і соціально-забезпечувальних відносин, не позбавлена необхідності запозичення зарубіжного досвіду, щоб відповідати запитам сучасного суспільства, чому повинні бути присвячені подальші наукові дослідження і розвідки.

Ключові слова: права працівників, Сінгапур, Австралія, Чилі, трудовий договір, робочий час, час відпочинку, оплата праці, розірвання трудового договору, порівняльне дослідження.

Summary

Sereda O. H., Kolosov I. V. Statutory mechanism of employees' rights protection in Asia and Pacific regions: comparative contribution. – Article.

Paper proposed highlights the experience of Singapore, Australia and Chile's labor law reform, its features, peculiarities of the countries of the Common Law Legal family taking into account.

Mainly directions of labor law's guarantees and structural improvements in the legal regulation of Labor Relations in comparison with the pre-reform period are determined. A comparative study with the relevant directions of industry reform in Ukraine was conducted. Similar and distinctive features, advantages and disadvantages of both systems are analyzed. Conclusions about the possibility of borrowing positive foreign experience into the domestic labor and legal reality were showed.

Studying of Labor Relations legal regulation experience in the Asia and Pacific on the example of aforesaid states permit to encourage colleagues to put out a scientific discussion about furcating of employment contract as AEC and certified ones, its core conditions, consider the proposals of the trade union movement within the framework of employment procedure by bargaining performance, outline the problems of common law and Acts' performing in connection with subject of Labor Law, discuss problems and apply positive experience in regulating additional vacations, consider the possibility of introducing the institute of medicine insurance in labor law, pay attention to the experience of creation a labor justice system. Special attention should be paid to the employee's fraud as reason for termination of the employment contract at the initiative of the employer; pre-judicial illegality of termination performed contrary to prohibition of mass firing in respect to Articles 12, 13 of ILO's Convention No. 158.

Simultaneously, Domestic system of labor law, although it is distinguished by more long-timed traditions of statutory guarantees in field of Labor and Social Security Law, is not without the need to borrow foreign experience in order to update it for the needs of modern social development, which should be devoted to furthermore comparative legal researches.

Key words: employees' rights, Singapore, Australia, Chile, employment contract, working time, vacation, wages and salaries, employment contract's termination, comparative research.

УДК 342.7

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3267>

А. С. Сизоненко

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ЗАПОБІГАННЯ ЮВЕНАЛЬНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

Запобігання ювенальній злочинності не може бути повноцінно реалізоване без урахування міжнародно-правових стандартів запобігання ювенальній злочинності. Саме такі стандарти є важливим орієнтиром для реалізації національних механізмів запобігання ювенальній злочинності. Не є винятком українська держава, яка має перейняти та імплементувати найкращі світові моделі запобігання злочинності серед дітей. Звичайно, натепер Україна ще не готова повністю запровадити європейські ювенальні правові стандарти, оскільки в нашій країні погляд законодавця на дитину є рудиментальним, інакше кажучи, ми як раніше озираємось у минуле та намагаємось залишатись вірними закладеному у 60-ті роки фундаменту «дієвого» та «справедливого», скоріше «карного», ніж кримінального законодавства. Все це, звичайно, має наслідком негативну кримінологічну картину, стабільний приріст дитячої злочинності, відсутність у неповнолітніх правопорушників бажання виправитись тощо [1, с. 82]. Запобігання ювенальній злочинності шляхом вироблених та апробованих міжнародною спільнотою правових стандартів є перспективним напрямом подолання дитячої злочинності в Україні. Оскільки у цьому процесі враховуватиметься багаторічний та багатоаспектний досвід застосування у різних країнах світу інструментів запобігання ювенальній злочинності.

Важливим елементом нормативно-правового механізму запобігання та профілактики злочинності неповнолітніх є й міжнародні стандарти у цій сфері. Ці стандарти містяться в таких міжнародних договорах і конвенціях, як: Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р., ратифікована постановою Верховної Ради України від 27 лютого 1991 р.; Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення від 25 жовтня 2007 р.; Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р., ратифікована Указом Президії Верховної Ради УРСР від 26 січня 1987 р.; Конвенція про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці № 182, ухвалена в межах Міжнародної організації праці 17 червня 1999 р., ратифікована Законом України від 5 жовтня 2000 р. № 2022-III; Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками й дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, прийнятий Резолюцією № 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р., ратифікований Законом України від 4 лютого 2004 р. № 1433-IV; Декларація прав дитини, затверджена Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 1386 (XIV) від 20 листопада 1959 р.; Факультативний протокол до Конвенції про права дитини

щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії від 1 січня 2000 р., ратифікований Законом України від 3 квітня 2003 р. № 716-IV, та ін. [2, с. 155].

До спеціальних нормативно-правових актів міжнародної, у тому числі європейської, спільноти щодо розробки і, по суті, подальшого удосконалення практики запобігання підлітковій злочинності належать так звані Ер-Ріядські принципи, прийняті на Восьмому конгресі ООН із запобігання злочинності і поводженню із правопорушниками у 1990 р. Цей документ містить багато фундаментальних положень теорії та відбиває конкретні дії різних суб'єктів із загальносоціального запобігання злочинності неповнолітніх. У розділі «Процеси підготовки до життя у суспільстві» підкреслено, що країнам необхідно приділяти більше уваги політиці із запобігання, яка б сприяла успішній підготовці до життя у суспільстві та інтеграції дітей і молодих людей, особливо через сім'ю, громаду, однолітків, школу, професійно-технічну підготовку, трудову діяльність, а також через добровільні організації. Таким чином, тут перелічено більшість сфер соціалізації підлітків, що сприяють (детермінують) або можуть сприяти протиправній поведінці неповнолітніх осіб [3, с. 117].

Аналогічні питання щодо запобігання ювенальній злочинності через певні сфери соціалізації неповнолітніх містить Рекомендація N R (87) 20 Комітету міністрів державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх», зокрема у цьому документі робиться акцент на тому, щоб почати застосовувати або продовжити застосування конкретних заходів, спрямованих на усунення непристосованості та злочинності неповнолітніх, зокрема: 1) шляхом запровадження всебічної політики, що сприятиме соціальній інтеграції молоді; 2) шляхом надання спеціальної допомоги і запровадження в школах, молодіжних або спортивних закладах спеціалізованих експериментальних програм, спрямованих на кращу інтеграцію молоді, яка відчуває серйозні труднощі в цих питаннях; 3) шляхом вжиття технічних та ситуативних заходів задля обмеження наявних можливостей для скоєння молоддю правопорушень [4].

Соціалізацію дітей справді слід визнати важливим стандартом запобігання ювенальній злочинності. Через соціум підлітки розвиваються, вступають у соціальні зв'язки, здобувають життєвий досвід та реалізуються у суспільній діяльності. Суспільство загалом та навколишнє соціальне середовище зокрема потужно впливають на формування психіки, характеру підлітка та зумовлюють майбутні його особисті потреби, інтереси та прагнення.

На жаль, досі в праві більше уваги приділяється покаранню, аніж адаптації до умов життя або повторної соціалізації після відбуття покарання. Слід чітко зрозуміти, що соціалізація, ресоціалізація міцно пов'язані з теорією і практикою запобігання злочинності, що, своєю чергою, впливає на проблему прогнозування злочинності та планування заходів як у загальному, так і спеціально-кримінологічному аспектах [5, с. 147].

Соціальне оточення може негативно впливати на розвиток підлітків, тим самим викликаючи бажання здійснювати антисоціальну діяльність, що пов'язана із вчиненням кримінальних правопорушень. Якщо дитина перебуватиме у злочинному середовищі, серед осіб, які порушують кримінальний закон, вона може перейняти

їхню психологію, їхній злочинний спосіб життя. У такому разі можна вести мову про негативну соціалізацію, яка не запобігає вчиненню злочинності серед дітей, а навпаки, сприяє ювенальній злочинності.

Якщо під впливом соціального середовища, суспільної діяльності у дитини формується позитивне мислення, бажання правомірно задовольняти власні потреби та інтереси, законно отримувати винагороду за свою суспільно корисну діяльність, то це свідчить про позитивну соціалізацію, яка справді спрямована на запобігання ювенальній злочинності у державі. Самої такої *позитивної соціалізації* дітей вимагають положення міжнародно-правових актів щодо запобігання ювенальній злочинності.

В умовах спроб побудувати демократичне, правове суспільство розрахунків на залякування як стримуючу силу стає все більш неефективним, тим паче з огляду на обставини, що соціалізована особистість не скоїть злочин умисно, не через страх бути покараним, а в результаті успішної соціалізації. За наявності останньої неповнолітній набуває особисті навички, вміння, знання, що покладаються в основу його поведінки. Звичайно, що такий процес залежить як від макросередовища – суспільства, економічної і соціальної стабільності країни, моральних устоїв соціуму, так і від мікросередовища – впливу родини, закладів освіти, оточення тощо. Ми повинні усвідомлювати, що соціальна адаптація і соціалізація взагалі є більш широкими поняттями, ніж виховання, яке є формуванням особистості з метою підготовки до суспільного життя, або ж виправлення і ресоціалізації. І саме на соціалізацію неповнолітніх, молоді у суспільстві і мають бути спрямовані сили [5, с. 150].

На основі узагальнення зарубіжного досвіду М.О. Семенишин справедливо виокремлює такі головні напрями соціальної реабілітації дітей, які вчинили корисливо-насильницькі злочини в Україні, як: 1) створення і розвиток профілактичних служб для роботи з дітьми; 2) діагностика соціального середовища; 3) суспільна допомога і наставництво з метою розв'язання найбільш важливих для дітей проблем; 4) робота посередницьких «патронажних» служб, що виражається у наданні підтримки дітям, особливо чутливим до конфліктів у сім'ї, школі, на вулиці; 5) забезпечення належного місця проживання, здатного замінити сім'ю; 6) застосування сімейними соціальними працівниками спеціальних психологічних карт на кожну дитину конкретного мікрорайону з моменту народження з метою проведення своєчасних запобіжних заходів до досягнення нею повноліття; 7) створення інституту сімейних соціальних працівників та закріплення кожної сім'ї, яка має дитину, за місцем проживання певним соціальним працівником, який взаємодіє з органами та установами охорони здоров'я; 8) правова пропаганда серед учнів освітніх установ працівниками ювенальної превенції, що є найважливішою складовою частиною як освітніх програм, так і діяльності Національної поліції України з припинення девіантної поведінки дітей [6, с. 144]. Вказані напрями є досить корисними не лише для соціальної реабілітації дітей, котрі скоїли певний вид злочинних діянь, їх можна використовувати для запобігання ювенальній злочинності загалом в Україні. Зокрема, ці напрями можна застосовувати для позитивної соціалізації дітей, необхідність проведення якої вимагають міжнародно-правові

норми у сфері запобігання дитячої злочинності. Тому наведені напрями потрібно реалізовувати та розвивати й удосконалювати щодо запобігання ювенальної злочинності в Україні.

Ще одним стандартом запобігання дитячої злочинності є профілактика злочинності серед дітей, або *профілактика ювенальної злочинності*. Відповідно до п. 24 Керівних принципів запобігання злочинності серед неповнолітніх ООН необхідно розробити і повною мірою використовувати спеціалізовані програми профілактичного характеру [7]. ООН, ЮНЕСКО, Дитячий фонд ЮНІСЕФ та інші міжнародні організації значну увагу приділяють саме профілактиці негативних явищ у молодіжному середовищі. Чимало зусиль спрямовано на пошук нових чи адаптованих до сучасних умов життя підходів до здійснення профілактики правопорушень серед неповнолітніх [8, с. 382]. Оскільки найефективнішим напрямом превенції є своєчасне усунення криміногенних факторів зовнішнього середовища, а також створення антикриміногенних умов, за наявності яких правопорушник відмовиться від наміру вчинити правопорушення, а саме умов, які ускладняють скоєння правопорушень, додадуть ризикованості діям й обмежать вигоду [8, с. 382].

Відповідно до вимог ст. 40 Конвенції про права дитини держави-учасниці прагнуть сприяти створенню законів, процедур, органів і установ, що мають безпосереднє відношення до дітей, які, як вважається, порушили кримінальне законодавство, звинувачуються чи визнаються винними в його порушенні. Держави-учасниці визнають право кожної дитини, яка, як вважається, порушила кримінальне законодавство, звинувачується або визнається винною в його порушенні, на таке поведіння, що сприяє розвитку у дитини почуття гідності і значущості, зміцнює в ній повагу до прав людини й основних свобод інших, за якого враховуються вік дитини і бажаність сприяння її реінтеграції та виконання нею корисної ролі у суспільстві [9]. Ефективне функціонування системи ювенальної юстиції в межах країни відповідно до міжнародних стандартів та принципів може забезпечити падіння рівня злочинності серед неповнолітніх та дотримання прав дитини. Слід зазначити, що відхід від каральної системи, дотримання прав дитини під час судового процесу, застосування покарань, альтернативних позбавленню волі, відновне правосуддя, превенція та реабілітація показали свою ефективність [10, с. 218]. У Рекомендації N R (87) 20 Комітету міністрів державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх» відзначається, що потрібно сприяти розвитку процесу непритягнення до відповідальності і посередництва на рівні органу, що притягає до відповідальності (відмова від порушення кримінальної справи) або на рівні поліції – в країнах, де поліція здійснює функції обвинувачення, – для того щоб запобігти притягненню неповнолітніх до відповідальності за системою кримінального судочинства з відповідними наслідками [4]. Зміст системи кримінального правосуддя значно впливає на подальшу життєдіяльність дитини, яка притягається до кримінальної відповідальності. Складники кримінального процесуального та кримінально-виконавчого механізму реалізації кримінальної відповідальності формують відношення дитини до держави, її органів, усього соціуму. Репресивна, каральна система правосуддя може викликати у дитини появу бажання та прагнення у майбутньому порушувати кримінальне

законодавство, вчинювати кримінальні правопорушення, заподіювати фізичну, матеріальну або моральну шкоду членам суспільства.

На жаль, як влучно зазначає К.Ю. Мураненко, найбільш звичною та зрозумілою в українських реаліях є традиційно карально-репресивна концепція, сутність якої полягає в удосконаленні наявних кримінально-правових технологій, орієнтованих в основному на примус і силовий тиск на злочинців через засоби нагляду й контролю. Це підтверджується адміністративним, кримінальним законодавством, яке передбачає покарання неповнолітніх за вчинення правопорушень (адміністративна та кримінальна відповідальність настає з 16 років) [11, с. 86]. Практика засвідчує, що заходи, яких уживають у межах адміністративних, силових і репресивних методів протидії злочинності підлітків-маргіналів, зазвичай виявляються безрезультатними [8, с. 381]. Оскільки такі заходи насамперед спрямовані не на виправлення, виховання дітей та подальшу ресоціалізацію, а на покарання підлітків. За таких умов важко вести мову про запобігання злочинності серед неповнолітніх. Більше того, занадто примусові заходи впливу на неповнолітніх злочинців закономірно можуть викликати у них бажання надалі порушувати положення кримінального законодавства.

Міжнародні нормативно-правові акти, присвячені захисту прав неповнолітніх, які вчинили кримінальні правопорушення, мають першорядне значення у запобіганні вчиненню злочинів такою найбільш вразливою категорією осіб, як молодь [12, с. 62]. Ці правові акти визначають особливості дотримання прав та законних інтересів неповнолітніх, що пов'язані з учиненням ними кримінальних правопорушень. Вони містять додаткові вимоги до проваджень у справах неповнолітніх, що стосуються обмежень у питаннях публічності щодо обов'язкової участі в таких провадженнях спеціалістів (педагогів, вихователів, психологів), а також законних представників цієї категорії осіб тощо [12, с. 63]. Вітчизняне кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство у частині регламентації притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітніх має постійно вдосконалюватися з огляду на вимоги міжнародних стандартів забезпечення прав і свобод дитини. Зміст цих правових стандартів щодо ювенальної злочинності повинен імплементуватися у національні матеріальні та процесуальні норми права.

Важливим елементом реформування правоохоронної системи України є участь у конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні стандарти для європейських країн. Однак навіть після ратифікації Верховною Радою України цих конвенцій, рекомендацій та резолюцій багато положень цих документів у нашій державі не виконуються, не вносяться зміни в чинне законодавство [13, с. 153]. Особливо такі зміни потрібні у законодавстві, що регламентує створення та функціонування системи ювенального правосуддя (правосуддя, дружнього до дитини), оскільки вона є одним з міжнародно-правових стандартів запобігання ювенальній злочинності, яка здатна позитивним чином вплинути на зниження рівня злочинності серед неповнолітніх.

Певні вимоги стосуються не лише притягнення до відповідальності неповнолітніх, а й визначають особливості призначення покарання та інших заходів вихов-

ного характеру особам, які вчинили кримінальні правопорушення у неповнолітньому віці [12, с. 63].

Є.С. Назимко слушно підкреслює, що стандартно-правові системи ООН та Ради Європи щодо покарання неповнолітніх є взаємопов'язаними між собою, зокрема, через обопільну прихильність до якомога ширшого застосування до неповнолітніх правопорушників некаральних заходів впливу замість кримінальних покарань [14, с. 139]. Застосування альтернативних заходів кримінально-правового впливу сприятиме виправленню підлітків, які, можливо, допустили помилку, скоївши кримінальне правопорушення. Призначення некаральних заходів кримінально-правового впливу щодо дітей буде створювати необхідні умови до усвідомлення дитиною своєї злочинної діяльності та майбутнє переорієнтування на «законний шлях» життя.

Це повністю буде узгоджуватися з Рекомендацією N R (87) 20 Комітету міністрів державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх», у якій підкреслюється, що з метою поступової відмови від ув'язнення та збільшення кількості альтернативних заходів надавати перевагу тим із них, які дають більше можливостей для соціальної інтеграції неповнолітніх шляхом навчання і професійної освіти, а також шляхом використання дозвілля чи інших видів діяльності. Серед таких заходів варто звернути особливу увагу на ті, які: передбачають умовний нагляд і надання допомоги; спрямовані на те, щоб подолати стійкість злочинної поведінки неповнолітніх шляхом покращення їхньої здатності до соціальної адаптації завдяки активним виховним діям (включаючи «інтенсивну посередницьку діяльність»); включають відшкодування збитків, завданих злочинними діями неповнолітнього; включають громадські роботи, які відповідають віку неповнолітнього та виховній меті [4]. Разом із тим проблема в тому, що держави, в яких акцент спрямовано на покарання правопорушника з метою його ізоляції від суспільства для захисту останнього, страждають від негативної кримінологічної ситуації через те, що вони карають задля кари, для того, щоб «заспокоїти» своїх громадян, створити ореол справедливості та законності. При цьому увага перевихованню та виправленню засудженого не приділяється. У випадку неповнолітніх девіантів це взагалі трагічно негативна ситуація, оскільки відсторонення їх від суспільства може відіграти погану роль, внаслідок чого дитина ще більше криміналізується, підпаде під протиправний вплив, стане агресивнішою та соціально відірваною [1, с. 91].

Попередження злочинності серед неповнолітніх є соціально-правовим процесом, що знижує та обмежує антисуспільні явища, породжені злочинністю, який забезпечується всією сукупністю заходів, що здійснюються державними органами, спеціальними органами та установами, а також громадськістю. Кримінально-правова охорона прав та інтересів дітей здійснюється саме через встановлення відповідальності за злочини, які вчинені проти них, та надання спеціального статусу неповнолітнім, які вчинили злочин [15, с. 22].

У Рекомендації N R (87) 20 Комітету міністрів державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх» наголошується на тому, що необхідно зміцнювати правовий статус неповнолітніх під час розгляду справи, у тому числі під час розслідування поліцією, визнаючи, крім іншого: презумпцію невинуватості;

право використовувати захисника, який може у разі необхідності бути офіційно призначений і послуги якого оплачує держава; право на присутність батьків або іншого законного представника, які мають бути поінформовані із самого початку процесу; право неповнолітніх на виклик свідків, проведення їх допиту та очних ставок; можливість для неповнолітніх просити проведення повторної експертизи або будь-якого іншого рівноцінного заходу розслідування; право неповнолітніх на висловлювання і в разі необхідності на вираження своєї думки з приводу заходів, що можуть бути вжиті стосовно них; право на апеляцію; право вимагати перегляду призначених заходів; право неповнолітніх на повагу до їхнього особистого життя [4]. Не можна не погодитись з позицією, висловленою у доктрині, що ми потребуємо в позитивному європейському досвіді побудови лояльного алгоритму впливу на неповнолітнього правопорушника, котра була б гуманною, але при цьому ефективною та достатньою для його повного виправлення [1, с. 83]. Саме такий гуманний, дієвий та ефективний механізм впливу містять вимоги світових стандартів покарання неповнолітніх, які зумовлюються міжнародними стандартами запобігання ювенальній злочинності.

Разом із тим у нашій країні більшість європейських ювенальних правових стандартів неможливо запровадити через низький рівень правової освіти громадян та страх законодавця перед новими, революційними змінами. Нині українське кримінальне законодавство в частині кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх осіб майже не змінилось з 1960 року, а всі спроби запровадити нові інститути зазнали фіаско. Саме тому для того, щоб Україна змогла стати членом Європейського Союзу, необхідно зробити сміливий крок уперед та прийняти всі новації європейського та міжнародного законодавства [1, с. 83]. Окрім процедурних гарантій та особливостей застосування заходів кримінально-правового впливу, міжнародно-правові стандарти вимагають створення спеціальних ювенальних органів.

Таким чином, міжнародно-правовими стандартами запобігання ювенальній злочинності є: позитивна соціалізація дітей; профілактика ювенальної злочинності, створення системи ювенального правосуддя (правосуддя, дружнього до дитини).

Література

1. Вітвіцький С. С., Назимко Є. С., Тіточка Т. І. Звільнення неповнолітніх від покарання та його відбування: міжнародні та європейські правові стандарти : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2021. 134 с.
2. Демчіхіна Є. С. Вітчизняні та міжнародні механізми запобігання злочинності неповнолітніх в Україні. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 6. С. 155–161.
3. Білоконь М. А. Зміст, значення та співвідношення загальносоціальних і спеціально-кримінологічних заходів запобігання й протидії злочинності неповнолітніх у країнах ЄС. *Європейські перспективи*. 2013. № 1. С. 117–121.
4. Рекомендація N R (87) 20 Комітету міністрів державам-членам «Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх». Прийнята Комітетом міністрів 17 вересня 1987 року на 410-му засіданні заступників міністрів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_266#Text
5. Давидова Т. О. Кримінологічні особливості особистості неповнолітніх правопорушників як підґрунтя до створення ефективної системи запобігання злочинності. *Право і суспільство*. 2015. № 5(3). С. 146–151.
6. Семенишин М. О. Зарубіжний досвід запобігання корисливо-насильницьким злочинам, що вчиняються дітьми. *Наше право*. 2020. № 1. С. 139–146.

7. Керівні принципи запобігання злочинності серед неповнолітніх Організації Об'єднаних Націй (Ер-Ріадські керівні принципи). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_861#Text
8. Йосипів А. О. Зарубіжний досвід запобігання злочинам, що вчиняють неповнолітні з маргінального середовища. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 381–392.
9. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text
10. Дмитришина Т. Ювенальна юстиція: міжнародний досвід та перспективи його впровадження в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. №1. С. 210–219.
11. Мураненко К. Ю. Зарубіжний досвід профілактики правопорушень серед неповнолітніх. *Психологічний часопис*. 2019. № 2. С. 85–98.
12. Дзюба А. Ю. Міжнародні нормативно-правові акти та ювенальне кримінальне законодавство ФРН як засоби запобігання злочинності неповнолітніх. *Право і Безпека*. 2017. № 3. С. 62–67.
13. Заворіна О. П. Міжнародний досвід протидії підрозділами Національної поліції вбивствам, які вчиняються неповнолітніми. *Форум права*. 2017. № 5. С. 148–156.
14. Назимко Є. С. Інститут покарання неповнолітніх у кримінальному праві України : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2018. 336 с.
15. Бандурка І.О. Протидія злочинам неповнолітніх як форма кримінально-правового захисту прав дітей. *Форум права*. 2014. № 1. С. 19–23.

Анотація

Сизоненко А. С. Міжнародно-правові стандарти запобігання ювенальній злочинності. – Стаття.

У статті автор розглядає міжнародно-правові стандарти запобігання ювенальній злочинності. Вказується, що запобігання ювенальній злочинності шляхом вироблених та апробованих міжнародною спільнотою правових стандартів є перспективним напрямом подолання дитячої злочинності в Україні. Оскільки у цьому процесі враховуватиметься багаторічний та багатоаспектний досвід застосування у різних країнах світу інструментів запобігання ювенальній злочинності. Звертається увага на те, що зміст системи кримінального правосуддя значно впливає на подальшу життєдіяльність дитини, яка притягується до кримінальної відповідальності. Складники кримінального процесуального та кримінально-виконавчого механізму реалізації кримінальної відповідальності формують відношення дитини до держави, її органів, усього соціуму. Репресивна, каральна система правосуддя може викликати у дитини появу бажання та прагнення у майбутньому порушувати кримінальне законодавство, вчинювати кримінальні правопорушення, заподіювати фізичну, матеріальну або моральну шкоду членам суспільства. Автор зазначає, що соціалізацію дітей справді слід визнати важливим стандартом запобігання ювенальній злочинності. Через соціум підлітки розвиваються, вступають у соціальні зв'язки, здобувають життєвий досвід та реалізуються у суспільній діяльності. Суспільство загалом та навколишнє соціальне середовище зокрема потужно впливають на формування психіки, характеру підлітка та зумовлюють майбутні його особисті потреби, інтереси та прагнення. Підсумовується, що, окрім процедурних гарантій та особливостей застосування заходів кримінально-правового впливу, міжнародно-правові стандарти вимагають створення спеціальних ювенальних органів. Міжнародно-правовими стандартами запобігання ювенальній злочинності є: позитивна соціалізація дітей; профілактика ювенальної злочинності, створення системи ювенального правосуддя (правосуддя, дружнього до дитини).

Ключові слова: міжнародні стандарти, неповнолітні, ювенальний суд, профілактика, кримінальне правопорушення, запобігання криміналізації.

Summary

Syzonenko A. S. International legal standards for the prevention of juvenile delinquency. – Article.

In the article the author considers the international legal standards for the prevention of juvenile delinquency. It is pointed out that the prevention of juvenile delinquency through legal standards developed and tested by the international community is a promising area for overcoming juvenile delinquency in Ukraine. Because this process will take into account the long and multifaceted experience of using tools in the world to prevent juvenile delinquency. Attention is drawn to the fact that the content of the criminal justice system significantly affects the further life of a child who is prosecuted. Components of the criminal procedural and criminal-executive mechanism of realization of criminal responsibility form the child's attitude to the state, its bodies, the whole society. A repressive, punitive system of justice can

cause a child to have the desire and desire in the future to violate criminal law, commit criminal offenses, cause physical, material or moral harm to members of society. The author notes that the socialization of children really should be recognized as an important standard for the prevention of juvenile delinquency. Through society, adolescents develop, enter into social connections, gain life experience and are realized in social activities. Society in general and the social environment in particular have a strong influence on the formation of the psyche, the character of the adolescent and determine his future personal needs, interests and aspirations. It is concluded that in addition to procedural guarantees and peculiarities of the application of measures of criminal law influence, international legal standards require the creation of special juvenile bodies. International legal standards for the prevention of juvenile delinquency are: positive socialization of children; prevention of juvenile delinquency; creation of a juvenile justice system (child-friendly justice).

Key words: international standards, juveniles, juvenile court, prevention, criminal offense, prevention of criminalization.

УДК 346.91

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3268>*Г. Ю. Смірнов*

ЗАХИСТ ПЕРЕВАЖНОГО ПРАВА СУБ'ЄКТІВ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН: ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. У корпоративних правовідносинах переважне право учасників (акціонерів, членів) юридичної особи корпоративного типу відіграє істотну роль у забезпеченні їхніх майнових прав та інтересів, а також здійсненні впливу на склад учасників (акціонерів, членів). На перший погляд, конструкція цього права є доволі зрозумілою, як і механізм його правового регулювання та захисту. Водночас серед учених відсутній консенсус як щодо змісту переважного права купівлі-продажу в корпоративних відносинах, так і механізму його захисту. Так, в юридичній науці наявні пропозиції поширити дію переважного права на випадки безоплатного відчуження часток (акцій, паїв); дискусії щодо здійснення захисту переважного права виключно через переведення прав та обов'язків чи диференційованого захисту цього права – використання різних способів захисту залежно від того, чи набула третя особа майно у власність. Малодослідженим аспектом здійснення захисту переважного права в корпоративних відносинах є забезпечення реалізації права на захист решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи, які можуть звернутися з відповідним позовом пізніше за позивача.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правового регулювання переважних прав у корпоративних правовідносинах та їх захисту досліджували у своїх працях І.Я. Бабецька, І.С. Чупрунов, Н.А. Сліпенчук, І.В. Спасибо-Фатеева, О.В. Кологойда, Т.М. Шемета, В.М. Кравчук, Д.В. Ломакін, В.І. Крат, К.І. Скловський, К.К. Лебедев та інші.

Метою статті є встановлення змісту переважного права та кола випадків, на які воно поширюється; вибір ефективної моделі захисту переважного права в разі його порушення як на етапі до виконання/припинення договору купівлі-продажу, так і після набуття покупцем майна у власність; вирішення процесуальних проблем захисту права.

Виклад основного матеріалу. Учасники (акціонери, члени) підприємницьких юридичних осіб корпоративного типу, в яких існує оборотоздатний об'єкт, що позначає розмір частки майнової участі та визначає обсяг корпоративних прав, мають право відчужувати такий об'єкт третім особам. Однак таке право здійснити відчуження частки (акцій, паю) не є абсолютним, і чинне законодавство встановлює обмеження в його здійсненні, а саме переважне право решти учасників (акціонерів, членів) перед третіми особами набути частку (акцій, паю) за договором купівлі-продажу. Таке право передбачене ч. 1 ст. 20 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [1] (далі – ЗУ «Про ТОВ»), а. 2 ч. 3 ст. 166 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2] власне щодо

членів виробничих кооперативів та ч. 2 ст. 7 ЗУ «Про акціонерні товариства» [3] (далі – ЗУ «Про АТ»). У випадку з акціонерними товариствами існування переважного права зумовлене необхідністю його безпосереднього встановлення у статуті товариства і може бути передбачене лише в приватному акціонерному товаристві, кількість акціонерів якого не перевищує 100 осіб (у публічних акціонерних товариствах його існування не передбачене).

І.Я. Бабецька визначає переважне право в корпоративних правовідносинах як можливість учасників корпоративних правовідносин пріоритетно набувати корпоративне право, передбачене законом та установчими документами [4, с. 59–60]. В.М. Кравчук під переважним правом придбання в корпоративних правовідносинах розуміє належну учасникам товариства, а у випадках, передбачених законом, самій юридичній особі правову можливість привілейованого (перед усіма третіми особами) придбання майна (акцій, часток, паїв), що відчужуються іншими учасниками [5, с. 96–97]. А.В. Смітюх визначає переважні права в корпоративних правовідносинах як передбачені законом, а у ПрАТ – також і статутом майнові корпоративні права, змістом яких є можливість набуття у власність інших корпоративних паїв (часток) у разі їх формування (емісії) корпоративним підприємством із внесенням учасником додаткового корпоративного вкладу або у разі відчуження іншим учасником чи самим корпоративним підприємством на умовах, запропонованих для третіх осіб, зі сплатою учасником ціни продажу [6, с. 506–507].

Щодо мети встановлення переважного права в корпоративних відносинах, то слід зазначити таке. А.В. Смітюх та І.Я. Бабецька вважають, що метою переважного права на придбання корпоративних паїв (часток) є забезпечення можливості збереження пропорційного розподілу паїв (часток) між учасниками у разі формування або відчуження вже сформованих паїв (часток) і, як наслідок, ступеня корпоративного контролю учасників [6, с. 504]. Л.В. Кузнецова вважає, що переважне право в корпоративних правовідносинах дозволяє не допустити появи нових учасників та внутрішньокорпоративних конфліктів; переважне право щодо придбання додаткових акцій чи часток у разі збільшення статутного капіталу попереджає розмиття належних особі акцій чи частки та їх перерозподіл у меншу сторону [7, с. 28–39]. І.С. Чупрунов вважає, що встановлення переважного права насамперед спрямоване на задоволення приватного інтересу особи в пріоритетному набутті відчужуваної частки (акцій), і лише потім на попередження появи у складі учасників контрагента [8, с. 38–39].

Таким чином, можна визначити, що мета переважного права полягає у забезпеченні впливу його носіїв на зміну складу учасників (акціонерів, членів) юридичної особи з метою недопущення внутрішньокорпоративних конфліктів. Таке право також спрямоване на забезпечення збереження пропорційного розподілу часток (акцій, паїв), однак за умови, що ним скористаються всі його носії, та пріоритетне набуття відчужуваного оборотоздатного об'єкта задля збільшення власної частки майнової участі.

Оскільки переважне право учасника (акціонера, члена) юридичної особи поширюється лише на випадки відчуження за договором купівлі-продажу частки (акцій, паю), В.В. Забровський вважає, що така модель переважного права не є ефектив-

ною, оскільки укладення будь-якого іншого правочину дозволяє обійти таке право. Відповідно, вчений вважає за необхідне поширити переважне право на всі випадки відчуження частки (акцій) [9, с. 73–74]. Однак, як справедливо зазначає Д.В. Ломакін, у разі реалізації переважного права учасника (акціонера) не повинні порушуватися права особи, пов'язані з розпорядженням своєю власністю [10, с. 407]. Інакше кажучи, необхідно забезпечити компроміс між правами та інтересами учасника-продавця та правами й інтересами решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи.

Так, за договором міни мотивом відчуження є бажання особи набути індивідуально визначене майно. У разі дарування мотив безоплатного відчуження полягає в бажанні учасника безоплатно передати належну йому частку (акції, пай) конкретній особі, з якою він зазвичай перебуває у фідучіарних стосунках (друг, член сім'ї, родич тощо). В обох випадках, з огляду на суб'єктний чи об'єктний критерій, інші учасники не зможуть надати відчужувачу те, на що він розраховує, а отже, законодавче поширення переважного права на такі випадки порушуватиме баланс інтересів та надмірно обмежуватиме право особи розпоряджатися своєю власністю. З аналогічних міркувань не вважає за можливе поширити переважне право на міну та дарування частки (акцій) також І.В. Спасибо-Фатєєва [11, с. 191–193]. Щодо ризику обходу переважного права учасників (акціонерів, членів) юридичної особи Н.С. Бутрин та В.М. Кравчук, з якими ми погоджуємося, зазначають, що забезпечення інтересів учасників (акціонерів) шляхом обмеження права особи розпоряджатися часткою (акціями) у відмінний від купівлі-продажу спосіб повинне здійснюватися шляхом встановлення такого обмеження у статуті [12, с. 143; 5, с. 188]. У такий спосіб за особою зберігається можливість задовільнити власні інтереси у разі відчуження (отримати індивідуально визначене майно, безоплатно відчужити конкретній особі тощо). Наприклад, якщо допустити встановлення переважного права у статуті щодо договорів міни чи дарування, то решта учасників (акціонерів, членів) зможуть лише викупити частку (акції), що, з огляду на специфіку таких договорів, призведе до відчуження майна на небажаних для власника умовах, практично всупереч його інтересам – баланс інтересів буде безумовно порушено. Така модель переважного права, наприклад, встановлена в абз. 2 п. 2(d) ст. 107 Закону Іспанії «Про бізнес корпорації»: у разі безоплатного відчуження частки допускається її викуп носієм переважного права за ціною, визначеною аудитором [13]. Можливість такого обмеження прямо передбачена ч. 1 ст. 21 ЗУ «Про ТОВ». Аналогічна норма повинна бути передбачена в ЗУ «Про АТ» стосовно акціонерів ПрАТ шляхом внесення відповідних змін (станом на сьогодні така норма відсутня – Г.Ю.).

Переважне право повинне поширюватися лише на договори купівлі-продажу і не порушуватися в разі відчуження частки (акцій, паю) за іншими договорами, де решта учасників (акціонерів) не можуть надати те саме, що й покупець, або ж замінити собою особу покупця – за договорами міни, дарування тощо. Переважне право також не застосовується, якщо: 1) це передбачено корпоративним договором, стороною якого є учасник (ч. 8 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ»); 2) має місце правонаступництво чи спадкування (ч. 3 ст. 23 ЗУ «Про ТОВ»; ч. 7 ст. 7 ЗУ «Про АТ»); 3) продаж частки здійснюється на аукціоні (публічних торгах) (ч. 7 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ»). В усіх цих

випадках перехід прав на частку (акції, пай) до набувача не порушує переважне право учасника (акціонера, члена) юридичної особи. Вищенаведене свідчить про відсутність системного та узгодженого регулювання переважного права в юридичних особах корпоративного типу, а отже, до вищенаведених актів слід внести зміни або ж врегулювати таке питання на рівні єдиного законодавчого акта (наприклад, Цивільного кодексу України). Переважне право купівлі-продажу також не буде порушено, якщо його носій голосував на зборах за включення нового учасника до складу товариства. Верховний Суд у Постанові від 31.01.2021 у справі № 923/875/19 визнав такі дії відмовою носія переважного права від його здійснення [14].

Переходячи безпосередньо до аналізу та дослідження особливостей захисту переважного права учасника (акціонера, члена) юридичної особи в разі його порушення, варто зазначити, що чинне законодавство передбачає можливість використання двох способів захисту: 1) переведення прав та обов'язків покупця (ч. 5 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ»; ч. 5 ст. 7 ЗУ «Про АТ»); 2) визнання вчиненого правочину недійсним (у зв'язку з порушенням ч. 1 ст. 203 ЦК України).

Принагідно зазначимо, що визнання правочину недійсним певною мірою здатне захистити порушене переважне право, оскільки, застосувавши реституцію, третя особа позбавляється можливості набути майно (або ж уже набутого майна), тоді як продавець, який бажає відчужити частку (акції, пай), змушений буде в майбутньому укласти договір купівлі-продажу з дотриманням переважних прав. В.М. Кравчук виділяє переваги такого способу захисту порушеного переважного права: 1) судовим рішенням не порушуються права та інтереси інших акціонерів, а тому їх не треба залучати до участі у справі (аналіз цього аспекту буде нами здійснено дещо згодом); 2) не виникає проблеми судового розподілу акцій між кількома акціонерами-позивачами [5, с. 109]. Однак у цього способу захисту є кілька суттєвих недоліків. *По-перше*, якщо особа вже встигла набути у власність частку (акції, пай) та стати учасником (акціонером, членом) юридичної особи, то у разі визнання укладеного з нею договору купівлі-продажу недійсним створюється ризик оспорюваності рішень юридичної особи, в яких брала участь така особа. *По-друге*, як справедливо зазначають І.Я. Бабецька та О.В. Кологойда, попри наявність підстави визнання договору купівлі-продажу акцій недійсним (за ч. 1 ст. 203 ЦК України), такий спосіб захисту повертає сторони в попереднє становище та не захищає і не відновлює порушене переважне право (не призводить до набуття позивачем неправомірно відчуженої частки, акцій чи паю – прим. Г.Ю.) [4, с. 169; 15, с. 103–104]. Таким чином, уваги заслуговує дослідження переведення прав та обов'язків як способу захисту переважного права.

Варто зазначити, що в науці прийнято розглядати дві моделі реалізації такого способу захисту – *транслативну* та *конститутивну*. У разі транслативної моделі переведення прав та обов'язків покупця за договором купівлі-продажу, укладеного з порушенням переважного права, розуміється як спосіб захисту, пов'язаний зі зміною суб'єктного складу правовідношення за дійсним договором – статус покупця набуває особа, чиє переважне право було порушено. Ця ж точка зору втілена у Постанові Верховного Суду від 07.09.2021 року в справі № 911/106/20 [16]. Транслативна

модель переведення прав та обов'язків покупця спирається на дійсність договірною правовідношення, в якому повинна відбутися зміна суб'єкта на стороні покупця. Так, Д.В. Ломакін та В.І. Крат справедливо зазначають, що переведення прав та обов'язків покупця не може відбуватися за договором купівлі-продажу, який припинився його належним виконанням чи з інших причин [10, с. 413; 17].

І.С. Чупрунов, досліджуючи переведення прав та обов'язків покупця частки (акцій, паю), виділяє такі недоліки транслативної моделі: 1) переведення прав та обов'язків покупця шляхом зміни суб'єкта правовідношення неможливе у разі виконаного договору купівлі-продажу чи припинення правовідношення; 2) якщо виконання договору купівлі-продажу здійснювалося неналежним чином, то на носія переважного права переводитиметься й «обов'язок зі сплати неустойки за прострочення» (з огляду на сингулярне правонаступництво – *прим. Г.Ю.*); 3) переведення прав та обов'язків за транслативною моделлю неможливе, якщо реалізація переважного права, відповідно до статуту, здійснюється за заздалегідь обумовленою ціною [8, с. 103–115]. Так, наприклад, ч. 2 ст. 7 ЗУ «Про АТ» та ч. 6 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ» передбачено, що статутом може встановлюватися інший порядок реалізації переважного права (в тому числі шляхом встановлення заздалегідь обумовленої ціни); 4) продавець та покупець можуть спробувати припинити договір купівлі-продажу до моменту задоволення позову, в тому числі, наприклад, обумовити припинення договору у разі звернення з позовом носія переважного права [8, с. 112]. Наприклад, ст. 2146 Цивільного кодексу Чехії та ст. 465 Німецького цивільного уложення встановлюють, що подібні скасовувальні умови не мають юридичної сили щодо особи, яка реалізує своє переважне право [18; 19].

З огляду на вищенаведене вчений пропонує розглядати переведення прав та обов'язків покупця через «конститутивну модель» – не зміна суб'єкта в правовідношенні, а встановлення нового правовідношення між праволодільцем та продавцем частки (акцій, паю) на умовах договору, який було укладено з порушенням переважного права (якщо інше не визначено статутом) [8, с. 116]. Така модель дозволяє подолати вищенаведені недоліки, втім не є надто ефективною в разі виконання договору купівлі-продажу та набуття покупцем частки (акцій, паю) у власність. Зокрема, допоки продавець не буде повернений у статус власника відчуженого об'єкта, встановлювати з ним договірне правовідношення не має сенсу. Повернення у статус власника, зокрема, може бути здійснено шляхом визнання договору між продавцем та третьою особою недійсним на підставі його невідповідності чинному законодавству та застосування реституції. Наведене, своєю чергою, буде неодмінно пов'язане з оспорюваністю рішень, які приймалися за участю такого учасника, що може негативно позначитися на діяльності юридичної особи. Окрім цього, у випадку з акціонерним товариством до депозитарної системи вноситимуться зміни щодо особи власника двічі лише для того, щоб забезпечити життєздатність дещо хиткої моделі захисту переважного права.

І.С. Чупрунов окремо від договору купівлі-продажу з продавцем виділяє правомочність праволодільца втребувати частку (акції, пай) третьої особи [8, с. 118]. Інакше кажучи, вчений визнає, що захист переважного права в разі набуття покупцем майна у власність здійснюється не через переведення прав та обов'язків шляхом

встановлення правовідношення між продавцем та носієм переважного права, а через витребування майна від третьої особи (поза відносинами з відчужувачем). Подібний підхід більше нагадує захист через примусовий викуп, використання якого відстоюють Д.В. Ломакін та К.І. Скловський [10, с. 415; 20, с. 31–32]. Така ж модель передбачена § 4-23 Закону Норвегії «Про приватні акціонерні товариства» [21]. Таке відсудження в покупця його частки (акцій, паю) за позовом третьої особи за своєю суттю є різновидом евікції. Втім, на відміну від евікції, передбаченої ст. 661 ЦК України, в такому разі вилучення поєднане з обов'язком покупця здійснити оплату майна, а продавець відповідає за збитки, завдані покупцеві, лише в тій частині, в якій вони не покриті ціною викупу. Такий обов'язок продавця, згідно з ч. 1 ст. 661 ЦК України, виникає у разі, якщо покупець доведе, що не знав або не міг знати про наявність підстав для вилучення (відсудження) в нього частки (акцій, паю).

Зазначимо, що продавець у разі неповідомлення решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи про намір продати свою частку (акції, пай) порушує переважні права кожного з них. При цьому, як зазначає В.М. Кравчук, звернутися до суду за захистом акціонери можуть у різні проміжки часу, і навіть позовної давності в три місяці досить, аби позов одного акціонера було задоволено, тоді як інший лише звернеться з позовом до суду [5, с. 104]. Оскільки такий позивач лише захистив своє переважне право, то набуття ним в результаті реалізації способу захисту частки (акцій, паю) не є незаконним чи протиправним – воно не порушує переважні права решти учасників (акціонерів, членів), а отже, відсутні підстави для звернення до нього з позовом та подальшого позбавлення права власності. Наведена проблема присутня в усіх юридичних особах корпоративного типу, де існує оборотоздатна частка майнової участі та переважне право учасників щодо її набуття в разі продажу.

Згідно з ч. 3 ст. 7 ЗУ «Про АТ» та ч. 2 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ» передбачено, що реалізація переважного права здійснюється пропорційно розміру частки (пакета акцій) особи. Зрозуміло, що якщо з позовом про переведення прав та обов'язків покупця (за конститутивною моделлю) чи з евікційним позовом звернуться кілька учасників (акціонерів, членів) юридичної особи, то задоволення їхніх вимог буде також здійснюватися за пропорційним принципом. К.К. Лебедев вважає, що пропорційність у такому разі повинна визначатися через можливість позивача набути тільки ту частину частки (акцій), яка є пропорційною до частки (акцій) учасника (акціонера) [22, с. 37]. З одного боку, за таких умов учасники (акціонери, члени), які звернуться з позовом до суду пізніше, мають можливість захистити свої переважні права. Однак, з іншого боку, варто погодитися з І.Я. Бабецькою та Н.А. Сліпенчук, що такий підхід обмежує учасників (акціонерів) у праві викупити всю запропоновану третій особі частку (акції) та в такий спосіб не допустити її входження до товариства, саме для чого і призначене переважне право [4, с. 165–166; 23, с. 121]. Більше того, реалізація переважного права щодо частини оборотоздатного об'єкта може призвести до того, що володілець переважного права здатен повністю порушити плани учасника (акціонера, члена) юридичної особи відчужити належний йому оборотоздатний об'єкт (покупець не буде зацікавлений в іншому обсязі частки, акцій чи паю), чим непропорційно обмежує його право на розпорядження своєю часткою (акціями, паєм) та виступає своєрідним бар'єром для відчуження [8, с. 192–193].

У цьому сенсі звертаємо увагу на те, що в ч. 3 ст. 7 ЗУ «Про АТ» законодавець вживає «пропорційність» щодо реалізації переважного права, не проводячи розмежування між реалізацією такого права однією особою чи групою осіб. Натомість, згідно з ч. 2 ст. 20 ЗУ «Про ТОВ», законодавець таке розмежування проводить, прямо зазначаючи, що принцип пропорційності застосовується лише за умови реалізації переважного права кількома учасниками товариства, що, безсумнівно, є більш правильним підходом. Таким чином, переведення прав та обов'язків/евікція (викуп) частки (акцій, паю), проданих з порушенням переважного права, здійснюється на пропорційній основі лише у разі множинності осіб, які вирішили звернутися до суду за захистом.

З метою забезпечення захисту прав інших акціонерів товариства (зокрема тих, які можуть звернутися з позовом до суду пізніше) п. 4.26 Постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України від 25.02.2016 року № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» передбачено обов'язок судів залучати решту акціонерів як третіх осіб, що не заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору [24]. На нашу ж думку, до такої моделі правового регулювання варто поставитися критично, поширивши щодо решти юридичних осіб корпоративного типу.

По-перше, учасники (акціонери, члени) могли відмовитися від реалізації свого переважного права (всі або частина з них), або ж, якщо їм не було відомо про факт порушення переважного права, не бути зацікавленими в набутті частки (акцій) пропорційно розміру своєї частки майнової участі шляхом звернення до суду з відповідним позовом. Суду про такі обставини невідомо, а тому залучення всіх учасників (акціонерів) видається в цій частині дещо неправильним підходом.

По-друге, залучення решти учасників (акціонерів) як третіх осіб, що не заявляють самостійних вимог, згідно зі ст. 50 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), здійснюється тоді, коли рішення у справі може вплинути на їхні права або обов'язки щодо однієї зі сторін [25]. Тобто рішення суду безпосередньо їх не стосується. Приймаючи рішення, суд переведе права та обов'язки покупця на позивача або задовільнить вимогу останнього щодо викупу частки, акцій чи паю, з огляду на що переважне право інших учасників (акціонерів, членів) уже не зможе бути захищеним, оскільки воно не поширюється на набуття часток, акцій чи паїв іншими членами (акціонерами, членами) – відсутнє порушення переважного права як таке з боку особи, яка отримала судовий захист. Таким чином, захист порушених переважних прав можливий лише, якщо решта учасників (акціонерів, членів) юридичної особи змінять свій процесуальний статус на третіх осіб, що заявляють самостійні вимоги, або ж співпозивачів, підставою для чого є те, що переважні права решти учасників (акціонерів) виникли з однієї підстави – набуття участі в юридичній особі. При цьому чинним процесуальним законодавством, згідно зі ст. 47–48 ГПК України, не передбачена можливість вступу співпозивачів у справу після відкриття провадження у справі. Наведене підтверджується, наприклад, Постановою Верховного Суду від 01.10.2018 року в справі № 924/1022/17 [26].

Відповідно, подальша необхідність зміни процесуального статусу свідчить про те, що дійсна функція «залучення решти учасників (акціонерів, членів)

юридичних осіб як третіх осіб, що не заявляють самостійних вимог» полягає в повідомленні таких осіб про подачу позову та, відповідно, порушення переважних прав, на основі чого останніми приймається рішення про їхній статус у справі. Таким чином, ми пропонуємо зосередитися саме на необхідності повідомлення решти учасників (акціонерів, членів) про звернення з позовом щодо переведення прав та обов'язків покупця/викуп частки (акцій, паю).

Варто зазначити, що ст. 164 ГПК України передбачено обов'язок з повідомлення учасників справи до відкриття провадження. Водночас треті особи не є учасниками справи на етапі подання позовної заяви згідно зі ст. 49–50 ГПК України, треті особи стають учасниками справи лише в разі вступу або залучення до справи на підставі ухвали суду, і лише після їх залучення чи вступу у позивача виникає обов'язок з повідомлення (ст. 172 ГПК України). Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 43 ГПК України на позивача покладається обов'язок з повідомлення суду про осіб, які мають бути залучені до справи, однак сама модель залучення решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи не є надто ефективною, а отже, такий обов'язок підлягає переосмисленню.

Існування обов'язку з інформування решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи корпоративного типу зумовлене їх необхідністю вирішити питання доцільності вступу в справу в тому чи іншому статусі, а також своєчасності звернення з позовом до суду (як у разі з порушенням переважних прав). Окрім цього, обов'язок інформування виконуватиме превентивну функцію щодо зловживання правом на захист, коли акціонер, який звернувся з позовом, цілеспрямовано приховав цей факт від інших з метою одноосібного заволодіння протиправно відчуженою часткою (акціями, паями) в разі задоволення його позову. З цією метою виконання обов'язку з повідомлення решти акціонерів повинне зумовлювати можливість відкриття провадження у справі шляхом внесення змін до ст. 174 ГПК України.

Якщо звернутися до іноземного досвіду, то ч. 2 ст. 225.4 Арбітражного процесуального кодексу РФ таке питання вирішено шляхом покладення на суд обов'язку з повідомлення юридичної особи про прийняття позову у корпоративному спорі – повідомлення учасників здійснює юридична особа [27]. При цьому сам суд, згідно з ч. 1 ст. 225.4, розміщує відповідну інформацію у себе на сайті – така модель не забезпечує своєчасну поінформованість учасників (акціонерів, членів) юридичної особи, оскільки вони не володіють інформацією про порушення їхніх переважних прав, а отже, їм не мають підстав перевіряти інформацію на сайті. Аналогічно п. 8 ч. 1 ст. 165 Цивільного процесуального кодексу Казахстану покладає на суд обов'язок з інформування всіх осіб, що можуть бути зацікавлені в результаті судового розгляду справи [28] (такими «заінтересованими» особами можуть вважатися й решта учасників, акціонерів, членів – Г.Ю.).

Є.І. Вялих, виходячи з необхідності отримання судом інформації про склад учасників (акціонерів, членів) юридичної особи, пропонує, аби такий обов'язок покладался на юридичну особу [29, с. 136]. Аналогічну позицію займає І.Я. Бабецька, пропонуючи встановити триденний строк повідомлення решти учасників (акціонерів, членів) юридичною особою та 30-денний строк для їх вступу як третіх осіб, що заявляють самостійні вимоги (з моменту отримання повідомлення) [4, с. 166–167].

В.М. Кравчук пропонує передбачити модель, за якою суд після відкриття провадження у справі витребує реєстр акціонерів у реєстратора та зобов'язує останнього повідомити всіх акціонерів про пред'явлення позову [5, с. 108].

На нашу думку, пропозиції кожного вченого є дещо недосконалими – у разі повідомлення акціонерів реєстратором чи юридичною особою порушуватиметься своєчасність розгляду справи: спочатку необхідно повідомити самого суб'єкта здійснення обов'язку з повідомлення, а потім адресатів повідомлення – при цьому такі дії відбуватимуться вже під час відкритого провадження, а отже, порушуватиметься процесуальна економія. Серед іншого, матиме місце попередження результатів зловживання правом на захист, тоді як більш бажаним станом правового регулювання є попередження (превенція) здійснення самого зловживання. Окрім цього, здійснення повідомлення (часові та фінансові витрати) покладаються на будь-яку іншу особу, окрім тієї, чие недобросовісне звернення з позовом може позбавити решту учасників (акціонерів, членів) юридичної особи можливості захистити своє переважне право.

Аналогічним чином покладення виконання цього обов'язку на суд, на нашу думку, є неоднозначним рішенням.

По-перше, саме здійснення повідомлення передбачатиме додаткове навантаження та часові затрати для суду, що залежно від способу (поштою чи електронним листом) перешкоджатиме процесуальній економії більшою чи меншою мірою (зокрема, в акціонерних товариствах, з огляду на кількість можливих адресатів).

По-друге, аби суд зміг здійснити повідомлення, йому доведеться отримати інформацію про склад учасників юридичної особи. Процедура залучення решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи як третіх осіб без самостійних вимог є неефективною, а тому потрібно буде замінити обов'язок повідомлення суду про третіх осіб, яких потрібно залучити, на обов'язок позивача повідомити суд про решту учасників (акціонерів, членів). Таке повідомлення буде необхідним, оскільки хоч відомості про учасників та членів юридичних осіб (окрім акціонерів в акціонерних товариствах) є у вільному доступі в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (далі – Єдиний державний реєстр), втім останній містить відомості щодо поштової, а не електронної адреси, внаслідок чого суд змушений буде здійснювати повідомлення поштою, чим порушуватиметься процесуальна економія. Навіть якщо передбачити обов'язковість електронної адреси серед відомостей Єдиного державного реєстру (що передбачено Проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання електронних адрес»), то, наприклад, стикаємося з проблемою в частині акціонерних товариств [30]. Так, відомості депозитарної системи (в тому числі поштова чи електронна адреса акціонерів – Г.Ю.), згідно зі ст. 24 «Про депозитарну систему», є конфіденційною інформацією, у вільному доступі, згідно зі ст. 133 ЗУ «Про ринки капіталу», перебуває інформація про власників 5 та більше відсотків акцій [31; 32]. Відповідно, суд не має доступу до інформації про власників 5 та менше відсотків акцій. Більше того, така інформація, згідно з «Порядком звітування депозитарними установами до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку», оновлюється лише на щоквартальній основі,

а тому може бути неактуальною щодо всіх акціонерів на день подання позову [33]. Тобто суду доведеться звертатися до депозитарної установи або ж отримувати ці відомості від акціонера, аби виконати обов'язок з повідомлення. За таких умов якщо без обов'язку акціонера зібрати та надати необхідну інформацію не обійтися, то чи не доцільніше самому акціонеру здійснювати повідомлення решти власників акцій?

По-третє, що не менш важливо, саме позивач у разі своєї недобросовісності під час звернення з позовом до суду може створити загрозу позбавлення можливості інших учасників (акціонерів, членів) юридичної особи захистити порушені переважні права – за таких умов покладення обов'язку з повідомлення на будь-яких інших осіб є сумнівним.

З огляду на вищенаведене вважаємо, що саме на позивача, а не будь-яку іншу особу, слід покласти обов'язок з повідомлення решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи. З метою попередження зловживань та порушень у разі виконання обов'язку з повідомлення учасників та членів юридичних осіб (окрім акціонерів) останнє повинне здійснюватися рекомендованим листом з описом вкладення. Для акціонерних товариств, якщо інше не передбачено статутом, повідомлення повинне здійснюватися через депозитарну систему. Згідно з п. 3 Розділу II «Порядку направлення повідомлень акціонерам через депозитарну систему», таке повідомлення здійснюватиметься шляхом: 1) направлення повідомлень акціонерам на електронну пошту; 2) направлення повідомлень акціонерам на мобільний телефон [34]. Такий спосіб повідомлення краще відповідає потребам часу, забезпечує оперативність самого повідомлення, а також здійснюється професійним суб'єктом, з огляду на що суттєво знижує ризики та зловживання щодо здійснення повідомлення позивачем у вищенаведені способи. Відомості про здійснення повідомлення через депозитарну установу, згідно з а. 2 п. 7 Порядку, відображаються в журналі депозитарних операцій, витяг з якого слугуватиме підтвердженням виконання обов'язку з повідомлення акціонерів.

Зазначимо, що у разі переведення прав та обов'язків покупця частки законодавець у пп. 1 п. 4 Прикінцевих та Перехідних положень ЗУ «Про ТОВ» передбачив обов'язок позивача внести на депозитний рахунок суду суму, за якою відчужується частка. Наведена норма спрямована забезпечити: 1) превенцію зловживанню правом на захист; 2) забезпечення отримання покупцем за договором сплаченої ним грошової суми або ж продавцем вартості відчужуваного об'єкта; 3) швидке та ефективне виконання судового рішення. Так, Верховний Суд у Постанові від 01.07.2021 у справі № 917/549/20 зазначив, що запровадження такого механізму спрямоване також на захист прав первісного покупця [35].

Водночас якщо ч. 4 ст. 362 ЦК передбачає внесення грошей на депозитний рахунок у сумі, яку повинен сплатити покупець, то в ЗУ «Про ТОВ» підхід дещо інший – сума повинна дорівнювати тій, що покупець уже сплатив. При цьому невнесення грошей на депозитний рахунок суду, згідно з пп. 2 п. 4 Прикінцевих та Перехідних положень ЗУ «Про ТОВ», є підставою для залишення позову без розгляду. Таке положення законодавства можна тлумачити двома шляхами.

Перший спосіб тлумачення – внесення депозиту на рахунок суду є обов'язковою умовою переведення прав та обов'язків покупця. В такому разі вказівка на «внесення суми, яку сплатив покупець» позбавляє позивача можливості виконати свій обов'язок із внесення грошей на депозитний рахунок та отримати захист свого переважного права у випадках, коли договір укладено, однак оплата вартості частки ще не здійснена.

Другий спосіб тлумачення – внесення депозиту на рахунок суду є *обов'язковим лише в разі оплати покупцем вартості частки* і не має місце у випадку її нездійснення. Однак за такого тлумачення створюються умови для зловживання правом на захист, на попередження чого насамперед і спрямований обов'язок із внесення коштів на депозитний рахунок.

На нашу думку, найбільш раціональним вирішенням цього питання є встановлення обов'язку позивача внести на рахунок суду депозит у сумі, яку *сплатив або повинен сплатити покупець*.

Важливо також визначити момент, коли позивач повинен внести грошові кошти на депозитний рахунок суду. Так, пп. 1 п. 4 Прикінцевих та Перехідних положень ЗУ «Про ТОВ» передбачено, що розмір грошових коштів, які підлягають внесенню на депозитний рахунок суду, визначаються ухвалою суду. З наведеного можна зробити висновок, що законодавець не пов'язує виконання такого обов'язку з моментом подання позовної заяви. Наведене дозволяє В.М. Кравчуку та Т.В. Шеметі стверджувати, що внесення грошових коштів на депозитний рахунок суду може бути відстрочено до моменту встановлення всіх учасників ТОВ чи ТДВ, які бажають захистити переважне право [5, с. 108; 36, с. 141–142]. Однак законодавець не уточнює, про яку саме ухвалу йдеться: це може бути й ухвала про відкриття провадження у справі, а також не враховує строк для вступу у справу решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи. Так, І.Я. Бабецька пропонує визначити момент винесення такої ухвали судом моментом закінчення строку для вступу в справу [4, с. 167–168].

Щодо самого строку для вступу в справу за позовом про переведення прав та обов'язків, то вченими висловлювалися різні пропозиції. Т.М. Шемета пропонує надати решті учасників (акціонерів, членів) юридичної особи 2-місячний строк для вступу в справу [35, с. 140]. Своєю чергою І.Я. Бабецька вважає, що повідомлені учасники (акціонери) повинні мати можливість вступити у справу протягом 30 днів [4, с. 166–167]. На нашу думку, слід погодитися з І.Я. Бабецькою та запровадити 30-денний строк для вступу решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи у справу за позовом про переведення прав та обов'язків покупця. Такий строк зумовлений тим, що ці особи безпосередньо повідомлятимуться про поданий позов – вони не будуть зобов'язані самостійно виявляти факт порушення своїх переважних прав, а отже, їм не потребують такого тривалого строку для вступу в справу.

Водночас варто звернути увагу на той факт, що договором купівлі-продажу може бути передбачена розстрочка чи відстрочка платежу. В таких умовах, якщо на позивача покладати обов'язок з внесення на депозитний рахунок усієї суми за договором купівлі-продажу, останній набуватиме частку, акції чи пай на гірших умовах, ніж покупець. І.В. Чупрунов пропонує надати позивачеві можливість

здійснити оплату з розстрочкою, якщо він надасть забезпечення на відповідну суму за договором [8, с. 96]. Така модель, наприклад, передбачена ст. 468 Німецького цивільного уложення в частині надання позивачеві права відстрочки платежу. Втім звертаємо увагу на той факт, що автор обмежується наданням за договором позивачу права розстрочення платежу, а німецький законодавець – правом відстрочення платежу. Водночас обидві можливості – здійснити платіж із відстрочкою та в розстрочку – повинні бути надані позивачу для захисту переважного права, яке порушено укладенням договору купівлі-продажу, за яким покупець має такі права. Можливість праволодільця здійснити оплату в розстрочку чи з відстрочкою, тобто на умовах договору, укладеного з порушенням його переважного права, передбачена ч. 2 ст. 2148 ЦК Чехії.

Варто зауважити, що внесення грошей на депозитний рахунок у сумі, що дорівнює ціні за договором купівлі-продажу, також є різновидом забезпечення. Наслідком недотриманням обов'язку зі здійснення цього забезпечення є залишення позову без розгляду. Оскільки позивач бажає отримати право відстрочки чи розстрочки платежу за договором у зв'язку з неможливістю здійснити оплату найближчим часом, не слід ставити можливість задоволення позову в такому разі у залежність від внесення депозиту. Таким чином, якщо переважне право порушено укладенням договору купівлі-продажу з відстрочкою чи розстрочкою платежу, слід безпосередньо виключити поширення на такого позивача положення законодавства, яке такий обов'язок встановлює. Натомість такий позивач повинен надати інше забезпечення, наприклад, у вигляді поруки, гарантії, застави наявного майна тощо.

Висновки. Переважне право учасника (акціонера, члена) юридичної особи, як нами було доведено раніше, повинне поширюватися лише на випадки відчуження частки (акцій, паю) за договором купівлі-продажу. Захист порушеного переважного права, залежно від того, чи набув покупець у власність частку (акції, пай), здійснюється через позов про переведення прав та обов'язків покупця (за конститутивною моделлю) або ж через викуп як різновид евікції. Застосування критерію пропорційності розміру частки (акцій, паю) повинне здійснюватися лише за наявності декількох позивачів. Обов'язок із внесення депозиту на рахунок суду повинен поширюватися як на позов про переведення прав та обов'язків, так і позов про витребування (евікцію) частки, акцій чи паю. Такий обов'язок не повинен поширюватися на позивача, який бажає перевести права та обов'язки за договором, відповідно до якого покупець мав право розстрочки чи відстрочки платежу – такий позивач повинен надати інше забезпечення (гарантію, заставу, поруку тощо). З метою забезпечення права решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи корпоративного типу захистити свої переважні права найбільш ефективною моделлю є покладення обов'язку на позивача здійснити повідомлення таких осіб про подання позову. Решті учасників (акціонерів, членів) юридичної особи корпоративного типу пропонується надати 30-денний строк для вступу в справу.

Література

1. Про товариства з обмеженою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. Дата оновлення: 06.10.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 11.11.2021).
2. Цивільний кодекс : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Дата оновлення: 28.10.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 11.11.2021).
3. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. Дата оновлення: 06.10.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення: 11.11.2021).
4. Бабецька І. Я. Здійснення та захист переважних прав у корпоративних правовідносинах : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. 218 с.
5. Кравчук В. М. Припинення корпоративних відносин у господарських товариствах : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.03. Львів, 2009. 430 с.
6. Смітюх А. В. Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові аспекти : монографія. Одеса : Фенікс, 2018. 662 с.
7. Глушкова Е. А. Преимущественные права по российскому гражданскому праву: проблемы теории и правоприменительной практики : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Москва, 2016. 222 с.
8. Чупрунов И. С. Преимущественное право покупки доли (акций) : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Москва, 2021. 303 с.
9. Забровський В. В. Права природа акцій та процедура їх конвертації в Україні та Російській Федерації : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. 222 с.
10. Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения как составная часть системы гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.03. Москва, 2009. 514 с.
11. Спасибо-Фатеева І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.03. Харків, 2000. 415 с.
12. Бутрин Н. С. Правочин як підстава виникнення та припинення корпоративних прав : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. 207 с.
13. Про бізнес-корпорації : Закон Іспанії в редакції від 2015 року. URL: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Corporate_Enterprises_Act_2015_-_Ley_de_Sociedades_de_Capital.PDF (дата звернення: 11.11.2021).
14. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 31.03.2021 року в справі № 923/875/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96145751?fbclid=IwAR00wcyACaa4WuQrp_VheftyROp1R_Gr_CCqW2P1IMhGn7HQrDTJ4I-05pA (дата звернення: 11.11.2021).
15. Кологойда О. В. Судова практика в спорах, пов'язаних із захистом переважних прав акціонерів на придбання акцій. *Господарське судочинство. Судова практика в господарських справах*. 2015. С. 100–113.
16. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 07.09.2021 року в справі № 911/106/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99543987>
17. Крат В. И. Отдельные аспекты соотношения перевода прав и обязанностей по договору и признания сделки недействительной. *Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 91-й річниці з дня народження В.П. Маслова* (м. Харків, 15 лют. 2013 р.). Харків, 2013, с. 124–128.
18. Німецьке цивільне уложення : Закон Німеччини в редакції від 10.08.2021 року. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата звернення: 11.11.2021).
19. Цивільний кодекс : Закон Чехії в редакції від 01.07.2021 року. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89> (дата звернення: 11.11.2021).
20. Складовский К. И. Применение законодательства о собственности. Трудные вопросы: Комментарий Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г., Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153. Москва : Статут, 2016. 205 с.
21. Про публічні акціонерні товариства : Закон Норвегії в редакції від 05.08.2021 року. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-06-13-45> (дата звернення: 11.11.2021).
22. Лебедев К. К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально-процессуально-правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждением бездокументарных ценных бумаг). Москва : Волтерс Клувер, 2007. 167 с.
23. Сліпенчук Н. А. Цивільно-правові способи захисту корпоративних прав : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. 212 с.

24. Постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України від 25.02.2016 року № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text>

25. Господарський процесуальний кодекс : Закон України від 06.11.1991 року № 1798-XII. Дата оновлення: 05.08.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 11.11.2021).

26. Постанова Верховного Суду від 01.10.2018 року в справі № 924/1022/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77850681>

27. Арбітражний процесуальний кодекс : Федеральний Закон Російської Федерації від 24.07.2002 року № 95-ФЗ. Дата оновлення: 22.07.2021 року. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/ (дата звернення: 11.11.2021).

28. Цивільний процесуальний кодекс : Закон Казахстану від 31.10.2015 року № 377-V. Дата оновлення: 01.07.2021 року. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053 (дата звернення: 11.11.2021).

29. Вялых Е. И. Процессуальные особенности рассмотрения корпоративных споров в Российской Федерации : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.15. Воронеж, 2018. 251 с.

30. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання електронних адрес : Проект Закону України, зареєстрований № 3860-д від 07.06.2021 року. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72166 (дата звернення: 11.11.2021).

31. Про депозитарну систему : Закон України від 06.07.2012 № 5178-VI. Дата оновлення: 05.08.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5178-17#Text> (дата звернення: 11.11.2021).

32. Про ринки капіталу та організовані товарні ринки : Закон України 23.02.2006 № 3480-IV. Дата оновлення: 05.08.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text> (дата звернення: 11.11.2021).

33. Положення про порядок звітування депозитарними установами до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку : Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 992 від 11.06.2013. Дата оновлення: 06.04.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1126-13#Text> (дата звернення: 11.11.2021).

34. Щодо порядку направлення повідомлень та інформації через депозитарну систему України : Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 148 від 07.03.2017. Дата оновлення: 13.08.2021 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0408-17#Text> (дата звернення: 11.11.2021).

35. Постанова Верховного Суду України у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 01.07.2021 року в справі № 917/549/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98083116>.

36. Шемета Т. М. Перехід частки учасника у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю : дис. ... доктор. філософії : 081. Вінниця, 2020. 260 с.

Анотація

Смірнов Г. Ю. Захист переважного права суб'єктів корпоративних правовідносин: питання вдосконалення правового регулювання. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню поняття переважного права в корпоративних відносинах. Автор розглянуто дві моделі переважного права – широку (поширюється на всі випадки відчуження частки, акцій, паю) та вузьку (поширюється лише на випадки відчуження частки, акцій, паю за договором купівлі-продажу). Саме вузька модель дозволяє досягнути балансу між правами та інтересами особи, що здійснює відчуження, та правами й інтересами решти учасників (акціонерів, членів) юридичної особи корпоративного типу.

У межах цієї статті підкреслено ефективність переведення прав та обов'язків покупця як способу захисту переважного права порівняно з визнанням договору недійсним. Проаналізовано дві моделі переведення прав та обов'язків покупця – конститутивну (встановлення договірної правовідносини) та транслативну (зміна договірної правовідносини). Автор дійшов висновку, що захист переважного права повинен бути диференційованим: якщо договір купівлі-продажу ще не виконано, то захист переважного права здійснюється через переведення прав та обов'язків покупця за конститутивною моделлю. Якщо ж договір виконано, а майно набуто у власність покупцем – переважне право захищається через примусовий викуп як різновид евікції.

Переважне право особи захищається через можливість особи вимагати переведення прав та обов'язків покупця чи викупу стосовно всієї частки (пакета акцій, паю), що є предметом продажу.

Критерій пропорційності застосовується лише, якщо декілька осіб реалізують своє право на захист. Якщо договором передбачено право відстрочки чи розстрочки платежу, таке право повинен набувати й позивач (позивачі).

Забезпечення реалізації права на захист тих учасників (акціонерів, членів), які можуть виявити порушення переважних прав пізніше за позивача, пропонується здійснювати через покладення на останнього обов'язку з їх повідомлення.

Автором запропоновано вдосконалену модель превенції зловживанню правом на захист та дотримання прав покупця. Обов'язок з внесення депозиту повинен відбуватися в розмірі як сплаченої суми, так і суми, що підлягає сплаті за частку (акції, пай). Таке забезпечення замінюється іншим (заставою, порукою, гарантією), якщо за договором передбачено право розстрочки чи відстрочки платежу.

Ключові слова: переважне право, викуп (евікція), частка (акції, пай), переведення прав та обов'язків, пропорційність, депозитний рахунок, конститутивна модель, транслативна модель.

Summary

Smirnov H. Yu. Protection of the preemptive right of the subjects of corporate legal relations: the issue of improving the legal regulation. – Article.

The article is devoted to the study of the concept of preemptive right in corporate legal relationships. The author considers two models of preemptive right – broad (applies to all cases of alienation of shares of authorized capital, stocks and participatory share) and narrow (applies only to cases of alienation of shares of authorized capital, stocks and participatory share under the sale and purchase agreement). It is the narrow model that allows to achieve a balance between the rights and interests of the person carrying out the alienation and the rights and interests of other participants (shareholders, members) of the corporate legal entity.

This article emphasizes the effectiveness of the transfer of rights and obligations of the buyer as the remedy for preemptive right, compared to the invalidation of the contract. Two models of transfer of rights and obligations of the buyer are analyzed – constitutive (establishment of a contractual relationship) and translational (change of a contractual relationship). The author came to the conclusion that the protection of the preemptive right should be differentiated – if the sale and purchase agreement has not yet been executed, the protection of the preemptive right is carried out through the transfer of rights and obligations of the buyer according to the constitutional model. If the contract is fulfilled, and the property is acquired by the buyer – the preemptive right is protected through compulsory redemption as a type of eviction.

The preemptive right of a person is protected through the possibility of a person to demand the transfer of rights and obligations of the buyer or redemption in respect of the entire share (block of shares, units) that is the subject of sale. The criterion of proportionality applies only if several persons exercise their right to protection. If the contract provides for the right to defer the payment of payment in installments – this right must also be acquired by the plaintiff (plaintiffs).

Ensuring the exercise of the right to protection of those participants (shareholders, members) who may find a violation of preemptive rights later than the plaintiff is proposed to carry out by imposing on the latter the obligation to notify them.

The author proposes an improved model of prevention of abuse of the right to protection and observance of the rights of the buyer. The obligation to make a deposit must be made in the amount of both the amount paid or the amount payable for the share of the authorized capital (stocks and participatory share). This security is to be replaced by another (pledge, surety, guarantee), if the contract provides for the right to installment or defer payment.

Key words: preemptive right, redemption (eviction), share in authorized capital (stocks and participatory share), transfer of rights and obligations, proportionality, deposit account, constitutive model, translative model.

УДК 340.142:316.647.82:378(477)
DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3269>

І. О. Соколова, А. Ю. Філіппова

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО БУЛІНГУ В ОСВІТНІХ ЗАКЛАДАХ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Натепер проблема булінгу є актуальною у всьому світі. Важко знайти людей, які б хоч раз у житті не ставали учасниками булінгу. Про це свідчать статистичні дані. Так, дослідженням ЮНІСЕФ за 2017 рік встановлено: 67% дітей в Україні віком від 11 до 17 років стикалися з проблемою булінгу; 24% дітей стали жертвами булінгу; 48% дітей нікому не розповідали про випадки булінгу; 44% школярів були спостерігачами булінгу, але ігнорували його, бо їм було страшно за себе; більшість дітей булять за те, що вони виглядають, говорять, думають не так, як інші діти. Кожна друга дитина віком від 13 до 15 років – приблизно 150 мільйонів дітей у світі – повідомляють, що зазнавали насильства з боку однолітків у школах або поблизу школи. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ), Україна посідає четверте місце серед країн Європи за рівнем прояву булінгу серед дітей. Укрінформ повідомляє, що станом на 16.02.2021 р. близько 70% дітей в Україні стикаються з булінгом [7].

19.01.2019 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії булінгу (цькуванню)», яким було закріплено адміністративну відповідальність за здійснення булінгу, а також визначено поняття «булінг», його ознаки та права й обов'язки відповідальних осіб у разі прояву дій, які можна ідентифікувати як булінг. З цього часу судові органи почали активну роботу над відповідними справами та виносити рішення щодо них. Актуальність дослідження проблематики булінгу у правовій науці зумовлена наявністю справ, пов'язаних з булінгом. Аналіз цих справ дасть можливість надалі сформулювати конкретні пропозиції, спрямовані на мінімізацію такого явища, як булінг, надати пропозиції щодо підвищення ефективності заходів протидії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед фахівців, які досліджували булінг, можна виділити таких як: С. Поляруш, Н. Прібиткова, А. Губко, О. Корміло, А. Король, Л. Лушпай, Т. Алексеєнко, О. Барліт, В. Олійник та інші, їхні роботи мають загальнотеоретичний характер. Проблеми насильства у навчальних закладах та запобігання йому в українській адміністративно-правовій науці досліджували С. Черноп'ятов, О. Іваній, Ю. Левченко, Б. Логвиненко, О. Мельничук, Т. Лежнева, Р. Опацький, Н. Опольська та інші.

Мета статті полягає в аналізі теоретичного та практичного погляду на явище булінг (цькування), дослідження судових справ, пов'язаних з булінгом в освітньому середовищі.

Виклад основного матеріалу дослідження. Про булінг як проблему відомо ще з XVI століття. Булінг (*bullying*, від англ. *bully* – хуліган, забіяка) (цькування) – це діяння (дії або бездіяльність) учасників освітнього процесу, які полягають

у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що вчиняються стосовно малолітньої чи неповнолітньої особи та (або) такою особою стосовно інших учасників освітнього процесу, внаслідок чого могла бути чи була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого.

Одним із перших почав вивчати проблему булінгу скандинавський учений Девід Ольвеус, ще у 70-х рр. досліджуючи це явище серед хлопчиків. Він розумів булінг як умисну, систематично повторювану та агресивну поведінку, що включає нерівність соціальної влади або фізичної сили [1]. Д. Ольвеус та його колега Н. Голованова розглядають такі форми цькування, як: вербальне, сексуальне, фізичне насильство, знущання за допомогою брехні або брехливих чуток про жертву; агресії: відбирання грошей або інших речей, їх псування; загрози або примушення виконувати будь-які дії; расистський булінг; сексуальний булінг і ін. Вирізняють ще різні ступені насильства, кожен з яких може завдавати шкоди психічному чи фізичному здоров'ю, соціальному становищу, матеріальним та нематеріальним інтересам або порушити права жертви. Н. Голованова зазначає, що булінг видозмінюється, з технічним прогресом набуває нових форм, але залишає свою основну суть – домінування та приниження людини. У середовищі неповнолітніх булінг виявляється через різні акти фізичного або психологічного насильства та утисків, пережитих дітьми, з боку інших дітей. Це можуть бути: систематичні глузування, що відображають якісь особливості зовнішнього вигляду або особистості потерпілих; псування їхніх особистих речей, заштовхування під парту, вимагання грошей; відверті знущання, що принижують почуття людської гідності.

З точки зору Л. Кішлі існують такі ознаки булінгу: емоційне приниження, що включає вербальні і невербальні способи вираження; продовження емоційно образливої і принизливої поведінки впродовж тривалого періоду; непривітна і недовірлива поведінка; втручання в приватне життя людини; погіршення психологічного і фізичного стану людини, на яку спрямована агресія; намір завдати шкоду іншій людині, що дозволяє чи сприяє, щоб ця людина пережила травмуючі події; агресор займає вище становище, ніж його жертва, і, відповідно, дозволяє собі дії, що принижують гідність і завдають моральної або фізичної шкоди іншій людині [6].

На думку А. Король, усі дії, які утворюють булінг, попри їх різноманіття, мають спільні риси: 1) дисбаланс влади, тобто кривдник та жертва обов'язково різні за соціальним статусом, фізичною чи психологічною адаптованістю до середовища, різної статі, раси, релігії, сексуальної орієнтації тощо; 2) намір нашкодити, тобто кривдник навмисно викликає емоційний або фізичний біль у потерпілого, насолоджується спостерігаючи; 3) погроза подальшої агресії, тобто кривдник і жертва розуміють, що це не перший і не останній випадок знущання.

Ці риси частково враховані і в Законі України «Про освіту», де зазначено такі типові ознаки булінгу (цькування), як: систематичність (повторюваність) діяння; наявність сторін – кривдник (булер), потерпілий (жертва булінгу), спостерігачі (за наявності); дії або бездіяльність кривдника, наслідком яких є заподіяння психічної та/або фізичної шкоди, приниження, страх, тривога, підпорядкування потерпілого інтересам кривдника, та/або спричинення соціальної ізоляції потерпілого [3].

Соціальну природу булінгу можна розглядати крізь призму причин цього явища, більшість яких має соціальний характер: наявність у суспільстві фактично неконтрольованої пропаганди насильства та жорстокості; відсутність реальних дій, спрямованих на підвищення матеріального добробуту сімей; незадовільний стан роботи з підвищення рівня правової культури громадян; відсутність всебічної пропаганди ідей ненасильницького співіснування тощо.

Говорячи про світовий досвід із розв'язання цього питання, варто відзначити, що однією з перших країн, де про проблему булінгу почали говорити на національному та законодавчому рівнях, стала Швеція. Тут, окрім законів, що захищають жертв цькування, впроваджено закріплену в законодавстві системну профілактичну роботу, яку здійснюють державні установи та некомерційні організації, на кшталт "Friends". Найефективнішою антибулінговою програмою визнано норвезьку загальнонаціональну програму Д. Ольвеуса, результати багатолітнього моніторингу якої продемонстрували свою дієвість – вона на 30–50% знижує кількість інцидентів, пов'язаних з цькуванням. Одночасно знижуються й показники антисоціальної поведінки, включаючи пияцтво, крадіжки, вандалізм тощо, а також покращується загальний клімат у школах. Така програма засновується на принципах, що передбачають створення теплого та позитивного шкільного (в ідеалі – і домашнього) середовища, та ставить акцент не на покаранні, а на заохоченні до мирного співіснування з твердими рамками й обмеженнями неприйнятної поведінки.

Поруч зі Швецією і Канада офіційно визнала проблему булінгу і почала розробку відповідного законодавства (Хартія безпечних шкіл) щодо протидії цьому негативному явищу. 30.11.2011 р. Уряд провінції Онтаріо прийняв Закон «Про навчальні заклади» ("The Accepting Schools Act"), щоб створити «режим» обізнаності про знущання в школах, організувати навчання з питань запобігання та протидії булінгу. Здобули поширення в друкованих виданнях та засобах масової інформації матеріали про самогубства канадських учнів Джеймі Хаблі з Оттави і Мітчелла Уїлсона з Пікерінга, які стали каталізатором до прийняття нового законодавства.

Виявивши ситуацію не лише відкритого цькування однолітків, а й збройних нападів і вбивств у освітніх закладах, американські законодавці рушили шляхом видання в окремих штатах спеціальних законів про боротьбу з булінгом та агресією в школі. У результаті на сьогодні всі штати США мають відповідні правові акти. Джорджія стала першим штатом, який прийняв такий закон ще в 1999 році (1999 Georgia Laws, HB 84, Chap. 282 (OCGA § 20-2-751.4 and OCGA § 20-2-751.5)) [23], а Монтана – останнім, який відповідний закон прийняв у квітні 2015 року (Bully-Free Montana Act – HB 0284). До речі, останній правовий акт лише визначає поняття «знущання (цькування)», але не містить розгорнутих вимог щодо шкільної політики у напрямі запобігання булінгу.

У США 2018 року стартувала спеціалізована платформа "stopbullying.gov", що деталізує всі види булінгу, які зараз набувають поширення (залежно від релігії, раси, сексуальної орієнтації, обмежених фізичних можливостей, кібербулінг тощо), і методи протидії їм. Уряд США переконаний, якщо булінг має дискримінаційну спрямованість, пов'язану з расою, національністю, статтю, релігією жертви,

навчальні заклади, які фінансуються з федерального бюджету, зобов'язані розглядати питання про залякування (harassment) як порушення цивільних прав особи.

Ч. 1 ст. 16 Конвенції про права дитини передбачає, що жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання у здійснення її права на особисте та сімейне життя, недоторканність житла, таємницю кореспонденції або незаконного посягання на її честь і гідність. Згідно зі ст. 52 Конституції України, діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза шлюбом. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом.

В Україні на державному рівні визнали проблему булінгу (цькування) шляхом прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії булінгу (цькуванню)». Незважаючи на те, що ця проблема не нова, такої ідеї в нашому правовому полі не було до 2019 року. Цей Закон визнав той факт, що проблема полягає не лише у соціально-педагогічному, психологічному явищі, а й у тому, що булінг є формою насильства. Відповідно до цього закону поняттям «булінг» доповнено пункт 3 статті 1 Закону України «Про освіту». Крім вищезазначених типових ознак булінгу, законодавчо закріплена наявність сторін – кривдник (булер), потерпілий (жертва булінгу), спостерігачі (за наявності); дії або бездіяльність кривдника, наслідком яких є заподіяння психічної або фізичної шкоди, приниження, страх, тривога, підпорядкування потерпілого інтересам кривдника або соціальна ізоляція потерпілого.

Кодекс України про адміністративні правопорушення було доповнено ст. 173-4, де визначено, що булінг (цькування) як діяння учасників освітнього процесу, які полягають у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що вчиняються стосовно малолітньої чи неповнолітньої особи або такою особою стосовно інших учасників освітнього процесу, внаслідок чого могла бути чи була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого [8].

Як адміністративний проступок булінг проявляється у діях чи бездіяльності кривдника, наслідком яких є заподіяння психологічної або фізичної шкоди, приниження, страх, тривога, підкорення потерпілого інтересам кривдника або соціальна ізоляція потерпілого. За вчинення такого адміністративного проступку передбачено притягнення до адміністративної відповідальності у вигляді накладення штрафу від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від двадцяти до шістдесяти годин, залежно від тяжкості вчинення проступку [8].

Підстави притягнення до відповідальності за булінг: протиправність, винність, адміністративна караність та суспільна небезпечність. Протиправність виявляється у забороні вчинення дій учасників освітнього процесу, які передбачені статтею 173-4 КУпАП, а саме фізичного, економічного, психологічного, сексуального насильства. Винність у діях чи бездіяльності полягає у вчиненні булінгу навмисно чи з необережності. Наслідком булінгу є адміністративна караність, яка виявлена у застосуванні до винної особи стягнення у вигляді накладення штрафу від п'ятдесяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян

або громадські роботи на строк від двадцяти до шістдесяти годин, залежно від тяжкості вчинення проступку.

Через те, що Кримінальним кодексом України все ще не передбачена відповідальність за вчинення булінгу, у випадках, коли він має фізичний характер і завдає шкоди здоров'ю людини, тобто виходить за межі визначення адміністративного проступку і має ознаки злочину, до кривдника застосовуються стаття 120 «Доведення до самогубства», стаття 121 «Умисне тяжке тілесне ушкодження», стаття 122 «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження», стаття 125 «Умисне легке тілесне ушкодження».

За статистичними даними Національної поліції України, упродовж 2020 року за фактами булінгу (ст. 173-4 КУпАП – Булінг (цькування) учасника освітнього процесу) працівниками поліції складено 253 протоколи про адміністративне правопорушення. На профілактичний облік за фактами вчинення булінгу поставлено 25 осіб (дані станом на 12.03.2021). За даними Єдиного державного реєстру судових рішень, станом на 13.05.2021 р. суди розглянули більше ніж 900 справ про булінг, винесені відповідні ухвали та постанови.

Формами судових рішень виступає: ухвала суду – письмове або усне судове рішення, яким вирішуються питання, що пов'язані з процедурами розгляду справ, та постановова – письмове судове рішення, в якому справа вирішується по суті. Вони виступають безпосереднім предметом нашого дослідження.

Так, Постанова Жовтневого районного суду м. Харкова від 15.04.2020 (справа № 639/1214/20) визначає таку фабулу справи, яка впливає із протоколу про адміністративне правопорушення серії АПР18 471171 від 20.02.2020 р. Зокрема, вчитель математики з травня 2018 року по 25.12.2019 року в приміщенні школи під час уроків математики систематично вчиняв психологічне насилля стосовно учня 7-2 класу, у зв'язку з чим батьком дитини останню було переведено до іншого навчального закладу. Своїми діями вчитель порушив вимоги ч. 1 ст. 173-4 КУпАП.

У судовому засіданні батько потерпілого повідомив, що з травня 2018 року стосовно його сина вчиняються дії, що мають ознаки «Булінгу». Дії мають тривалий характер та нанесли шкоду психічному здоров'ю його сина. В травні 2018 року він став свідком неконтрольованої агресії з боку вчителя математики, яка супроводжувалась принизливими висловлюваннями стосовно його сина, зробивши при цьому зауваження, що йому слід бути більш стриманим у своїх емоціях. Однак замість вибачень це викликало низку неадекватних дій з боку вчителя. З цього моменту починається повільне і методичне отруєння життя дитини, яке тривало протягом 2019–2020 навчального року.

У зв'язку з вищевикладеним батько просив притягнути вчителя до адміністративної відповідальності та визнати винним за ч. 1 ст. 173-4 КУпАП.

Винуватість учителя у діях, передбачених ч. 1 ст. 173-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення, підтверджується дослідженими у судовому засіданні доказами, зокрема: довідкою про результати розгляду матеріалу ЖЄО № 23266 від 26.12.2019 року за заявою; заявою від 25.11.2019 року, яка адресована директору закладу; аудіозаписом з уроків за участю порушника; розшифровкою файлу аудіо-запису; письмовими поясненнями потерпілого; письмовими поясненнями свідків.

Суд дійшов висновку, що обвинувачений справді вчинив діяння, передбачені ч. 1 ст. 173-4 КУпАП, що тягне за собою накладення адміністративного стягнення, яке виразилося в діянні учасників освітнього процесу, які полягали у психологічному насильстві стосовно неповнолітньої особи, внаслідок чого була заподіяна шкода психічному здоров'ю потерпілого.

Згідно із зазначеним вище протоколом про адміністративне правопорушення, правопорушення, яке інкриміноване вчителю, вчинене останнім у період з травня 2018 року по 25.12.2019 року, тобто на час розгляду адміністративного матеріалу судом (15.04.2020 року) строки притягнення до адміністративної відповідальності вже сплинули.

Відповідно до п. 7 ст. 247 Кодексу України про адміністративні правопорушення провадження у справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю в разі закінчення на момент розгляду справи строків, передбачених КУпАП. Згідно з ч. 2 КУпАП, якщо справи про адміністративні правопорушення підвідомчі суду (судді), стягнення може бути накладено не пізніше як через три місяці з дня вчинення правопорушення.

Закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення з підстав закінчення строків, передбачених ст. 38 КУпАП, можливе лише за умови встановлення факту вчинення особою протиправної дії чи бездіяльності, що підпадають під визначені законом ознаки адміністративного правопорушення.

Керуючись ст. 38, 173-4 ч. 1, 247 п. 7, 283–285 Кодексу України про адміністративні правопорушення, суд постановив: визнати винуватим учителя у вчиненні правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 173-4 КУпАП. Провадження у справі про адміністративне правопорушення закрити у зв'язку із закінченням строків накладення адміністративного стягнення. Сплив строку давності можна вважати проблемою, з якою стикаються у великій кількості судових справ, пов'язаних з діями, які кваліфікуються як булінг, вирішенням якої можуть стати відповідні зміни в чинному законодавстві, яке регулює це питання.

Звернемося до наступного судового рішення. Так, постанова Краматорського суду Донецької області 19.02.2019 р. (справа № 234/2837/19) визначає, що, згідно з протоколом про адміністративне правопорушення від 06.02.2019 р. серії ГП № 232422, особа ухилялась від виконання передбачених ст. 150 СК України обов'язків щодо виховання доньки, внаслідок чого остання 31.01.2019 року вчинила дії, передбачені ст. 173-4 КУпАП. Таким чином, особа вчинила адміністративне правопорушення, передбачене ч. 13 ст. 184 КУпАП.

Ця справа є яскравим прикладом неправильної кваліфікації вчинюваних дій. Так, як і у наведеному прикладі, досить часто поліцейські кваліфікують дії за ч. 3 ст. 184 КУпАП (невиконання батьками або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей), хоча правильною кваліфікацією є ч. 3 або 4 ст. 173-4 КУпАП (булінг (цькування) учасника освітнього процесу). Деякі суди також неправильно кваліфікують дії батьків, діти яких вчинили булінг.

У разі вчинення булінгу малолітніми або неповнолітніми особами віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років необхідно кваліфікувати дії за спеціальною нормою статті 173-4 КУпАП [8], а не загальною, передбаченою

статтею 184 КУпАП [8], про що прямо вказано в Законі. Зокрема, спеціальним суб'єктом у частинах 3 та 4 статті 173-4 КУпАП є батьки або особи, які їх замінюють, чії малолітні або неповнолітні діти віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років вчинили булінг.

Досить нетиповою є судова справа про вчинення булінгу малолітньою особою не лише щодо інших дітей, а й щодо вчителя. Наприклад, постанова Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області 15.06.2021 р. (справа №182/2610/21) за протоколом про адміністративне правопорушення серії ВАБ № 490153 від 19 квітня 2021 року. Малолітній учень протягом 2020 та 2021 навчального року на території школи вчинив булінг (цькування) стосовно малолітніх однокласників та вчителів навчального закладу, яке виразилось у психологічному та фізичному насильстві, а саме систематичних образах, штовханні, нецензурних висловлюваннях та жестах, внаслідок чого могло бути завдано шкоду психічному та фізичному здоров'ю потерпілих. За цих обставин адміністративну відповідальність за скоєне малолітнім учнем несе його мати [11].

Протокол про адміністративне правопорушення за такою справою не може бути визнаний належним доказом у цій справі в розумінні статті 251 КУпАП, оскільки в ньому не зазначено, які саме насильницькі дії були вчинені малолітнім стосовно потерпілих. Також у ньому вказано, що потерпілим (малолітнім однокласникам та вчителям навчального закладу) могла бути заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю, але зовсім не конкретизовано потерпілих у справі. Крім того, протокол не містить час/дату виявлення інкримінованого діяння, а лише вказано період вчинення правопорушення, справа надійшла до суду пізніше, тобто до закінчення вказаного в протоколі періоду.

Як бачимо, саме через відсутність фактів вчинення малолітнім учнем булінгу (цькування) притягнення його матері до адміністративної відповідальності за таке правопорушення виключається.

Підсумовуючи, необхідно вказати на те, що існує проблема неправильного складання протоколів щодо булінгу. Її можна легко подолати, якщо більш уважно та професійно здійснювати провадження у справах про адміністративне правопорушення, передбачене статтею 173-4 КУпАП.

Схожа фабула справи визначена і постановою Жовтводського міського суду Дніпропетровської області 12.07.2021 р. (справа № 176/1146/21), відповідно до протоколу про адміністративне правопорушення від 06.05.2021 серії ВАБ № 489088, що складений стосовно учня 1 за ч. 3 ст. 173-4 КУпАП, згідно з яким 14.04.2021 року в період з 12:00 по 12:50 під час освітнього процесу, а саме онлайн-уроку на платформі "Google classroom", учень 7-го класу КЗЗСО № 12 систематично вчиняв психологічне насильство стосовно вчителя української мови, що виразилось в ображанні її нецензурною лайкою, внаслідок чого була завдана шкода психологічному і фізичному здоров'ю [12].

У судовому засіданні звинувачений свою вину у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 173-4 КУпАП, не визнав, суду пояснив, що його підопічний онук запевняє його, що вищезазначеного він не вчиняв, а це зробив хтось інший із однокласників, хто саме він не знає.

Вчитель суду пояснила, що 14 квітня 2021 року вона проводила онлайн-урок із учнями 7-го класу на відповідній платформі. Під час уроку, коли вона увімкнула презентацію, вона почула фразу «я мусульманин», хто саме її промовив вона не знає. Потім на екрані почали з'являтися картинки з написами у нецензурній формі і все це супроводжувалося піснями з нецензурною лексикою. Про те, що урок їй зірвав саме цей учень, їй стало відомо від батьків інших учнів класу, які були присутні під час уроку разом з дітьми. Однозначно сказати, що цю подію організував саме він, вона не може. Відеозапис онлайн-уроку, на жаль, не зберігся.

Варто зазначити, що не кожен конфлікт є булінгом. Цькування – це тривалі, повторювані дії, а одинична конфліктна ситуація між учасниками таким не може вважатися.

Так, у протоколі про адміністративне правопорушення суть адміністративного правопорушення викладена у загальному порядку, без конкретизації об'єктивних ознак складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 173-4 КУпАП. Зокрема, не зазначено, чи мало діяння систематичний характер, якщо так, то в який період часу, з конкретною вказівкою на час кожної події, які наслідки викликали насильницькі дії у потерпілого та чи були вони взагалі.

Матеріали справи про адміністративне правопорушення також не містять доказів, які б переконливо вказували на вчинення малолітнім дій, зазначених у протоколі про адміністративне правопорушення та диспозицією ч. 3 ст. 173-4 КУпАП. Справу закрито через відсутність складу правопорушення.

Ще одним цікавим прикладом можна розглянути Постанову Бучацького районного суду Тернопільської області 26.11.2019 р. (справа № 595/2070/19), згідно з якою 26.09.2019 р. завідувач Малозаліщицької ЗОШ І ст. не вжила заходів щодо припинення булінгу щодо малолітньої учениці 2-го класу та не повідомила уповноважені підрозділи Національної поліції України про факт булінгу в навчальному закладі, в якому вона є керівником, чим вчинила адміністративне правопорушення, передбачене ч. 5 ст. 173-4 КУпАП. Завідувач у судовому засіданні вину заперечила, пояснивши суду це тим, що їй було не відомо про факти булінгу [13].

Відповідно до зазначених обставин вина завідувача у скоєнні правопорушення підтвердилася даними, що містяться в протоколі про адміністративне правопорушення серії АПР18 № 097480 від 18.10.2019 р., та письмовими поясненнями свідків. Слід сказати, що вина завідувача підтверджується письмовими поясненнями потерпілої дитини, з яких вбачається, що щодо її онуки систематично вчинявся булінг, про що вона повідомляла класного керівника та завідувача школи, однак заходів для його припинення вжито не було. У зв'язку з цим вона була змушена перевести дитину до іншої школи.

Твердження завідувачки про те, що їй не було відомо про випадок булінгу, суд оцінив критично, оскільки спростовується показами свідка та іншими матеріалами справи.

За цих обставин суд вважає, що в діях завідувача містяться ознаки адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 5 ст. 173-4 КУпАП, а саме неповідомлення керівником закладу освіти уповноважених підрозділів органів Національної поліції України про випадки булінгу (цькування) учасника освітнього процесу.

Суд постановив визнати винною завідувача Малозаліщицької ЗОШ І ст. у скоєнні правопорушення, передбаченого ч. 5 ст.173-4 КУпАП, та накласти на неї адміністративне стягнення у вигляді штрафу в розмірі 75 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 1275 (одну тисячу двісті сімдесят п'ять) грн. Ця судова справа дає змогу зазначити, що судові органи досить категорично та критично налаштовані щодо відповідальних за освітній процес.

Висновки. Нині Україна, як і багато інших держав світу, перебуває на початковому етапі становлення антибулінгової стратегії. Держава вже почала вдаватися до реформ шляхом прийняття низки відповідних законодавчих новел стосовно булінгу. Це зумовлено активним розвитком цього негативного явища, збільшення небезпеки, негативних наслідків його впливу для психологічного, соціального розвитку дітей та підлітків. У результаті тривалого насилля дитина може отримати глибоку психологічну травму, яка в майбутньому перешкоджатиме нормальному розвитку особистості. Не отримуючи підтримки у ситуаціях насильства, діти, що постраждали, можуть завдати собі шкоди, зокрема, доводячи себе до самогубства.

Провівши аналіз судових справ, пов'язаних із вчиненням булінгу, можна зробити певні висновки. Так, нині спостерігається відсутність одного критерію для вирішення справ, в яких склад адміністративного правопорушення є однаковим або дуже подібним. На нашу думку, це зумовлено тим, що юридична відповідальність за вчинення булінгу – нові епізоди у сучасній юриспруденції. Це визнає складність винесення уніфікованих постанов. Нині відсутнє чітке розуміння сутності булінгу, його характерних ознак. Через це на практиці досить складно ідентифікувати булінг як під час судового розгляду, так і на стадії складання протоколу про адміністративне правопорушення.

Явище булінгу ще не знайшло достатньої об'єктивізації в кримінально-правовій науці. На наш погляд, для правильного регулювання випадків булінгу, в яких простежується перехід до агресивних дій (завдання шкоди здоров'ю людини), що носять злочинний характер, слід говорити про наявну криміногенну ситуацію, за якої діяння кваліфікується як злочин, доречно буде запровадити кримінально-правову відповідальність, позаяк такі дії виходять за межі визначення адміністративного проступку, і має ознаки злочину.

Ми вважаємо, що необхідне створення нового дієвого правового механізму протидії явищу булінгу, яке вимагає врахування зарубіжного досвіду, адже досліджувана проблема не має кордонів і постає навіть перед соціально благополучними країнами.

Отже, для науки права явище булінгу було й досі залишається одним з інноваційних та потребує ґрунтовних досліджень як з теоретичного, так і з практичного погляду, доповнення та оновлення чинного законодавства відповідно до нововиявлених фактів.

Література

1. Аверьянов А. И. Школьный буллинг в воспоминаниях студентов МГПИ. *Современные проблемы и пути их решения в науке, транспорте, производстве и образовании* : материалы междунар. научн.-практ. конф. Вып. 4. Т. 15. Одесса, 2011.
2. Лушпай Л. І. Шкільний булінг як різновид суспільної агресії. *Наукові записки Нац. ун-ту «Острозька академія». Серія: Філологічна*. 2013. Вип. 33. С. 85. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nznuoaf_2013_33_28.pdf

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії булінгу (цькуванню) : Закон України від 18.12.2018 № 2657-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2019 № 5, ст. 33.
4. Олійник В. О. Характеристика сучасних форм та видів жорстокої поведінки учнів основної школи. *Sciences of Europe*. 2017. № 11(11). С. 37–41.
5. Падучак О. Булінг – стоп! Аналіз першого року реалізації Закону щодо протидії булінгу. *Юридична газета online*. 2020. № 1(707). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/buling-stop-analiz-pershogo-roku-realizaciyi-zakonu-shchodo-protidii-bulingu.html>
6. Randall P. *Bullying in Adulthood: Assessing the Bullies and Their Victims*. Florence, KY, USA : Brunner-Routledge, 2001. URL: <http://site.ebrary.com/lib/bckharkiv/Doc?id=10053591>
7. UNICEF in Ukraine. URL: <https://www.unicef.org/ukraine>
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 року № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
9. Постанова Жовтневого районного суду м. Харкова від 15.04.2020 р. Справа № 639/1214/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua>
10. Постанова Краматорського суду Донецької області 19.02.2019 р. Справа № 234/2837/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua>
11. Постанова Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області 15.06.2021 р. Справа № 182/2610/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua>
12. Постанова Жовтневого суду Миколаївської області 06.03.2020 р. Справа № 477/49/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua>
13. Постанова Бучацького районного суду Тернопільської області 26.11.2019 р. Справа № 595/2070/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua>

Анотація

Соколова І. О., Філіппова А. Ю. Аналіз судової практики щодо булінгу в освітніх закладах України. – Стаття.

У статті проаналізовано п'ять судових справ щодо вчинення булінгу (цькування) в освітньому середовищі в Україні. Підкреслюється, що така серйозна проблема, як булінг, у всьому світі існує досить давно. Україна, як і більшість зарубіжних країн, перебуває на початковому етапі становлення антибулінгової протидії.

Визначено поняття та основні ознаки, риси та соціальну природу булінгу, його характеристику з точки зору чинного законодавства та наукових досліджень вітчизняних та зарубіжних науковців. Проаналізована практика деяких країн світу щодо протидії явищу булінгу.

Наголошується, що натепер в Україні спостерігається відсутність одного критерію для вирішення справ, в яких склад адміністративного правопорушення є однаковим або дуже подібним. Складність винесення уніфікованих постанов зумовлена тим, що явище булінгу для сучасної юриспруденції є досить новим.

З'ясовано, що нині відсутнє чітке розуміння сутності булінгу, його характерних ознак. Через це на практиці досить складно ідентифікувати булінг як під час складання протоколу про адміністративне правопорушення, так і судового розгляду.

Встановлено, що в кримінально-правовій науці явище булінгу не має об'єктивізації. Дії, у яких простежується перехід до агресивних дій (завдання шкоди здоров'ю людини), виходять за межі визначення адміністративного проступку і мають ознаки злочину. У такому разі має місце запровадження окремої кримінально-правової відповідальності за вчинені дії.

Зауважується, що необхідне створення дієвого правового механізму протидії явищу булінгу, яке має ґрунтуватися на досвіді інших країн світу, адже досліджувана нами проблема не має кордонів.

Ключові слова: булінг, освітній процес, судові рішення, постанови, адміністративна відповідальність, адміністративний проступок.

Summary

Sokolova I. O., Filippova A. Yu. Analysis of judicial practice on bullying in educational institutions of Ukraine. – Article.

The article analyzes five court cases related to bullying (harassment) in the educational environment in Ukraine. It is emphasized that the problem is as serious as bullying, it has existed all over the world for a long time. Ukraine, like most foreign countries, is at the beginning of the formation of anti-bullying counteraction.

The concept and main features, features and social nature of bullying, its characteristics in terms of current legislation and research of domestic and foreign scientists are defined. The practice of some countries of the world to counteract the phenomenon of bullying is analyzed.

It is emphasized that today in Ukraine there is no single criterion for resolving cases in which the composition of an administrative offense is the same or very similar. The difficulty of issuing unified regulations is due to the fact that the phenomenon of bullying for modern jurisprudence is quite new.

It was found that there is currently no clear understanding of the essence of bullying, its characteristics. Because of this in practice it is quite difficult to identify bullying as when drawing up a report on an administrative offense and a trial.

It has been established that the phenomenon of bullying has no objectification in criminal law science. Actions that trace the transition to aggressive actions (harm to human health) go beyond the definition of an administrative offense and have the characteristics of a crime. In this case, there is an introduction of a separate criminal liability for the acts committed.

It is noted that it is necessary to create an effective legal mechanism to combat the phenomenon of bullying, which should be based on the experience of other countries, because the problem we are studying has no borders.

Key words: bullying, educational process, court decisions, resolutions, administrative responsibility, administrative misconduct.

УДК 343.412

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3270>*Ю. В. Сподарик*

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Події 2013–2014 років та загалом неналежне забезпечення свободи слова в Україні останніми роками зумовили необхідність посилення кримінальної відповідальності за порушення прав журналістів. Так, 14 травня 2015 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів». Останнім доповнено кримінальний закон ст. 345-1 КК України – погроза або насильство щодо журналіста, ст. 347-1 КК України – умисне знищення або пошкодження майна журналіста, ст. 348-1 КК України – посягання на життя журналіста, ст. 349-1 КК України – захоплення журналіста як заручника. Окрім цього, ст. 375 КК України «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» доповнено кваліфікуючою ознакою «з метою перешкодження законній професійній діяльності журналіста», а ст. 163 КК України «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер» доповнено кваліфікуючою ознакою «вчинення кримінально-протиправного посягання стосовно журналіста». Однак поява спеціальних норм щодо посилення захисту життя, здоров'я та власності журналістів за наявності загальної норми про перешкодження законній професійній діяльності журналістів призвела до певних проблем у кваліфікації, які з огляду на відсутність у положеннях КК України правил кваліфікації повинні бути вирішені принаймні на теоретичному рівні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам кримінально-правового захисту журналістів присвятили свої праці такі вчені, як П.С. Берзін, Р.В. Вереша, О.І. Готін, І.О. Зінченко, О.В. Красильнікова, С.Я. Лихова, В.І. Павликівський, Є.О. Письменський та ін.

Метою статті є визначення сучасних проблем кваліфікації правопорушень, що посягають на діяльність журналістів, а також встановлення можливих варіантів їх вирішення.

Виклад основних положень. Натепер найбільш відоме визначення кваліфікації кримінального правопорушення належить В.М. Кудрявцеву, який визначає її як встановлення і юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння і ознаками складу кримінального правопорушення, передбаченого кримінально-правовою нормою [1, с. 7–8]. Кваліфікація кримінальних правопорушень є підставою для призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання, застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх та частково й опосередковано застосування примусових заходів медичного характеру. Це дозволяє констатувати, що кваліфікація

кримінальних правопорушень є основоположною, фундаментальною, центральною, стрижневою частиною, ядром застосування кримінального закону у слідчій та судовій практиці [2, с. 10]. У кваліфікації кримінального правопорушення знаходиться вияв принцип персональної відповідальності особи за конкретне діяння, передбачене законом. Звідси випливає, що лише правильна кваліфікація є однією з гарантій здійснення правосуддя відповідно до закону [1, с. 28].

Правильно кваліфікувати кримінальне правопорушення означає застосувати той закон, який точно відповідає вчиненому, дає правильну оцінку діям злочинця, відображає інтереси суспільства та захищає права і свободи особи. Помилка в кваліфікації може потягнути за собою не тільки неправильне призначення покарання, а й викликати у суспільства відчуття безкарності або, навпаки, жорстокості законодавця.

Як правильно зазначає В.Н. Кудрявцев, «весь процес кваліфікації складається з послідовного відмежування кожної ознаки вчиненого діяння від ознак інших, суміжних злочинів» [1, с. 126]. Кожне кримінальне правопорушення має низку загальних ознак з іншими. Проблеми у разі кваліфікації викликаються саме цією обставиною. Для того щоб правильно кваліфікувати кримінальне правопорушення, необхідно досить чітко уявляти розмежувальні лінії між ним і суміжними кримінальними правопорушеннями. Установлюючи властиві певному діянню ознаки, виключаючи ті ознаки, які йому не притаманні, поступово поглиблюючи аналіз правової норми, можна дійти до тієї сукупності ознак, які характеризують саме це діяння, відрізняючи його від інших [1, с. 126].

Для здійснення правильної кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1, ч. 2 ст. 163, ч. 2 ст. 375 КК України, що посягають на професійну діяльність журналістів, обов'язковим є, по-перше, встановлення факту, що потерпілим виступає саме журналіст, а відповідно до статті 1 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» від 23.09.1997 р. № 540/97-ВР журналіст – це творчий працівник, який професійно збирає, одержує, створює та займається підготовкою інформації для засобів масової інформації, виконує редакційно-посадові службові обов'язки у засобі масової інформації (в штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України [3]. По-друге, необхідно, щоб діяльність журналіста була законною, тобто діяльність журналістів повинна бути спрямована на реалізацію ними своїх повноважень у інформаційній сфері і здійснюватися засобами та в порядку, що передбачені законом, в іншому випадку зазначена кваліфікація за вказаними складами виключається. По-третє, слід розмежовувати такі, здавалося б, тотожні категорії, як «діяльність журналіста (професійна діяльність)» і «журналістська діяльність». Виходячи з кримінально-правового розуміння категорії «професійна діяльність» як об'єкта кримінально-правової охорони, можна дійти висновку, що якщо особа, не маючи юридично оформленого зв'язку із засобом масової інформації, інформаційним агентством або іншим суб'єктом інформаційної діяльності, що діє з метою надання інформаційних послуг, за власною ініціативою займалася журналістською діяльністю і щодо неї мало місце вчинення кримінального правопорушення у зв'язку з цією діяльністю,

то притягнення винного до кримінальної відповідальності за цими статтями (тобто, в яких одним із безпосередніх об'єктів виступає законна професійна діяльність журналістів) є порушенням правил кримінально-правової кваліфікації, оскільки жодною мовою про виконання цієї особою професійної діяльності журналіста бути не може [6, с. 45–46].

Як зазначалось вище, після внесення відповідних змін професійна діяльність журналістів в Україні почала охоронятись не однією 171 статтею КК України, а ще чотирма спеціальними, а саме 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України. Сама стаття 171 також зазнала змін. Так, у ч. 1 ст. 171 КК України законодавець встановив відповідальність за незаконне вилучення зібраних, опрацьованих, підготовлених журналістом матеріалів і технічних засобів, якими він користується у зв'язку зі своєю професійною діяльністю, незаконну відмову у доступі журналіста до інформації, незаконну заборону висвітлення окремих тем, показу окремих осіб, критики суб'єкта владних повноважень, а так само будь-яке інше умисне перешкоджання здійсненню журналістом законної професійної діяльності, а у ч. 2 ст. 171 КК України – за вплив у будь-якій формі на журналіста з метою перешкоджання виконанню ним професійних обов'язків або переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю. У ч. 3 ст. 171 КК України законодавець передбачив кваліфікуючу норму стосовно ч. 2 ст. 171 КК України, у якій йдеться про дії, передбачені частиною другою цієї статті, якщо вони були вчинені службовою особою з використанням свого службового становища або за попередньою змовою групою осіб. Отже, законодавець у ст. 171 КК України незаконний вплив на журналіста розділив залежно від спрямованості умислу та мети кримінально-протиправної діяльності.

У першій частині йдеться про спрямованість кримінально-протиправних дій на запобігання, зміну або припинення законних дій журналіста, наприклад, обмеження доступу до інформації з метою перешкоджання виходу викривальної публікації. У другій частині кримінально-протиправними визнаються дії, що виступають як помста за вже виконану журналістську діяльність, зокрема публікацію певного матеріалу. Способи незаконного впливу лежать за межами цього складу кримінального правопорушення й можуть бути різними – від умовляння, підкупу, залякування до вбивства журналіста. Аналіз судової практики дає змогу стверджувати, що здебільшого перешкоджання журналістській діяльності здійснюється шляхом пошкодження або відбирання апаратури, у меншій кількості – шляхом застосування погроз або насильства. Із наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень на 01.02.2020 р. 27 вироків за ст. 171 КК України 12 пов'язані із завданням тілесних ушкоджень журналістам [4].

До появи розглядуваних змін дії винних осіб у разі перешкоджання законній журналістській діяльності способом, що є самостійним кримінальним правопорушенням, кваліфікувалися за сукупністю кримінальних правопорушень. Наприклад, завдання легких тілесних ушкоджень з метою перешкоджання виконанню журналістом своїх обов'язків кваліфікувалось за ч. 1 ст. 171 і ст. 125 КК України [5]. Із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів»

виникають закономірні питання щодо можливості і правильності цієї кваліфікації. Ст. ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України передбачають відповідальність за різні форми незаконного впливу на журналіста у зв'язку зі здійсненням журналістом законної професійної діяльності. Законодавець наголошує на обов'язковій наявності зв'язку між кримінально-протиправними діями та журналістською діяльністю потерпілого, тому за вказаними статтями відповідальність настає як за дії, що здійснюються з метою запобігання або припинення журналістської діяльності, так і ті дії, що є помстою (переслідуванням) за вже виконані дії. Водночас визначення спрямованості й цілі кримінально-протиправних дій є обов'язковим для правильної кваліфікації за відповідною частиною ст. 171 КК України. Якщо насильство або погроза застосування насильства здійснюється з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста, дії винного потрібно кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України (залежно від характеру насильства) та ч. 1 ст. 171 КК України. У разі ж переслідування за вже виконану професійну діяльність дії винного потрібно кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених відповідно ст. ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України (залежно від характеру насильства) та ч. 2 ст. 171 КК України. Не варто забувати і про можливу кваліфікацію за ч. 3 ст. 171 КК України, яка матиме місце лише у разі скоєння кримінального правопорушення службовою особою або за попередньою змовою групою осіб. В інших ситуаціях дії винної особи кваліфікуються лише за ст. ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України [7, с. 111]. Таким чином, наявність додаткових спеціальних норм у кримінальному законі лише зумовила складніший процес кримінально-правової кваліфікації та його кількісне наповнення, що аж ніяк не свідчить про ефективні зміни у механізмі кримінально-правового захисту журналістів.

Щоб переконатись у штучно створеному ускладненому процесі кваліфікації, пропонується розглянути найбільш імовірні випадки поєднання кримінальних правопорушень проти журналістів із суміжними кримінальними правопорушеннями.

Так, до прикладу, ч. 1 ст. 345-1 КК України передбачає відповідальність за погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна журналіста, а також щодо його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку зі здійсненням ним законної професійної діяльності. При цьому у КК України існує ще декілька правових норм, що передбачають відповідальність за такі кримінальні правопорушення, як «Погроза вбивством» (ст. 129 КК України), «Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу» (ст. 345 КК України), «Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного» (ст. 377 КК України), «Погроза або насильство щодо захисника чи представника особи» (ст. 398 КК України). Тому постає цілком слушне питання про відмежування та співвідношення цих норм. У випадку зі ст. 345-1 КК України діяння містить ознаки як мінімум двох кримінально-правових норм. Але це положення свідчить про наявність не сукупності злочинів, а конкуренції кримінально-правових норм, і, на відміну від сукупності, у разі конкуренції норм вчиняється один злочин, хоча він і містить ознаки двох (або більше) кримінально-правових норм [8, с. 177]. Зокрема, вона вбачається перш за все у разі зіставлення двох правових норм, що

передбачають відповідальність за погрозу вбивством ст. 129 КК України і погрозою або насильством щодо журналіста ст. 345-1 КК України. Йдеться про такий вид конкуренції кримінальних норм, як конкуренція загальної та спеціальної норм, вона виникає у зв'язку із прагненням законодавця диференціювати кримінальну відповідальність шляхом виділення із загальної норми спеціальних норм, які передбачають або більш сувору або, навпаки, більш м'яку відповідальність порівняно із загальною нормою. У теорії кримінального права застосовується правило, згідно з яким у разі конкуренції загальної та спеціальної норм дії винного повинні кваліфікуватися за спеціальною нормою, незалежно від того, яка міра покарання передбачена в її санкції: більш м'яка чи, навпаки, більш тяжка. Стаття 129 КК України є загальною нормою, а ст. 345-1 КК України – спеціальна норма стосовно погрози вбивством, тобто за такого виду конкуренції завжди застосовується спеціальна норма. Тому кваліфікувати дії винного в цьому разі слід тільки за ст. 345-1 КК України, і додаткова кваліфікація за ст. 129 КК України за погрозу вбивством не потрібна.

Аналогічно вирішується питання з кримінально-правовою нормою, передбаченою ст. 195 КК України «Погроза знищення майна», ст. 125 КК України «Умисне легке тілесне ушкодження», ст. 122 КК України «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження», ст. 121 КК України «Умисне тяжке тілесне ушкодження», які є загальними для ч. 2, 3 ст. 345-1 КК України. Кримінальними правопорушеннями одного ряду з досліджуваною нормою є склади кримінальних правопорушень, передбачених ст. 345, 377, 398 КК України. Від кримінальних правопорушень, передбачених ст. 345-1 КК України, вони відрізняються насамперед безпосереднім об'єктом злочинного посягання. Відмежовують зазначені кримінальні правопорушення і за різного роду потерпілими. Мотиви вчинення зазначених кримінальних правопорушень є тотожними – бажання припинити певні дії потерпілого або помста за його правомірну діяльність [8, с. 178].

Доцільно зазначити, що склади кримінального правопорушення ч. 1, 2 та 3 ст. 345-1 КК України є відсильними до інших статей КК України (ст. 121, 122, 125, 345, 377, 398). Оскільки закріплені в них суспільно небезпечні діяння знаходять свою самостійну кримінально-правову оцінку в них. Кримінально-правові норми, що містяться в останніх, знаходяться у співвідношенні з нормами ст. 345-1 КК України як загальні зі спеціальними. Підставою їх розмежування є мета вчинення кримінального правопорушення, яка у разі вчинення погрози або насильства щодо журналіста виступає обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони та виражає бажання винного вплинути на законну професійну діяльність журналіста з метою перешкодження їй. За умови існування іншої мети – дії винного слід кваліфікувати як кримінальне правопорушення проти життя та здоров'я особи. Тобто сформований у межах ст. 345-1 КК України об'єкт кримінально-правової охорони охоплює виключно ті суспільні відносини, що реалізуються як законна журналістська діяльність.

Складнощі у разі кваліфікації виникають під час відмежування ст. 347-1, якою передбачено умисне знищення або пошкодження майна журналіста від інших суміжних кримінальних правопорушень. Так, до прикладу, стаття 194 КК України встановлює відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна

і тим самим є загальною стосовно 347-1 КК України. Основна відмінність між ними полягає у потерпілому, позаяк за ст. 194 КК України потерпілим може бути власник або володілець майна, а за ст. 347-1 КК України ним може виступати лише журналіст або близькі родичі чи члени сім'ї журналіста. Ще одна відмінність полягає у тому, що за ч. 1 ст. 194 КК України відповідальність настає у разі заподіяння шкоди у великих розмірах, а за ч. 2 ст. 194 КК України за шкоду в особливо великих розмірах, у ст. 347-1 КК України розмір шкоди значення не має. Однак варто зазначити, що в Особливій частині КК України є ще низка складів кримінальних правопорушень, які передбачають відповідальність за умисне знищення чи пошкодження майна незалежно від розміру заподіяної шкоди. Зокрема, йдеться про «Умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок» (ст. 352 КК України), «Умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного» (ст. 378 КК України), «Умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи» (ст. 399 КК України), «Умисне знищення або пошкодження військового майна» (ст. 411 КК України) [10]. Однак видається, що для уникнення проблем у разі кваліфікації і загалом для спрощення цього процесу варто було б законодавчо чітко визначити, який розмір шкоди потрібно визначити як ознаку простого складу кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 347 КК України), а який мав би бути шкодою, котра б вважалася «значною шкодою» і виконувала б роль кваліфікуючої ознаки цього кримінального правопорушення. Адже якщо діянням не заподіяно істотної шкоди фізичній особі у цьому разі журналісту чи його близьким родичам, то має місце малозначність діяння, а як відомо, якщо в діянні встановлені ознаки малозначності діяння, справа підлягає закриттю за відсутністю складу злочину [9]. Або простіший варіант – залишити лише ст. 194 КК України, а ст. 347-1 КК України виключити з кримінального закону.

Чимало труднощів у разі кваліфікації виникає також під час застосування ст. 348-1 КК України, яка передбачає відповідальність за посягання на життя журналіста. Під посяганням на життя журналіста у цій статті належить розуміти вбивство або замах на вбивство журналіста, його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку зі здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності [2]. Встановлення кримінальної відповідальності за таке діяння взагалі не є обґрунтованим, адже існує п. 8 ч. 2 ст. 115 Кримінального кодексу України, яким передбачено умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку [10]. Більше того, санкція статті 348-1 Кримінального кодексу України є менш суворою, ніж санкція п. 8 ч. 2 ст. 115 Кримінального кодексу України, зважаючи на її нижню межу, а в такому разі виникають сумніви в необхідності прийняття окремої норми про відповідальність за посягання на життя журналіста. Ще одним проблемним моментом у разі кваліфікації за статтею 348-1 Кримінального кодексу України є те, що ані в назві статті, ні в тексті диспозиції не вказується на форму вини злочинного діяння. І хоча системне тлумачення норми дозволяє дійти висновку про наявність лише умисної форми вини, це не виключає виникнення певних розходжень у процесі застосування зазначеної кримінально-правової норми. Не може не викликати суттєвих зауважень

факт поєднання в межах однієї статті двох самостійних стадій вчинення злочинного діяння: замаху та закінченого злочину. Бажання законодавця підсилити значення вказаної кримінально-правової норми призвело до порушень системності кримінального законодавства та нівелювання значення Загальної частини Кримінального кодексу України. Стаття 16 Кримінального кодексу України визначає, що відповідальність за замах на злочин настає за тією ж статтею Особливої частини Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за закінчений злочин. До того ж абзац 2 п. 6-1 ППВСУ вказує, що положення частин 2 і 3 ст. 68 (призначення покарання за готування і замах) не можуть бути застосовані у разі призначення покарання особі, яка віком 18 і більше років вчинила злочин, за який передбачено найбільш суворий вид покарання – довічне позбавлення волі, оскільки цей вид покарання є таким, що виключає можливість призначення його половини чи двох третин [3]. Таким чином, суд, призначаючи покарання за замах на вбивство журналіста, повинен керуватися положеннями лише санкції статті, без врахування вимог ст. 68 Кримінального кодексу України, що практично нівелює необхідність виділення замаху як окремої форми злочинного діяння. З огляду на це можна зробити висновок, що наявність ст. 348-1 КК України створює чимало проблем, а тому найправильнішим кроком було б виключити її із кримінального закону.

У разі кваліфікації за ст. 349-1 КК України, якою передбачене захоплення журналіста як заручника, варто звернути увагу на суміжне кримінальне правопорушення, передбачене ст. 147 КК України, що містить покарання за захоплення заручників. Основною відмінністю між цими кримінальними правопорушеннями є потерпілий та спеціальна мета. Адже за ст. 349-1 КК України, на відміну від ст. 147 КК України, потерпілим може виступати лише журналіст або його близькі родичі чи члени сім'ї, а спеціальною метою є спонукання до дії або відмову від неї лише одного адресата – саме цього журналіста. Крім того, термін «будь-які дії» у ст. 349-1 КК України обмежує коло таких дій лише професійною журналістською діяльністю потерпілого. У разі конкуренції загальної та спеціальної норми перевага буде на стороні спеціальної, як і у всіх попередніх випадках, однак наявність по суті «зайвого» складу лише породжує непотрібну у такому разі конкуренцію норм. У разі необхідності посилення відповідальності за захоплення як заручника певної категорії осіб законодавцю досить сконструювати кваліфікований склад злочину до вже наявної статті 147 КК України, з огляду на це можна зробити висновок про необхідність виключення спеціальної статті 349-1 КК України із Кримінального кодексу України.

Окрім запровадження спеціальних норм, Кримінальний кодекс України було доповнено кваліфікуючими ознаками у ст. ст. 163 (ч. 2) та 375 (ч. 2). Так, ст. 163 КК України «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер» доповнено такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення кримінально-протиправного посягання стосовно журналіста. А частина 2 ст. 375 КК України з останніми змінами передбачає відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста. Варто зауважити недоцільність впровадження до ч. 2 ст. 163 КК України такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення

кримінально-протиправного посягання стосовно журналіста, оскільки предметом такого кримінального правопорушення є приватні відомості, що передані чи передаються громадянами через листування або телефонні розмови й ін., а незаконне ознайомлення зі службовою кореспонденцією, телефонними розмовами, телеграфними та іншими повідомленнями журналіста та їх розголошення за наявності для того підстав повинні кваліфікуватися як перешкодження професійній діяльності журналіста за ч. 1 ст. 171 КК. Адже у такому разі відбувається необґрунтоване надання переваги одним правам над конституційними правами інших осіб [6, с. 139].

Доповнення ж до ч. 2 ст. 375 КК України викликані останніми тенденціями у сфері перешкодження законній професійній діяльності журналістів. Буденним явищем останніх років є використання судових органів у боротьбі зі ЗМІ, забороні публікацій певного змісту або примус до спростування інформації за допомогою судових рішень. У зв'язку з цим законодавчі зміни до кримінального законодавства вимагають перегляду питання співвідношення вказаного складу із перешкодженням законній професійній діяльності журналістів. Постановлення неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови з метою перешкодження законній професійній діяльності журналіста вимагає прийняття рішення слідчим щодо необхідності кваліфікації зазначених дій лише за ч. 2 ст. 375 КК України або за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 375 КК України та ч. 1 ст. 171 КК України [7, с. 111].

Для прийняття обґрунтованого рішення необхідно проаналізувати зазначені склади. Постановлення суддею неправосудного рішення є одним із можливих способів перешкодження законній професійній діяльності журналіста. Водночас указівка на мету не охоплює собою кримінально-протиправні дії, пов'язані безпосередньо із перешкодженням журналістській діяльності. Мета винесення неправосудного рішення лежить за межами складу ч. 2 ст. 375 КК України й не охоплюється зазначеним складом. Отже, винесення судового рішення є лише готуванням до перешкодження законній журналістській діяльності, що має самостійне значення, а тому кваліфікація зазначених дій повинна здійснюватися за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 375 і 171 КК України [7, с. 111]. Однак дані Єдиного державного реєстру судових рішень свідчать, що до 01.02.2021 року так і не з'явилося жодного вироку за ч. 2 ст. 375 КК України, що стосується перешкодження діяльності журналістів [4], а це ставить під сумнів доцільність проведених змін і питання про необхідність їх залишення.

Висновки. Аналіз законодавчих нововведень показує, що вони радше викликали чимало запитань у сфері їх реалізації правоохоронними органами, вирішенні проблем сукупності та відмежування від суміжних складів кримінальних правопорушень, аніж покращили ситуацію із кримінально-правовим захистом журналістів. На практиці питання кримінально-правової кваліфікації викликають чимало труднощів, нерідко допускаються помилки в кваліфікації, а в такому разі збільшення кількості норм, що регулюють діяльність журналістів, лише невинувато збільшило ймовірність допущення таких помилок та загалом ускладнило цей процес. З огляду на все вищезазначене найдоцільнішим кроком законодавця було би виключити всі спеціальні норми, що стосуються захисту журналістів із Кримінального кодексу України, а зі ст. ст. 163, 375 КК України згадку про журналістів як таку.

Література

1. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юридическая литература, 1972. 352 с.
2. Гаухман Л. Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. Москва : АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. 316 с.
3. Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України від 23.09.1997 р. № 540/97. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1998. № 50. Ст. 302.
4. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/>
5. Вирок № 130/52/13-к Жмеринського міськрайонного суду Вінницької області від 20.02.2013 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29447962>
6. Буряк К. М. Злочини проти професійної діяльності журналістів в Україні: кримінально-правове та кримінологічне дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Ун-т держ. фіскальної служби України. Дніпро, 2018. 245 с.
7. Павликівський В. І. Особливості кваліфікації перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. *Наук. вісн. Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2015. № 15(2). С. 109–112.
8. Бондарчук А. С. Кримінально-правова характеристика погрози або насильства щодо журналіста в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Київ, 2019. 269 с.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). Київ, 2014. № 46. ст. 2046. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
10. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

Анотація

Сподарик Ю. В. Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень проти журналістської діяльності. – Стаття.

У статті аналізуються окремі проблемні питання кримінально-правової кваліфікації правопорушень проти журналістської діяльності. Досліджено поняття, значення та важливість правильної кваліфікації для здійснення правосуддя відповідно до закону. Розглянуто основні істотні ознаки, встановлення яких є обов'язковим для правильної кваліфікації кримінальних правопорушень, що посягають на законну професійну діяльність журналістів. Проаналізовано статтю 171 Кримінального кодексу України, якою передбачено перешкоджання законній професійній діяльності журналістів та додаткові спеціальні, зокрема ст. ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 Кримінального кодексу України, зроблено висновок про ускладнення процесу кваліфікації з появою нових статей у кримінальному законі. Зокрема, постає питання про відмежування та співвідношення, до прикладу норм, передбачених статтями 129 «Погроза вбивством» та 345-1 «Погроза або насильство щодо журналіста», 194 «Умисне знищення або пошкодження майна» та 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», 115 (п. 8 ч. 2) «Умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку» та 348-1 «Посягання на життя журналіста», 147 «Захоплення заручників» та 349-1 «Захоплення журналіста як заручника» Кримінального кодексу України. З'ясовано, що в одних випадках підставою їх відмежування є різного роду потерпіль, в інших – мета вчинення кримінального правопорушення чи розмір заподіяної шкоди. Розглянуто ст. 163 «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер» та ст. 375 «Постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови», які було доповнено кваліфікуючими ознаками стосовно журналістів, та доведено недоцільність та неефективність проведених змін. Зроблено висновок про механічно ускладнений законодавцем процес кваліфікації, а також збільшення кількості помилок у разі кваліфікації саме через надмірну кількість норм, що регулюють журналістську діяльність.

Ключові слова: журналіст, кримінальне правопорушення, кримінальна відповідальність, кваліфікація, перешкоджання законній професійній діяльності журналістів.

Summary

Spodaryk Yu. V. Qualification features of criminal offenses against journalistic activity. – Article.

The article analyzes some problematic issues of criminal-law qualification of offenses against journalistic activity. The concept, meaning and importance of the right qualification for the administration of justice in accordance with the law are studied. The main essential features are considered, the establishment of which is obligatory for the correct qualification of criminal offenses that encroach on the lawful professional activity of journalists. Article 171 of the Criminal Code of Ukraine, which provides obstruction of the lawful professional activity of journalists is analyzed and additional special ones, in particular Art. Art. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 of the Criminal Code of Ukraine are analyzed too, and the conclusion is made that the qualification process became more complicated with the appearance of new articles in the Criminal Code. In particular, arises the question of delimitation and correlation, of the norms provided, for example, in Articles 129 “Threat of murder” and 345-1 “Threat or violence against a journalist”, 194 “Intentional destruction or damage of the property” and 347-1 “Intentional destruction or damage of journalist property”, 115 (item 8 part 2) “Intentional murder of a person or his close relative in connection with the performance of official or public duty by this person” and 348-1 “Encroachment on journalist life”, 147 “Hostage-taking” and 349-1 “Taking a journalist as a hostage” of the Criminal Code of Ukraine. It was found that in some cases the reason for their separation is a different kind of victim, in others – the purpose of the criminal offense or the amount of damage. Article 163 “Violation of the secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph or other correspondence transmitted by means of communication or computer” and Article 375 “Ruling by the judge (judges) of a knowingly unjust sentence, decision, ruling or resolution”, which were supplemented by qualifying criteria for journalists are considered and the inexpediency and ineffectiveness of these changes is proved. It is concluded that the qualification process is mechanically complicated by the legislator, as well as an increase in the number of errors in qualification due to the excessive number of norms which governs journalistic activity.

Key words: journalist, criminal offence, criminal liability, qualification, obstruction of the lawful professional activity of journalists.

УДК 343.13

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3271>

А. А. Страшок

ПРОЦЕСУАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ ПЕРЕКЛАДАЧА: ОСОБЛИВОСТІ ЗАЛУЧЕННЯ ТА УЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Рівність є одним з основоположних принципів права, який включений до основних міжнародних нормативно-правових актів, які регулюють права людини (Загальна декларація прав людини (ст. ст. 1, 2, 7), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. ст. 2, 3, 14, 26), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (ст. ст. 1, 14)). З урахуванням цього принципу формуються норми, інститути та галузі права, приймаються правові акти та здійснюється весь процес правового регулювання [1, с. 62–64]. У сучасному цивілізованому світі, де панує демократія, забезпечення дотримання принципу рівності є одним з основних завдань держави.

Конституція України (далі – КУ) закріпила рівність конституційних прав і свобод громадян (ст. 24), іноземців та осіб без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах (ст. 26), а також рівність таких осіб перед законом [2]. Оскільки Конституція України має вищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі неї і повинні відповідати їй, Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) у своєму змісті закріпив, серед інших засад кримінального провадження, засаду рівності перед законом і судом. Стаття 10 КПК України передбачає заборону привілеїв чи обмежень у процесуальних правах, передбачених КПК України, за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних чи інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, громадянства, освіти, роду занять, а також за мовними або іншими ознаками [3].

Засада рівності всіх учасників перед законом і судом передбачає єдиний правовий режим, який забезпечує реалізацію їхніх процесуальних прав та є похідною від загального принципу рівності перед законом. На думку Є.Г. Коваленко, рівність громадян перед законом означає, що під час розслідування та судового розгляду кримінальних справ застосовуються одні й ті самі норми кримінального та кримінального процесуального законодавства, ніхто не має при цьому жодних переваг і не обмежується в правах [4, с. 87].

Рівність учасників кримінального провадження перед законом і судом передбачає наділення їх рівними правами та рівними обов'язками щодо участі у процесі та відстоюванні своєї позиції. Як зазначає Г.М. Мамка, така засада діє в усіх стадіях кримінального провадження, спрямована на реалізацію положення про найвищу природну цінність кожної людини та вимагає від законодавця та суб'єктів, які здійснюють кримінальне провадження, надання учасникам правовідносин рівних правових можливостей щодо відстоювання своїх

інтересів, можливості не допускати привілейованого чи дискримінаційного положення його учасників [5, с. 110].

У рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) (справи «Домбо Бехеер проти Нідерландів», «Надточій проти України») вказано, що принцип рівності сторін (принцип процесуальної рівності прав сторін) – один зі складників ширшої концепції справедливого судового розгляду – передбачає, що кожна сторона повинна мати розумну можливість представляти свою сторону (справу), включаючи докази, в умовах, які не ставлять її у суттєво менш сприятливе становище порівняно з опонентом [6; 7].

Також з цього приводу висловився Конституційний Суд України у рішеннях № 9-рп/2012 від 12.04.2012 року та № 11-рп/2012 від 25.04.2012 року, вказавши, що засаду рівності перед законом і судом треба розуміти так, що кожен має гарантовані державою рівні права на захист прав і свобод у судовому порядку та на участь у розгляді своєї справи у визначеному процесуальним законом порядку у судах усіх юрисдикцій, спеціалізацій та інстанцій [8]; це також передбачає єдиний правовий режим, який забезпечує реалізацію їхніх процесуальних прав, де сторони повинні мати рівні процесуальні можливості відновлення вказаних прав і свобод [9].

Однією з гарантій дотримання засади рівності перед законом і судом є залучення до кримінального провадження перекладача особам, які не володіють чи не досить володіють мовою судочинства і які, внаслідок цього, не в змозі захистити свої права та інтереси у повному обсязі. Захист прав та інтересів учасників кримінального провадження у зв'язку з неволодінням чи недостатнім володінням ними мовою судочинства на рівні з особами, для яких мова, якою ведеться кримінальне провадження, є рідною та зрозумілою, у такому разі є неможливим. Саме тому засада рівності перед законом і судом тісно пов'язана із засадою мови, якою здійснюється кримінальне провадження.

Прийняття у 2012 році КПК України стало важливим кроком у сфері забезпечення прав, реалізації обов'язків та визначення місця перекладача серед учасників кримінальної процесуальної діяльності. Проте закон передбачає складний механізм залучення перекладача до кримінального провадження, його складність зумовлена прогалинами і неточностями норм закону, що регулюють участь перекладача у кримінальному провадженні. На практиці це викликає проблеми, пов'язані з пошуком перекладача, перевіркою його компетентності, встановленням ступеня неволодіння особою мовою, якою здійснюється кримінальне провадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання залучення перекладача до кримінального провадження було приділено багато уваги з боку вчених-процесуалістів. Серед них – В.Т. Маляренко, О.В. Мархевка, О.П. Кучинська, В.В. Рогальська, Т.М. Кузик та інші.

Метою статті є дослідження особливостей залучення перекладача до участі у кримінальному провадженні з метою подальшого законодавчого вдосконалення його регулювання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перекладачу відводиться важлива роль у процесі забезпечення дотримання і захисту прав та інтересів особи, що

не володіє мовою, якою ведеться судочинство. Закон виключає можливість проводити будь-які слідчі (розшукові) чи судові дії щодо особи, яка потребує перекладача, без його залучення.

Значущість перекладача проявляється і в тому, що недотримання норм про обов'язковість його залучення до процесу тягне за собою скасування вироку з підстав істотного порушення вимог кримінального процесуального закону (ст. ст. 409, 438 КПК України) [10, с. 170].

За даними Державної міграційної служби України, станом на 2019 рік в Україні на обліку перебуває 280 872 іноземців, які проживають на підставі посвідки на постійне проживання, та 114 394 іноземців, які проживають в Україні на підставі посвідки на тимчасове проживання [11]. Також впродовж січня – вересня 2020 року Україну відвідали 2,7 млн іноземців, однак це майже вчетверо менше, якщо порівняти з аналогічним періодом минулого року, у зв'язку з пандемією COVID-19 [12].

На підставі аналізу судової практики варто відзначити, що в кримінальних провадженнях, в яких беруть участь особи, які є іноземцями або не володіють чи не досить володіють мовою судочинства, перекладачі залучаються. Так, зокрема, судами Вінницької області починаючи із січня 2019 року і дотепер перекладачі залучалися в більше 70 кримінальних провадженнях.

На підставі вищезазначеного вважаємо, що питання залучення перекладача до кримінального провадження з метою забезпечення дотримання принципу рівності перед законом і судом є доволі актуальним.

Основними міжнародними документами, які регулюють право особи на переклад та необхідність залучення перекладача, є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 6) та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 14). Ці документи закріпили імперативні норми щодо негайного та детального інформування підозрюваного (обвинуваченого) зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього, а також можливість отримати безоплатну допомогу перекладача, якщо він не розуміє мови, яка використовується у суді, або не розмовляє нею [13; 14].

Така норма розтлумачена судом у п. 48 рішення Європейського суду з прав людини від 28.11.1978 року у справі «Лудіке, Белкасем і Коч проти ФРН». Під час розгляду кримінального провадження, учасник якого не володіє чи не досить володіє державною мовою, суд повинен враховувати правові позиції ЄСПЛ. Право на безоплатну допомогу перекладача стосується не тільки усних виступів під час розгляду, а й документальних матеріалів та досудового провадження. Так, кожен, кого обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення, хто не розуміє мову, яка використовується у суді, або не розмовляє нею, має право на отримання безоплатної допомоги перекладача, котрий здійснює письмовий та усний переклад усіх документів чи заяв у провадженні проти нього, розуміти які йому необхідно або які потрібно оголосити у суді мовою, що там використовується, для того, щоб реалізувати своє право на справедливий судовий розгляд [15].

Аналізуючи національне законодавство, варто відзначити, що, зважаючи на недостатність правового регулювання участі перекладача у кримінальному провадженні,

виникає низка важливих теоретичних і практичних питань, які неоднозначно вирішуються в доктрині і на практиці. Розглянемо окремі з них докладніше.

1. *Щодо порядку залучення перекладача у кримінальному провадженні.* Відповідно до ч. 1 ст. 68 КПК України у разі необхідності у кримінальному провадженні перекладу пояснень, показань або документів сторони кримінального провадження слідчий суддя чи суд залучають відповідного перекладача (сурдоперекладача).

Головною підставою для залучення перекладача є неволодіння чи недостатнє володіння державною мовою та необхідність перекладу пояснень, показань або документів. У такому разі на слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд покладається обов'язок щодо забезпечення таким учасникам провадження права давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати у суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача (ч. 3 ст. 29 КПК України).

Залучення перекладача вищезазначеними особами залежить від того, на якій стадії перебуває кримінальне провадження. На стадії досудового розслідування перекладач залучається постановою прокурора або слідчого, або ухвалою слідчого судді, а на стадії судового розгляду – ухвалою суду.

Під час вирішення питання про необхідність залучення перекладача такі особи повинні пересвідчитись, чи відсутність перекладу не зашкодить особі повністю розуміти хід справи, яка для неї має вирішальне значення (рішення ЄСПЛ «Кускани проти Сполученого Королівства» (*Cuscani v United Kingdom*) від 24.09.2002 р.) [16, с. 332–333].

Пропонуємо визначити критерії, за яких учасники кримінального провадження визнаються такими, що «не володіють» чи «не досить володіють» державною мовою.

Дослідженням цього питання займалась велика кількість науковців. На думку Г.П. Саркісянц та Т.Н. Добровольської, володіти державною мовою означає вільно розуміти вказану мову і без будь-яких труднощів давати пояснення цією мовою під час процесу [17, с. 24; 18, с. 92].

В.Т. Маляренко вказує, що володіти мовою означає мати максимальний словниковий запас, бездоганно знати всі правила мови, майстерно говорити, писати і читати, тобто бути грамотною у повному розумінні цього слова людиною [19].

У такому разі нами підтримується думка Г.П. Саркісянц та Т.Н. Добровольської з приводу того, що володіти державною мовою означає вільно розуміти вказану мову і без будь-яких труднощів давати пояснення цією мовою під час процесу.

Деякими науковцями питання «неволодіння» чи «недостатнього володіння» державною мовою співвідноситься з необхідністю знання та розуміння сторонами або учасниками кримінального провадження, які не займаються юриспруденцією, юридичних термінів.

Як вказує О.В. Мархевка, нерідко підозрювані або обвинувачені, які володіють мовою на побутовому рівні, заявляють клопотання про залучення до участі у кримінальному провадженні перекладача. У судовій практиці такі клопотання, як правило, задовольняються на підставі того, що володіння мовою на побутовому рівні не досить для правильного розуміння кримінально-правових та кримінальних процесуальних понять та інститутів [20, с. 261].

Також О.П. Кучинська пропонує розглядати «володіння» чи «неволодіння» державною мовою з точки зору розуміння специфічних юридичних термінів. На її думку, в таких випадках слід порадижити слідчим, прокурорам, суддям призначити мовну експертизу [21, с. 140]. На наш погляд, висловлена позиція є досить сумнівною, оскільки виконання завдання щодо роз'яснення юридичної термінології може бути виконано і захисником без витрачання сил, коштів, часу на залучення експерта.

2. *Щодо осіб, які можуть бути залучені як перекладачі.* Хто може бути перекладачем, тобто особою, діяльність якої забезпечує дотримання засади рівності перед законом і судом? На жаль, законодавство не дає чіткої відповіді на це питання, оскільки не визначає поняття «перекладач», і не закріплює вимог, які висуваються до нього.

На відміну від кримінального процесуального законодавства України, п. 2 параграфу 125 Кримінального процесуального кодексу Австрійської республіки визначив, що перекладачем є особа, яка на основі своїх особливих знань здатна здійснювати переклад з мови судочинства на іншу мову або перекладати з іншої мови на мову судочинства [22, с. 152].

В Естонії затверджене поняття «присяжний перекладач» – це особа, яка обіймає публічно-правову посаду і якій державою надано право засвідчувати в межах, вказаних у кваліфікаційному свідоцтві, правильність перекладу документів та їх копій з однієї мови на іншу, виконаних нею особисто, чи будь-якою іншою мовою [23, с. 410].

Системний аналіз КПК України дозволяє зробити висновок, що перекладачем може бути особа, яка вільно володіє мовою, якою здійснюється кримінальне провадження, і мовою, якою володіє учасник кримінального провадження, який потребує послуг перекладача. До вимог, які висуває КПК України до особи перекладача, належать компетентність та незаінтересованість у кримінальному провадженні (ст. 68 КПК України).

Доцільно розглянути позиції науковців з приводу вимог до особи перекладача. Так, Н.М. Логінова та Н.А. Тарасюк виділяють такі найбільш суттєві ознаки, яким повинен відповідати перекладач: вільно володіти мовами, знання яких необхідне для перекладу; бути повнолітнім і дієздатним, щоб адекватно усвідомлювати всі свої процесуальні дії; володіти спеціальною перекладацькою компетентністю [24, с. 6–7].

На думку А.З. Сороки, саме вільне володіння мовою перекладу та наявність диплома (свідоцтва) перекладача повинні бути визначальними у прийнятті рішення про його залучення [25, с. 240].

О.В. Мархевка зазначає, що перекладач повинен вільно володіти мовою, знання якої необхідне для перекладу; мати допуск від слідчого, прокурора, слідчого судді або суду; бути незацікавленим у результатах провадження; бути обізнаним зі спеціальною юридичною термінологією [26, с. 395–396].

Т.М. Кузик визначив такі вимоги, яким повинен відповідати перекладач, щоб мати змогу брати участь у кримінальному провадженні, як: 1) особа, яка сертифікована Міністерством юстиції України як судовий перекладач та внесена

до Реєстру судових перекладачів; 2) незаінтересованість у результатах розгляду справи; 3) досягнення повноліття [27, с. 345].

Деякі науковці серед вимог виділяють також чесність, гарну репутацію, етичність тощо.

Проаналізувавши і синтезувавши наведені вище наукові погляди, вважаємо за можливе висловити власну думку з цього питання.

З нашого погляду, перекладач у кримінальному провадженні повинен відповідати таким вимогам, як:

- 1) незаінтересованість у кримінальному провадженні;
- 2) компетентність;
- 3) досягнення повноліття.

Незаінтересованість перекладача перевіряється перед початком процесуальної дії стороною кримінального провадження, яка залучила перекладача, слідчим суддею чи судом шляхом з'ясування його стосунків з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, свідком (ч. 4 ст. 68 КПК України).

Встановлення наявності у перекладача особистої заінтересованості або близьких родичів чи членів сім'ї у кримінальному провадженні є підставою для його відводу.

З метою надання якісних перекладацьких послуг перекладачу необхідно бути компетентним. Частина 4 ст. 68 КПК України закріпила необхідність перевірки компетенції перекладача. Однак самої процедури такої перевірки не містить ні кримінальне процесуальне, ні національне законодавство.

На нашу думку, проходження особою, яка виявила бажання стати перекладачем, кваліфікаційного іспиту, отримання свідоцтва про право на здійснення перекладацької діяльності, а також внесення до Довідково-інформаційного реєстру перекладачів є підтвердженням вільного володіння мовами, які необхідні для перекладу і юридичної термінології, тобто тієї самої компетенції.

Як приклад можемо привести законодавство Австрії, де діяльність перекладача регулюється Кримінальним процесуальним кодексом, Положеннями для судів I і II інстанції, а також Законом «Про експертів та судових перекладачів».

В Австрійській Республіці діє інститут судових перекладачів. Усі судові перекладачі є членами Австрійського об'єднання присяжних та сертифікованих перекладачів (Österreichischer Verband der allgemeinbeeideten und gerichtlich zertifizierten Dolmetscher). Внесення даних про перекладача до реєстру здійснюється за наслідками відмінного проходження сертифікаційного екзамену. До вимог, які ставляться до перекладача, відносять: професійні знання, повну дієздатність, надійність, постійне місце проживання в районі суду I інстанції, в юрисдикції якого вноситься запис, чесність, знання правил поведінки у суді та досвід роботи для випускників спеціалізації «перекладач» – 2 роки, без наявності відповідного диплома – 5 років [28, с. 185–186].

На практиці в Україні як перекладачі досить часто залучаються вчителі загальноосвітніх шкіл, викладачі вищих навчальних закладів або викладачі мовних шкіл чи курсів шляхом направлення листів керівникам цих закладів із проханням направити відповідного перекладача для участі у провадженні. Єдиним підтвердженням

знання ними іноземної мови є диплом. У такому разі про знання та розуміння цими особами юридичної термінології не може бути й мови.

Вважаємо, що володіння юридичною термінологією є бажаним для перекладачів у кримінальному провадженні, адже під час кримінальної процесуальної діяльності учасники процесу (насамперед професійні) використовують різні юридичні терміни, правильність перекладу яких насамперед залежить від перекладача.

Повноліття, за загальним правилом, вважаємо, також є необхідною умовою участі перекладача, адже саме з його настанням особа може нести відповідальність за свої дії та/або бездіяльність. Тільки у разі необхідності залучення перекладача рідкісної мови, на наш погляд, можливим є виключення щодо цієї вимоги.

З метою врегулювання питання щодо осіб, які можуть бути залучені як перекладачі у кримінальному провадженні, на наш погляд, доцільно було б внести зміни у вітчизняне законодавство шляхом доповнення його положенням про порядок складення особою, яка виявила бажання стати перекладачем, кваліфікаційного іспиту отримання свідоцтва про право на здійснення перекладацької діяльності в юридичному процесі.

Станом натеper в Україні створений Довідково-інформаційний реєстр перекладачів, затверджений наказом Міністерства внутрішніх справ України від 11 березня 2013 року № 228, проте на практиці він не використовується ні органами досудового розслідування, ні судами. Значним недоліком такого реєстру є важкість його використання, закритість, а інформацію про перекладача можна отримати лише шляхом відповідного запиту про певну особу. Отже, діяльність реєстру не забезпечує вимогу законодавства про залучення перекладача з метою забезпечення дотримання засади рівності перед законом і судом.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, варто сформулювати такі висновки.

1. Рівність є одним з основоположних принципів права, який закріплений як на міжнародному рівні, так і на національному. Під ним, як правило, розуміють, панівну ідею, яка виражається в установленні рівної міри та застосуванні єдиних правових засобів у вирішенні питань про права, свободи, обов'язки та відповідальність для всіх учасників суспільних відносин незалежно від національної, статевої, релігійної належності, походження, місця проживання, посадового стану та інших обставин з одночасним передбаченням системи винятків із загального режиму правового регулювання для окремих категорій учасників цих відносин.

2. Однією з гарантій забезпечення засади рівності перед законом і судом є залучення перекладача до кримінального провадження. Залучення перекладача виключає нерівність становища учасників процесу у зв'язку з неволодінням ними державною мовою, що має наслідком нерозуміння суті обвинувачення, процесу тощо.

3. Участь перекладача у кримінальному провадженні, в якому бере участь особа, яка не володіє чи не досить володіє мовою судочинства (українською мовою), є обов'язковою.

4. Національне законодавство має безліч прогалин щодо правового регулювання діяльності перекладача. На підставі цього пропонуємо:

а) доповнити КПК України нормами щодо визначення критеріїв, за яких учасники кримінального провадження визнаються такими, що «не володіють» чи «не досить володіють» мовою судочинства та вимогами до особи перекладача;

б) розробити та прийняти положення про порядок складення кваліфікаційного іспиту та отримання свідоцтва про право на здійснення перекладацької діяльності;

в) забезпечити належну роботу Довідково-інформаційного реєстру перекладачів.

Затвердження такого положення та введення в дію Довідково-інформаційного реєстру перекладачів забезпечить надання більш кваліфікованого перекладу та швидкого пошуку особи перекладача.

5. Вважаємо, що лише у разі необхідності перекладу рідкісної мови до кримінального провадження як перекладач може бути залучена особа, яка не має свідоцтва про право на здійснення перекладацької діяльності та не внесена до Довідково-інформаційного реєстру перекладачів.

Література

1. Лук'янов Д. В., Погребняк С. П., Смородинський В. С., Христова Г. О. Теорія держави і права : посібник для підготовки до державних іспитів. 5-е вид., допов. і змінене. Харків, 2016. 198 с.

2. Конституція України від 28.06.1996р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 02.11.2021).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.05.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 02.11.2021).

4. Коваленко Є. Г. Кримінальний процес України : навчальний посібник. Київ, 2004. 576 с.

5. Мамка Г. М. Рівність перед законом і судом – конституційна засада кримінального провадження, її сутність і зміст. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2014. Вип. № 9-2. Т. 2. С. 108–111.

6. Рішення Європейського суду з прав людини «ДомбоБехеєр проти Нідерландів» від 27.10.1993р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-100698&filename=CASE%20OF%20DOMBO%20BEHEER%20V.%20V.%20THE%20NETHERLANDS%20-%20%5BRussian%20Translation%5D.pdf> (дата звернення: 02.11.2021).

7. Рішення Європейського суду з прав людини «Надточій проти України» від 15.05.2008 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_404#Text (дата звернення: 04.11.2021).

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12.04.2012 р. № 9-рп/2012 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Шаповалова Олексія Леонідовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 20 частини першої статті 106, частини першої статті 111-13 Господарського процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України від 25.04.2012 р. № 1-12/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-12#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

10. Стратонов В. М. Проблемні питання щодо участі перекладача у кримінальній процесуальній діяльності. *Актуальні проблеми публічного права* : збірник тез Всеукраїнської наукової Інтернет-конференції, присвяченої 120-річчю університету (24–26 квітня 2018 р. м. Київ, Україна) / упор. Яра О. С., Курило В. І., Ладиченко В. В., Янчук Ю. В. Київ, 2018. 217 с.

11. Інформація з мультимедійної платформи «Укрінформ». URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2793961-migracijna-sluzba-porahuvala-skilli-inozemciv-oficijno-prozivaut-v-ukraini.html> (дата звернення: 05.11.2021).

12. Інформація з мультимедійної платформи «Укрінформ». URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-tourism/3137712-cogoric-kilkist-inozemciv-aki-vihali-v-ukrainu-skorotilas-majze-vcetveroderturizm.html> (дата звернення: 05.11.2021).

13. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 05.11.2021).

14. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 05.11.2021).

15. Рішення Європейського суду з прав людини «Лудіке, Белкасем і Коч проти ФРН» від 28.11.1978 р. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461416/2461416.htm> (дата звернення: 05.11.2021).
16. Джеремі Макбрайд. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. Київ, 2010. С. 332–333. URL: <https://rm.coe.int/1680098ae0> (дата звернення: 04.11.2021).
17. Саркисянц Г. П. Переводчик в советском уголовном процессе. Ташкент: Фан, 1974. 90 с.
18. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса. Москва, 1971. 198 с.
19. Мальяренко В. Т. Про державну мову та перекладача у кримінальному процесі України. *Голос України*. 2006. № 175. URL: <http://www.golos.com.ua/article/215015> (дата звернення: 04.11.2021).
20. Мархевка О. В. Підстави та умови залучення перекладача до участі у кримінальному провадженні. *Митна справа*. 2014. № 2(92). С. 259–265.
21. Кучинська О. П. Перекладач у кримінальному процесі України. *Вісник академії адвокатури України*. 2010. № 1(17). С. 139–141.
22. Рогальська В. В. Регламентація та реалізація права на переклад у контексті забезпечення справедливого судочинства. *Науковий вісник Дніпропетровського університету внутрішніх справ*. 2019. № 2. С. 150–157.
23. Сіренко О. В. Участь перекладача у кримінальному провадженні: зарубіжний досвід. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 3. С. 408–411.
24. Логінова Н., Тарасюк Н. Правовий статус перекладача у кримінальному процесі України. *Вісник Національної академії державної прикордонної служби України*. 2019. Випуск 4. URL: <http://periodica.nadpsu.edu.ua/index.php/legal/article/view/317/318> (дата звернення: 07.11.2021).
25. Сорока А. З. Окремі аспекти залучення перекладача до проведення слідчих дій. *Право і суспільство*. 2011. № 6. С. 237–242.
26. Мархевка О. В. Критерії допустимості участі перекладача у кримінальному судочинстві. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 4. С. 392–401.
27. Кузик Т. М. Поняття та вимоги до особи перекладача у кримінальному процесі України. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1(45). С. 341–346.
28. Ничка І. Правові аспекти діяльності перекладача в кримінальному провадженні за законодавством України та Австрії. *Вісник Львівського університету. Серія міжнародні відносини*. 2015. Вип. 35. Частина 3. С. 184–191.

Анотація

Страшок А. А. Процесуальне становище перекладача: особливості залучення та участі у кримінальному провадженні. – Стаття.

На початку статті автором вказується, що рівність є основоположною засадою, яка закріплена на міжнародному рівні. Конституцією України також закріплено рівність конституційних прав і свобод громадян, іноземців та осіб без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, та рівність таких осіб перед законом. Своєю чергою КПК України у своєму змісті закріпив, серед інших засад кримінального провадження, засаду рівності перед законом і судом. Рівність учасників кримінального провадження перед законом і судом передбачає наділення їх рівними правами та рівними обов'язками щодо участі у процесі та відстоюванні своєї позиції. Однією з гарантій дотримання засади рівності перед законом і судом є залучення перекладача. У роботі висвітлюються проблемні питання порядку залучення перекладача, який закріплений у КПК України, а саме підстави залучення перекладача, особи, уповноважені на його залучення, мета його залучення. Автором надається визначення оціночному поняттю «володіння чи недостатнє володіння» мовою, якою здійснюється кримінальне провадження. У роботі автором розглядається питання щодо осіб, які можуть бути залучені як перекладачі. На основі проаналізованого законодавства автором висувуються власні вимоги до особи перекладача у кримінальному процесі, а саме: незаінтересованість у кримінальному провадженні; компетентність; досягнення поволіття. Також у рамках статті автор наводить норми КПК зарубіжних країн, а саме Австрійської Республіки, Естонії, щодо нормативного закріплення поняття «перекладач». Автор пропонує внести зміни до законодавства шляхом його доповнення нормами щодо розробки та прийняття положення про порядок складення кваліфікаційного іспиту та отримання свідоцтва про право на здійснення перекладацької діяльності. Також в Україні створений Довідково-інформаційний реєстр перекладачів, який на практиці не застосовується через важкість його використання, закритість тощо. У зв'язку з цим автором пропонується забезпечити належну його роботу.

Ключові слова: рівність перед законом і судом, перекладач, кримінальне провадження, порядок залучення, вимоги до перекладача.

Summary

Strashok A. A. Procedural status of translator: features of involvement and participation in criminal proceedings. – Article.

At the beginning of the article, the author points out that equality is a fundamental principle that is enshrined at the international level. The Constitution of Ukraine also enshrines the equality of constitutional rights and freedoms of citizens, foreigners and stateless persons who are in Ukraine legally and the equality of these persons before the law. In turn, the CPC of Ukraine in its content enshrines, among other principles of criminal proceedings, the principle of equality before the law and the court. Equality of participants in criminal proceedings before the law and the court implies giving them equal rights and equal responsibilities to participate in the process and defend their position. One of the guarantees of compliance with the principle of equality before the law and the court is the involvement of an interpreter. The paper highlights the problematic issues of the procedure for hiring a translator, which is enshrined in the CPC of Ukraine, namely the grounds for hiring a translator, the persons authorized to hire him, the purpose of his involvement. The author provides a definition of the evaluative concept of “possession” or “insufficient possession” of the language in which the criminal proceedings are conducted. The author considers the issue of persons who can be involved as translators. Based on the analyzed legislation, the author puts forward his own requirements to the person of the translator in criminal proceedings, namely: lack of interest in criminal proceedings; competence; reaching adulthood. Also, in the article, the author cites the rules of the CPC of foreign countries, namely the Republic of Austria, Estonia, on the normative consolidation of the concept of “translator”. The author proposes to amend the legislation by supplementing it with norms on the development and adoption of regulations on the procedure for passing the qualifying examination and obtaining a certificate of the right to carry out translation activities. Also, in Ukraine a reference and information register of translators has been created, which is not used in practice due to the difficulty of its use, secrecy, etc. In this regard, the author is invited to ensure its proper operation.

Key words: equality before the law and court, translator, criminal proceedings, procedure for involvement, requirements for translator.

УДК 349.6

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3272>*Д. Л. Фелонюк*

ІНСТИТУЦІЙНО-ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФОРМУВАННЯ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ

Постановка проблеми. Необхідність досягнення цілей сталого розвитку, проголошених у Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року» від 25.09.2015 [1] і підтриманих в Указі Президента України «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» від 30.09.2019 № 722/2019 [2], а також вибраний нашою державою курс на євроінтеграцію потребують існування такої інституційно-функціональної системи в країні, яка б відповідала нагальним потребам сьогодення та могла ефективно вирішувати наявні проблеми в основних сферах державного та суспільного життя. У сучасних умовах особливої актуальності це питання набуває у разі формування та здійснення екологічної політики України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематиці охорони та збереження навколишнього природного середовища, раціонального природокористування, а також вітчизняної екологічної політики присвячені праці таких учених, як: В.І. Андрейцев, Г.В. Анісімова, Н.С. Гавриш, А.П. Гетьман, Х.А. Григор'єва, А.В. Духневич, В.М. Єрмоленко, О.С. Заржицький, І.І. Каракаш, Н.В. Карпінська, В.В. Костицький, М.В. Краснова, В.І. Лозо, Н.Р. Малишева, В.В. Носік, О.О. Погрібний, В.Д. Сидор, А.К. Соколова, А.М. Статівка, Т.Є. Харитонова, Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга та інших. Однак чимало питань, які стосуються категоріально-понятійних аспектів інституційно-функціонального забезпечення формування та здійснення екологічної політики, залишаються не досить дослідженими.

Метою статті є проведення теоретико-правового аналізу змісту категорії «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України» й авторське її визначення з урахуванням наявних у науковій літературі підходів та чинної вітчизняної нормативно-правової бази.

Виклад основного матеріалу. Попри значний інтерес учених до питань формування і здійснення, реалізації сучасної екологічної політики України, її інституційно-функціональне забезпечення як мовна конструкція у наукових працях трапляється нечасто. Так, наприклад, О.Я. Лазор говорить про «державне управління у сфері реалізації екологічної політики» [3, с. 5], про «інституційну систему та механізм її функціонування у сфері реалізації державної екологічної політики» [3, с. 14] і про «державне управління у сфері розробки та реалізації екологічної політики» [3, с. 16]. При цьому дослідник зауважує: «Якщо розглядати державне управління у сфері екологічної політики з позицій системного аналізу, то суб'єкти управління (державні органи та органи місцевого самоврядування) та об'єкти управління (підвідомчі сфери управління) повинні ефективно взаємо-

діяти через управлінську діяльність (суспільні відносини, які складаються між елементами системи)» [3, с. 9].

На управлінських аспектах у складі екологічної політики в демократичному суспільстві наголошує й Н.А. Малиш, називаючи у їх числі належну та ефективну систему державного управління у сфері охорони, невиснажливого використання та відтворення природних ресурсів; належний державний та громадський нагляд за дотриманням чинного природоохоронного законодавства та міжнародних природоохоронних зобов'язань країни; належну систему прийняття державних рішень з питань, що стосуються довкілля, яка б передбачала обов'язкове залучення громадськості; належну систему відповідальності влади, конкретних посадових осіб та громадян за порушення принципів збалансованого розвитку, норм та положень природоохоронного законодавства [4, с. 3–4].

Про ефективне управління природоохоронною діяльністю, яке дає можливість для соціально-економічного розвитку держави без погіршення стану довкілля, говорить і Д.А. Якушев, одночасно зауважуючи, що вибір найбільш ефективних шляхів державного регулювання у сфері охорони навколишнього природного середовища є одним з актуальних напрямів під час проведення вітчизняних реформ [5, с. 93].

У цьому контексті слід зазначити, що управління та державне регулювання не є тотожними категоріями. Як слушно стверджує Л.В. Сорока, регулювання й управління як соціальні явища, маючи спільну сферу застосування, передбачають різний за характером вплив на об'єкти управління для досягнення певних результатів. При цьому порівняно з управлінням регулювання охоплює ширшу сферу організаційної діяльності; більш того, подекуди регулювання розглядається як одна з функцій управління [6, с. 204].

Зважаючи на це, окремі автори досліджують екологічну політику країни з позицій державного регулювання. Зокрема, Л.В. Сергієнко, О.М. Дзюбенко та С.В. Ожго аргументують думку про те, що розуміння сутності державної екологічної політики як інструменту організації, регулювання, узгодження та збалансування екологічних та соціально-економічних інтересів суспільства дає можливість спрямувати й ефективно регулювати за допомогою правових засобів державну екологічну діяльність [7, с. 193].

Нерідко в науковій літературі використовується формулювання «механізм формування та реалізації державної екологічної політики». Під останнім, наприклад, О.М. Коленов розуміє сукупність цілей, принципів, функцій, форм, методів та інструментів, за допомогою яких держава (суб'єкт регулювання) впливає на об'єкти регулювання з метою збереження безпечного для існування живої і неживої природи навколишнього середовища, захисту життя і здоров'я населення від негативного впливу, зумовленого забрудненням навколишнього природного середовища, досягнення гармонійної взаємодії суспільства і природи, охорону, раціональне використання і відтворення природних ресурсів [8, с. 357].

Ще одне формулювання – «інституційний механізм державного управління у сфері формування та реалізації екологічної політики» – використовує у своїх дослідженнях Г.М. Буканов, розглядаючи його як систему реалізації державного управління у сфері екологічної політики, що містить: організаційно-функціональну

складову частину – суб'єкти, які залучені в реалізації державної політики у сфері екології та захисту навколишнього середовища й довкілля (органи державної влади, місцевого самоврядування, інституції громадянського суспільства, спеціальні установи й заклади тощо); нормативно-правову складову частину – сукупність нормативно-правових актів, які регулюють зміст, процес формування та реалізації державної політики у сфері екології; складову частину організаційно-управлінської взаємодії – соціальне партнерство соціальних суб'єктів у реалізації державної екологічної політики [9, с. 29–30].

Наявна багатоманітність підходів до розуміння сутності та складу регулюючого впливу на екологічну сферу, на нашу думку, свідчить про потребу в більш чіткому розмежуванні названих категорій та передбачає необхідність активного застосування в науковому обігу такої мовної конструкції, як «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України». Наведене твердження можна обґрунтувати положеннями окремих актів вітчизняного екологічного законодавства.

Так, в Основних напрямках державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджених Постановою Верховної Ради України від 05.03.1998 № 188/98-ВР, передбачено, що до головних складників механізму реалізації державної екологічної політики належить, крім іншого, державна інституційна інфраструктура проведення природоохоронної політики [10].

Крім цього, укріплення інституційної спроможності щодо планування, моніторингу та оцінки ефективності впровадження екологічної політики визначено як одне із завдань такої стратегічної цілі державної екологічної політики, як удосконалення та розвиток державної системи природоохоронного управління, в Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року [11]. Цим же актом серед очікуваних результатів передбачене посилення інституційної спроможності центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування і реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища та екологічної безпеки, яке може бути досягнуте шляхом реформування й удосконалення державного управління і наближення природоохоронного законодавства до екологічного права Європейського Союзу [11].

Водночас обмежуватися тільки інституційним аспектом, оминаючи увагою функціональний, вважаємо недоцільним, адже саме комплексний підхід до розуміння єдності інституцій та покладених на них завдань і виконуваних функцій, реалізації їхніх прав і повноважень, а також виконання обов'язків дозволяє найбільш повно дослідити всі можливості прямого й опосередкованого впливу різних суб'єктів на формування та здійснення екологічної політики в країні.

З цього приводу слід погодитися з думкою І.Ю. Ломакіної, яка пропонує власне розуміння інституційно-функціонального забезпечення державно-правового регулювання сільського господарства України, указуючи, що воно здійснюється через чинне законодавство, яке юридично визначає інституційні засади (систему органів, їх структуру) та функціональні засади (компетенцію зазначених органів,

їх взаємодію між собою та іншими органами) у сфері державного регулювання сільського господарства [12, с. 11].

Свою чергою А.В. Духневич у розгляді інституційно-функціонального забезпечення реалізації Угоди про сільське господарство СОР органами державної влади України, спираючись на дослідження у сфері державного управління, під інституційно-функціональним механізмом розуміє сукупність взаємозв'язків між інститутами, які сприяють реалізації принципів демократичного врядування, забезпечують узгодження та коригування інтересів різних суспільних груп, координацію сумісної діяльності на шляху досягнення задекларованих цілей розвитку регіону/ держави, що виконують управлінські, координаційні, мобілізаційні, контрольні та інші функції [13, с. 73].

Аналізуючи інституційно-функціональне забезпечення земельних правовідносин, Н.Ю. Гальчинська розглядає його як законодавчо врегульовану діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування щодо реалізації ними у визначених межах своїх функцій і повноважень у сфері державного регулювання земельних відносин, забезпечення гарантій здійснення і захисту суб'єктивних прав на земельні ділянки, раціонального використання й охорони землі як об'єкта права власності Українського народу та основного національного багатства [14, с. 140].

Висновки. Таким чином, сутність інституційно-функціонального забезпечення різними авторами формулюється неоднаково та значною мірою залежить від досліджуваної ними сфери суспільних відносин і аналізованого суб'єктного складу. Останній нерідко обмежується лише державою та її органами, водночас не виключаються й інші інституції (наприклад, органи місцевого самоврядування). Однак у разі визначення інституційно-функціонального забезпечення формування та здійснення екологічної політики України слід виходити з того, що у цих процесах задіяні не тільки органи державної влади чи органи місцевого самоврядування. У сучасних умовах можна говорити про існування прямого або опосередкованого впливу на формування та здійснення екологічної політики й іншими інституціями: підприємствами, установами й організаціями, громадськістю, окремими фізичними особами тощо. Суттєво впливають на національну екологічну політику й наддержавні структури як світового, так і регіонального (насамперед європейського) рівнів.

На підставі викладеного пропонується розглядати поняття «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України» у широкому значенні як систему державних, недержавних та наддержавних інституцій (суб'єктів), які прямо та/або опосередковано здійснюють вплив на формування і здійснення екологічної політики держави в процесі виконання покладених на них завдань, функцій і обов'язків, а також реалізації їхніх прав і повноважень. Перспективним є й подальше наукове осмислення та комплексне дослідження змістового наповнення аналізованої мовної конструкції.

Література

1. Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року : Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 25.09.2015 № 70/1. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU15167> (дата звернення: 05.11.2021).
2. Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року : Указ Президента України від 30.09.2019 № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019> (дата звернення: 05.11.2021).

3. Лазор О. Я. Адміністративно-правові засади державного управління у сфері реалізації екологічної політики в Україні : автореф. дис. ... д-ра наук з держ. упр. Київ, 2004. 30 с.
4. Малиш Н. А. Екологічна політика: конфліктність, стратегія, тактика. *Державне управління: теорія і практика*. 2009. Вип. 2. URL: http://academy.gov.ua/ej/ej10/doc_pdf/Malysh.pdf (дата звернення: 05.11.2021).
5. Якушев Д. Сучасні тенденції державної екологічної політики в Україні в контексті концепції сталого розвитку. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2016. Вип. 4(31). С. 92–97.
6. Сорока Л. В. Державне регулювання і управління та їх співвідношення з публічним адмініструванням. *Актуальні проблеми держави і права*. 2020. № 86. С. 204–209.
7. Сергієнко Л. В., Дзюбенко О. М., Ожго С. В. Державна екологічна політика України та правовий механізм її формування і реалізації. *Економіка, управління та адміністрування*. 2019. № 3(89). С. 191–200.
8. Колонов О. Теоретичні засади механізму формування та реалізації державної екологічної політики в Україні. *Ефективність державного управління* : зб. наук. праць. 2014. Вип. 38. С. 354–360.
9. Буканов Г. М. Механізми державного управління у сфері формування і реалізації екологічної політики. *Публічне управління і адміністрування в Україні*. 2020. Вип. 20. С. 26–31.
10. Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджені Постановою Верховної Ради України від 05.03.1998 № 188/98-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.11.2021).
11. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28.02.2019 № 2697-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19#Text> (дата звернення: 05.11.2021).
12. Ломакіна І. Ю. Державно-правове регулювання сільського господарства в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2010. 19 с.
13. Духневич А. В. Правові проблеми реалізації Угоди про сільське господарство СОТ в Україні : монографія. Луцьк : Вежа-Друк, 2016. 400 с.
14. Гальчинська Н. Ю. Інституційно-функціональне забезпечення правового режиму земель промислових зон. *Південноукраїнський правовий часопис*. 2010. № 1. С. 139–142.

Анотація

Фелонюк Д. Л. Інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України: теоретико-правові аспекти визначення поняття. – Стаття.

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу змісту категорії «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України». Досліджено наявні наукові підходи та положення чинної вітчизняної нормативно-правової бази з цих питань. Проаналізовано співвідношення державного управління у сфері формування та реалізації екологічної політики й державного регулювання у сфері охорони навколишнього природного середовища. Окреслено зміст наявних у науковій літературі понять «механізм формування та реалізації державної екологічної політики» та «інституційний механізм державного управління у сфері формування та реалізації екологічної політики».

Наголошено, що багатоманітність підходів до розуміння сутності та складу регулюючого впливу на екологічну сферу передбачає необхідність активного застосування в науковому обігу такої мовної конструкції, як «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України». Наведене твердження обґрунтовується положеннями окремих актів вітчизняного екологічного законодавства: «Основних напрямів державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» та «Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року». Обґрунтована необхідність комплексного підходу до розуміння єдності інституцій та покладених на них завдань і виконуваних функцій, що дозволяє найбільш повно дослідити всі можливості прямого й опосередкованого впливу різних суб'єктів на формування та здійснення екологічної політики в країні. Доведено, що сутність інституційно-функціонального забезпечення різними авторами формується неоднаково та значною мірою залежить від досліджуваної ними сфери суспільних відносин і аналізованого суб'єктного складу.

Пропонується авторське визначення поняття «інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України» у широкому значенні як системи державних, недержавних та наддержавних інституцій (суб'єктів), які прямо та/або опосередковано здійснюють

вплив на формування і здійснення екологічної політики держави в процесі виконання покладених на них завдань, функцій і обов'язків, а також реалізації їхніх прав і повноважень.

Ключові слова: екологічна політика, інституційно-функціональне забезпечення, державне управління, державне регулювання, механізм реалізації державної екологічної політики, формування та здійснення екологічної політики.

Summary

Felonyuk D. L. Institutional and functional support for the formation and implementation of the environmental policy of Ukraine: theoretical and legal aspects of definition. – Article.

The article is devoted to the theoretical and legal analysis of the content of the category “institutional and functional support for the formation and implementation of environmental policy of Ukraine”. The existing scientific approaches and provisions of the current domestic legal framework on these issues are studied. The ratio of public administration in the field of formation and implementation of environmental policy and state regulation in the field of environmental protection is analyzed. The content of the concepts “mechanism of formation and implementation of the state ecological policy” and “institutional mechanism of the state management in the sphere of formation and realization of ecological policy” available in the scientific literature is outlined.

It is emphasized that the diversity of approaches to understanding the nature and composition of the regulatory impact on the environmental sphere implies the need for active use in the scientific circulation of such a language structure as “institutional and functional support for the formation and implementation of environmental policy of Ukraine”. This statement is based on the provisions of certain acts of domestic environmental legislation “The main directions of state policy of Ukraine in the field of environmental protection, use of natural resources and environmental safety” and “The Basic principles (strategy) of state environmental policy of Ukraine until 2030”. The necessity of a comprehensive approach to understanding the unity of institutions and the tasks and functions assigned to them is justified, which allows to fully explore all the possibilities of direct and indirect influence of various actors on the formation and implementation of environmental policy in the country. It is proved that the essence of institutional and functional support is formulated differently by different authors and largely depends on the sphere of public relations studied by them and the analyzed subject composition.

The author's definition of the concept “institutional and functional support for the formation and implementation of environmental policy of Ukraine” in a broad sense as a system of state, non-state and supranational institutions (entities) that directly and/or indirectly influence the formation and implementation of environmental policy in the process performance of the tasks, functions and duties assigned to them, as well as the implementation of their rights and powers.

Key words: ecological policy, institutional and functional provision, public administration, state regulation, mechanism of realization of the state ecological policy, formation and realization of ecological policy.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i92.3273>*В. О. Чукаєва, І. Є. Конєв*

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ТА СУЧАСНИЙ СТАН ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Актуальність досліджуваної тематики складно оцінити, оскільки ми живемо в інформаційному суспільстві, численний потік даних постійно оточує особу, що формує власну думку, і це є складником для розуміння особою стану справ не тільки у державі, а й у всьому міжнародному просторі. Інститут доступу до публічної інформації забезпечує роботу державних органів влади на принципах відкритості і прозорості своєї діяльності, водночас він гарантує нам можливість не просто отримувати інформацію, але й вимагати її розкриття, навіть коли бажання зі сторони розпорядників інформації немає, адже державні органи дуже часто не зацікавлені в розкритті даних, які можуть поставити під сумнів їхню ефективність чи викрити зловживання. Саме створення перешкод в отриманні таких даних зі сторони суб'єктів владних повноважень, у яких є у розпорядженні необхідна нам інформація, правомірні механізми впливу на них та захист свої законних прав і буде ключовими аспектами для розв'язання порушеної проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання доступу до публічної інформації постійно перебуває у центрі уваги багатьох учених, стосовно чого така тематика виступає предметом їхнього дослідження, серед них – Б. Лазарєв, О. Ющик, О. Нестеренко, В. Копилов, Г. Атаманчук, Н. Тимченко, С. Росторгуєв та ін.

Мета статті – висвітлити найбільш проблемні аспекти щодо доступу до публічної інформації та надати поради щодо їх вирішення; встановити типові помилки розпорядників інформації, що призводить до порушення прав суб'єктів правовідносин; дослідити значення категорії публічної інформації та доступу до неї для розбудови правової держави та сучасний стан реалізації цього права в Україні.

Виклад основного матеріалу. Закон України «Про доступ до публічної інформації» (далі – Закон № 2939-VI) [1], прийнятий у 2011 році, є тим нормативним актом, завдяки якому можна встановити механізм віднесення інформації до правових режимів з відкритим чи обмеженим доступом, цей нормативно-правовий акт дає відповідь на численні питання. Так, виходячи з визначення, яке нам дає цей Закон, «публічна інформація – це відображена та задокументована будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформація, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації» [1].

Виходячи з цього доволі складного нормативного визначення, можна виокремити три головні ознаки інформації, які можуть значно спростити таке розуміння і мають принципове значення для можливості віднесення її до публічної. Пер-

шою ознакою слугує безпосередній суб'єкт цих правовідносин, а саме володілець публічної інформації. Законодавець надає нам чітке визначення, тому відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону № 2939-VI можна встановити конкретний перелік суб'єктів, які виступають розпорядниками певних відомостей [1]. З термінологічного визначення, згаданого нами вище, і з норми Закону випливає, що розпорядниками публічної інформації можуть виступати суб'єкти владних повноважень, тобто органи державної влади чи органи місцевого самоврядування, та інші суб'єкти, які також є розпорядниками інформації. Таким чином, уважно проаналізувавши суб'єктів цих правовідносин, можна зробити висновок, що розпорядниками публічної інформації обов'язково можуть виступати лише органи влади, а й приватні суб'єкти, наприклад, суб'єкти господарювання, якщо в їх розпорядженні знаходиться суспільно необхідна інформація. Тож розпорядників інформації можна умовно поділити на дві групи:

- суб'єкти владних повноважень;
- інші розпорядники інформації.

Друга ознака публічної інформації – це те, що така інформація повинна бути зафіксована у певній формі, тобто коли запитувачі надсилають запит на ті дані, що їх цікавлять, то така інформація вже наявна у розпорядників у відповідній формі, тобто записана чи задокументована на будь-яких носіях: у паперових чи електронних документах, у форматі відео- чи аудіозапису, фотографії тощо [2]. Це означає, що вона не потребує додаткового створення щоразу під час звернення людей за її отриманням. Водночас Закон № 2939-VI гарантує отримання тієї інформації, яка знаходиться на різних носіях, адже здійснення вибірки інформації з різних документів не є створенням нової інформації і не потребує додаткового змістового аналізу. З практики дуже часто видається, що різні журналісти, не повністю розуміючи суть доступу до публічної інформації, просять надати той чи інший коментар парламентаріїв, наприклад, щодо призначення певної особи на посаду, така ситуація не стосується цього виду правовідносин, адже це потребує проведення аналізу та відповідних розумових висновків щодо цього питання, а тому за своєю юридичною природою є більше зверненням, ніж запитом на інформацію.

Третя ознака слугує одночасно і принципом доступу до публічної інформації – це максимальна її відкритість. За загальним правилом, будь-яка інформація, що була створена суб'єктами владних повноважень під час своєї діяльності або знаходиться у їх розпорядженні, є відкритою. І це є досить обґрунтованим, оскільки органи влади вибираються та призначаються для виконання функцій держави, представляють інтереси суспільства та отримують заробітну плату з державного бюджету, в тому числі і з наших з вами податків, а тому інформація, яка створюється і збирається під час виконання ними своїх повноважень, по суті, належить усьому суспільству і ми, як платники податків, маємо повне право користуватися цією інформацією, яка повинна бути у вільному доступі для будь-кого. Таким чином, українським законодавством вводиться презумпція відкритості публічної інформації, що означає обмеження в доступі до неї лише з обґрунтованих і законних підстав. Звичайно, зрозумілим є той факт, що не кожна інформація, яка знаходиться у віданні державних органів, може бути розкрита пересічному громадянину.

У зв'язку з цим Закон № 2939-VI поділяє інформацію на два режими: з відкритим і обмеженим доступом. Зауважимо, що будь-яке обмеження в доступі до публічної інформації має бути передбачене законом. При цьому тягар обґрунтування рішення щодо неможливості надання доступу до інформації покладається на розпорядника інформації, тому така відмова повинна відповідати умовам пропорційності, законності, а можлива умова шкоди від оприлюднення інформації повинна бути переконливо доведена з урахуванням застосування трискладового тесту.

Загалом, уся суть вільного доступу до публічної інформації ґрунтується на побудові правової держави з громадянським суспільством. Завдяки відкритості та прозорості діяльності державних органів підвищується не тільки довіра народу до влади, а й утверджуються найголовніші демократичні засади, на яких і буде створена сильна держава. Так, ст. 34 Конституції України гарантує кожному право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір [3]. Розкриття інформації має сприяти прозорості в питаннях здійснення владних повноважень чи іншим чином забезпечувати активну участь суспільства в управлінні державними справами. В інших випадках будь-які довільні спроби держави обмежити конституційне право особи у зборі інформації й вільного доступу до неї фактично набувають форми непрямої цензури, що просто неприпустимо для демократії, адже це значно перешкоджає широкому обговоренню важливих суспільних питань. Тим паче ч. 3 ст. 15 Конституції України передбачено заборону цензури [3].

Проведений аналіз норм Закону № 2939-VI та встановлення паралелі законодавчих приписів з наявними механізмами реалізації в державі дають нам привід стверджувати, що такий нормативно-правовий акт є доволі дієвим та його приписи мають досить повну та змістовну теоретико-правову розробку, надаючи суб'єктам цих правовідносин всебічне розуміння та вичерпний перелік інструменту обмеження такого конституційного права у вигляді трискладового тесту. З детального дослідження нормативно-правових приписів Закону № 2939-VI можна зробити умовивід, що Закон гарантує не тільки право на публічну інформацію, а й доступ до документів (наприклад, до договорів про передачу у власність або передавання в оренду державного чи комунального майна). Тож можна стверджувати, що проблематика порушення права на доступ до публічної інформації полягає не у самому нормативно-правовому акті, а у діях розпорядників інформації, котрі, або зловживаючи своїми правами, або ж не розуміючи головних складових частин відкритості даних, обмежують громадян у такому доступі. Право доступу до публічної інформації не має чітких рамок його застосування, адже в законі передбачені як гарантії відкритості певних відомостей, так і певні винятки з цього правила – це є характерною рисою для цих правовідносин, адже право на доступ до публічної інформації завжди конкурує з правом на приватність, тому розпорядникам інформації принципово важливо розподіляти між собою такі права, щоб не порушити жодного з них. Здебільшого розпорядник інформації не завжди має можливість правильно визначити баланс між розкриттям інформації та захистом легітимних інтересів, що призводить до порушення прав особи. У наведеній науковій роботі спробуємо дати деякі практичні поради вирішення порушеного питання та наведемо варіанти їх вирішення.

Таким чином, розпорядники мають уважніше поставитися до розкриття і обмеження в доступі до публічної інформації. Пропонуємо навести механізм застосування трискладового тесту, що дозволить розпорядникам інформації правильно використовувати його у своїй діяльності [4]. Трискладовий тест – це та невелика опція, що дозволяє обмежити доступ до певної інформації. Вона передбачена ч. 2 ст. 6 Закону № 2939-VI, яка складається з трьох елементів, при цьому обмеження можливе лише у разі застосування цих трьох умов у сукупності [1]. Ця опція є важливою для збереження державних відомостей, які можуть становити загрозу національній безпеці, територіальній цілісності України або громадському порядку. Також необхідність обмеження інформації полягає у захисті конфіденційної інформації, відповідних персональних даних особи з метою дотримання прав особи, передбачених ЗУ «Про захист персональних даних», або ж для ефективного виконання своїх обов'язків суб'єктів владних повноважень (так звана адміністративна тиша), тому дотримання трискладового тесту є вагомим складовою частиною доступу до публічної інформації. В ідеалі розпоряднику інформації для полегшення застосування правил трискладового тесту слід заповнювати певну формулу або табличку. Так, якщо під час розгляду запиту виявиться позитивна відповідь на всі три запитання, згідно з ч. 2 ст. 6 Закону № 2939-VI, то така інформація може обмежуватися у розкритті. Приклад такої формули:



На жаль, на практиці застосування такого підходу не є поширеним, тому складність цього інструменту і відсутність сталої практики зі сторони розпорядників інформації і призводить до порушень прав громадян, адже цим суб'єктам легше просто відмовити у запиті. Отже, постає вагомє питання не тільки в професіоналізмі цих суб'єктів, а у їхній добросовісній діяльності та підзвітності перед суспільством, неправомірні дії яких своєю чергою ведуть до великої завантаженості судової гілки влади численними позовами щодо протиправності обмеження доступу до публічної інформації.

Наступна проблематика, на якій ми бажаємо акцентувати увагу, – це суспільний інтерес. Такий аспект безпосередньо пов'язаний з діяльністю публічних осіб (приміром, народних депутатів, Президента та ін.), їхнім особистим життям та підвищенням

суспільним інтересом до них. Що все ж таки на шальках терезів цих правовідносин буде переважати більше – право на приватність чи право суспільства знати? Справді, діяльність осіб, які виконують функції держави, повинна бути під ретельним спостереженням громадськості та відповідати презумпції відкритості, але це не означає, що публічні особи не можуть мати приватного життя (очевидно, що право на родину, хобі і т. ін. залишається за будь-ким). Але слід розуміти той факт, що якщо йдеться про особу, яка виконує публічні функції, то обіймаючи той чи інший державно-управлінський пост, вона заздалегідь погоджується з тим, що її право на приватність буде значно звужене порівняно з іншими громадянами. Це пояснюється задля мети створення належного антикорупційного механізму контролю у державі [5]. Такі особи зобов'язані заповнювати відповідні декларації, внесені відомості до яких не можуть бути обмежені у доступі та є відкритими даними. Так, згідно із ч. 6 ст. 6 Закону № 2939-VI видається, що відомості, зазначені у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не належать до інформації з обмеженим доступом [1]. Також деякими нормами законодавства України прямо передбачається та категорія відомостей, які належать до інформації з відкритим або обмеженим доступом. Тож ЗУ «Про запобігання корупції» визначає обсяг того, що повинна декларувати особа, яка виконує публічні функції (свої статки, майно, гроші, автомобілі, колекції тощо) [6]. Однак дані, що стосуються розміщення такого майна, паспортні дані, ІПН не розкриваються. Таким чином, право втручатися в приватне життя політиків чи інших публічних осіб буде обмежуватися законодавством. Тому з цього видається, що розпорядникам інформації потрібно дуже ретельно підходити до перевірки шкоди і суспільного інтересу від оприлюднення публічної інформації, враховуючи при цьому баланс права на приватність і права суспільства знати. Приміром, якщо ми запитуємо інформацію до документа щодо отримання певного майна чиновником, безперечно, можна стверджувати про можливу завдану шкоду від такого оприлюднення, адже в такому разі є ймовірність розкриття місця розташування і адреси цього майна, але якщо обіймана посада чиновником наділяє його відповідними повноваженнями і управлінськими функціями, які дають йому змогу впливати через свої рішення на отримання і виділ собі цього майна (повноваження депутата, який може проголосувати за виділ собі частини землі), то право громадськості знати буде переважати шкоду над її розкриттям.

Ще однією перепоною для отримання доступу запитувачів до публічної інформації слугує загроза розкриття конфіденційної інформації, яка міститься у певному документі. Зазвичай на практиці від розпорядників інформації простежується часте посилення саме на цю підставу як для відмови в наданні певних відомостей. Інтерес у захисті конфіденційної інформації може слугувати не тільки як правомірний інтерес для відмови у запиті на інформацію, а й додатковим аргументом для невмотивованого обмеження доступу до певних відомостей зі сторони розпорядника. Особливості цього режиму доступу до інформації полягають у специфічній процедурі його накладення. Так, якщо два інших, а саме таємна та службова інформація, застосовуються з обов'язковим дотриманням трискладового тесту, то конфіденційна інформація – залежить виключно від бажання приватної

особи в її поширенні. Для гарантування реалізації конституційного права особи на доступ до публічної інформації розпорядникам потрібно приділити чималу увагу відповідному припису, який передбачений ч. 7 ст. 6 Закону № 2939-VI, де закріплюється, що обмеженню доступу підлягає інформація, а не документ. Якщо документ містить інформацію з обмеженим доступом, для ознайомлення надається інформація, доступ до якої необмежений [1]. Таким чином, якщо в документі містяться відомості, що підлягають оприлюдненню разом з певними конфіденційними даними особи, то така інформація повинна надаватися в повному обсязі, але з урахуванням нерозкриття конфіденційних даних, тобто вони просто не зазначаються або ця інформація надається без них. Між тим тут доцільно зазначити, що інформація щодо отримання коштів з державного бюджету третіми особами не є конфіденційною і такі дані підлягають розкриттю, адже мають підвищений суспільний інтерес (наприклад, виграш тендера якоюсь компанією на публічних торгах).

Повернемося до специфічності процедури встановлення такого режиму інформації, про що ми згадували вище. Особливість його полягає у тому, хто має право визначати належність певної інформації до конфіденційної, оскільки орган влади не може самостійно визначити конфіденційність [7, с. 55–75]. З цього випливає висновок, що ця категорія інформації з обмеженим доступом стосується суб'єктів приватного права, тобто фізичних і юридичних осіб. Суб'єкти владних повноважень лише презюмують, що та чи інша інформація належить до цієї категорії, або виконують вказівку фізичної чи юридичної особи щодо дотримання її конфіденційності. Але якщо ми говоримо про розгляд запиту з питань надання цієї інформації, то в будь-якому разі буде застосовуватися трискладовий тест і саме за його результатами буде перевірятися, чи є досить підстав для її розкриття (наприклад, значний суспільний інтерес). Відповідно до Постанови Пленуму Вищого Адміністративного суду України № 10 від 29 вересня 2016 р. відмова у наданні доступу до такої категорії інформації є обґрунтованою у разі, якщо розпорядник в листі вказує, якому саме з інтересів загрожує розголошення запитуваної інформації, в чому полягає істотність шкоди цим інтересам від її розголошення, чому шкода від оприлюднення такої інформації переважає право громадськості знати цю інформацію [8].

Проблематика тематики нашої статті дуже велика, тому неможливо охопити весь вектор сучасних проблем доступу до публічної інформації, однак ми не можемо оминати увагою ще одну досить вагомую проблему, з якою стикаються запитувачі нині. Розглянемо питання доступу до службової інформації, а саме обмеження доступу до документів або інформації з грифом ДСК (для службового користування). Ще за радянських часів історично склалося, що багато розпорядників інформації того періоду накладали гриф ДСК, часто не маючи достатніх правових підстав і чіткого механізму його накладення. Все це робилося задля мети обмеження доступу суспільства до публічної інформації і нерозкриття відповідних відомостей щодо діяльності державних органів, адже вважалося, що суспільство не має права втручатися і тим самим перешкоджати виконанню державних функцій суб'єктами владних повноважень. Але час змінився, і нині ми живемо в державі, яка побудована зовсім на інших принципах, наша правова система будується за прикладом найрозвинутіших країн світу, спираючись лише на демократичні засади розвитку

відносин між державою і суспільством. Тож перед законодавцями постало завдання вирішити питання, яке стосується інформації з грифом ДСК. Так, у 2014 році був прийнятий ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації» № 1170-VII, в прикінцевих положеннях якого було доручено «протягом шести місяців з дня набрання чинності цим Законом затвердити порядок обліку, зберігання і використання документів та інших матеріальних носіїв інформації, які містять службову інформацію, зібрану в процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни» [9]. Відповідно до цього розпорядники інформації починаючи з 2014 р. вимушені переглянути всі наявні у них документи з грифом ДСК чи іншими грифами, що передбачають обмеження доступу до них, які були накладені до набрання чинності Закону № 2939-VI. Таким чином, документи з грифами до 2014 р. втрачають свою силу та інформація в них підлягає розкриттю через один рік, якщо зазначені грифи не були переглянуті та підтверджені відповідно до правил трискладового тесту. Звернемо увагу на те, що службова інформація не може обмежуватися волонтаристськи, спираючись лише на бажання того чи іншого держслужбовця. Для того щоб обмежити доступ до службової інформації, розпорядник повинен застосовувати алгоритм дій, передбачений Законом, адже трискладовий тест – це не одноразова дія, він повинен застосовуватися щоразу, коли надходить запит або постає питання, чи ця інформація може надаватися, чи ні, оскільки актуальність і значущість будь-якої інформації з часом втрачається. Отже, запитувачам слід взяти до уваги, якщо вам відмовляють у розкритті інформації, посилаючись при цьому на гриф ДСК, накладений ще у 2005 році, можна сміливо апелювати щодо неправомірності таких дій та звертатися до перехідних положень Закону № 1170-VII, адже такий гриф буде недійсним.

Будь-яке право, надане громадянам, повинне забезпечуватися відповідними гарантіями. Так, окрім передбачення механізмів реалізації доступу до публічної інформації, держава повинна запровадити систему захисту та відповідальність за порушення цього права. Відповідно до ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [3]. Також ст. 23 Закону № 2939-VI гарантується право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядників інформації [1]. В Україні надано три можливі механізми захисту, відповідно до яких запитувач може звернутися з метою захисту своїх порушених прав, серед них – вищий орган розпорядника інформації або його керівник; Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (далі – Омбудсмен); адміністративний суд. Запитувач має право на власний розсуд вибрати орган для оскарження з урахуванням обставин справи, власних ресурсів та вимог законодавства.

На нашу думку, саме адміністративний позов до суду є найефективнішим способом захисту порушеного права. Судова гілка влади є тією складовою частиною правової держави, завдяки якій утверджується справедливість та верховенство права в країні. Це та інституційна опора суспільства, де особа може досягти істини по справі, та через такий орган зобов'язати суб'єкта владних повноважень вчинити

певні дії на свою користь. Незважаючи на такі наявні недоліки, як сплатення судового збору, деяка складність процедури написання та подання позову порівняно зі скаргами, однак ефективність, безперечно, є значно вищою ніж в інших механізмах захисту, наведених нами вище. Пропонуємо розглянути статистичні дані стосовно задоволених справ щодо забезпечення права особи на доступ до публічної інформації Дніпровського окружного адміністративного суду за 2020 рік, щоб переконатися в коефіцієнтному співвідношенні шансу виграшу в таких категоріях справ. Так, на розгляді у суді перебувало 43 справи, з яких винесено рішення про задоволення – 30, відмовлено у задоволенні позову – 13. Таким чином, процент виграшних справ становить 70%, програшних – 30% [10]. З цього можна зробити висновок, що близько 7/10 справ є виграшними для позивача, що ще раз доводить ефективність судового захисту за цими категоріями справ. Досить дієвим заходом практичної реалізації судового рішення для позивача слугує встановлення судового контролю, що є ще одним позитивним складником судового захисту. Адже відповідно до ч. 2 ст. 382 Кодексу адміністративного судочинства у разі ухилення розпорядника інформації щодо виконання судового рішення йому загрожує штраф у сумі від двадцяти до сорока розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, половина суми якої стягується на користь позивача, інша половина – до Державного бюджету України [11].

Висновки. Підсумовуючи усе вищесказане, можна зробити висновок, що сучасні тенденції доступу до публічної інформації в Україні є доволі контроверсійними, однак мають перспективу для подальшого їх вдосконалення. Авторами було акцентовано увагу на ключових проблемах доступу до публічної інформації, оцінено рівень теоретико-правової наповненості Закону № 2939-VI, наявність у державі відповідних механізмів реалізації доступу до публічної інформації та системи захисту порушеного права особи. Окрім теоретичного складника, розглянуто чимало практичних питань стосовно проблематики порушеного питання, наведені шляхи їх вирішення. Досліджено нормативно-правовий інструментарій у вигляді «трискладового тесту» та правильний підхід до його застосування під час вирішення питання щодо надання чи обмеження у доступі до публічної інформації розпорядниками. Тож з метою поліпшення реалізації конституційного права особи пропонуємо такі рекомендації:

– передача повноважень відповідальній особі або керівнику спеціального підрозділу з питань доступу до інформації у вигляді права особистого підпису у відповідях на інформаційні запити сприятиме скороченню строків розгляду таких запитів та вчасному і швидкому їх задоволенню;

– задля мети урізноманітнення способів та форм отримання публічної інформації розпорядникам варто розміщати всю необхідну інформацію на своїх офіційних вебсайтах щодо передбачених законом прав запитувачів та можливостей для їх реалізації у розпорядника (зменшення кількості письмових запитів дозволить оптимізувати витрачання ресурсів);

– забезпечити належне навчання розпорядників інформації та формування у них добросовісного підходу щодо питань розгляду інформаційних запитів; підвищення їх кваліфікації у сфері застосування «трискладового тесту».

Література

1. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 № 2939-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text>
2. Маштак К. С. Поняття адміністративно-правового забезпечення права на доступ до публічної інформації. *Право і суспільство*. 2011. № 6. С. 132–137.
3. Конституція України : офіц. текст. Київ : КМ, 2013. 96 с.
4. Головенко Р. Б. Доступ до публічної інформації : посібник із застосування «трискладового тесту» / Р. Б. Головенко, Д. М. Котляр, Д. М. Слизьконіс ; за заг. ред. Д. М. Котляра. Київ : ЦПСА, 2014. 152 с.
5. Кузенко Л. В. Правове регулювання права громадян на інформацію в сфері державного управління : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003.
6. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>
7. Калюжний Р. А., Копан О. В., Марценюк О. Г. Теоретико-методологічні засади інформаційного права України: реалізація права на інформацію : монографія. Київ, 2013. 236 с. URL: https://er.nau.edu.ua/bitstream/NAU/26641/1/Kalujni_New3_.pdf
8. Про практику застосування адміністративними судами законодавства про доступ до публічної інформації : Постанова ВАСУ № 10 від 29.09.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010760-16#Text>
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про інформацію» та Закону України «Про доступ до публічної інформації» : Закон України від 27.03.2014 № 1170-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1170-18#Text>
10. Офіційний сайт Дніпропетровського окружного адміністративного суду. URL: https://adm.dp.court.gov.ua/sud0470/pokazniki-diyalnosti/stat_zvit/
11. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

Анотація

Конєв І. С., Чукаєва В. О. Адміністративно-правове забезпечення доступу до публічної інформації та сучасний стан його реалізації в Україні. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу теоретико-правової розробки концепції доступу до інформації та механізму практичної реалізації такого права особою, їх співвідношення один з одним. Висвітлюються деякі статистичні дані та поради щодо вирішення порушених питань. Акцентується увага на специфічній категорії інформації, такій як публічна, адже концепція доступу до публічної інформації на даний момент набрала глобального розвитку та утверджена близько у 110 країнах світу на рівні національного законодавства. Розглядаються питання рівня забезпеченості доступу до публічної інформації; проблемні аспекти реалізації такого права; суб'єктний склад правовідносин; дані, які можуть бути віднесені до категорії публічної інформації; способи реалізації свого права особою. Розглядаються найбільш поширені зловживання зі сторони розпорядників публічної інформації з приводу її ненадання. Наводяться відповідні системи захисту прав щодо доступу до публічної інформації в Україні та передбачена відповідальність за порушення такого права. Вивчаються правомірні підстави обмеження доступу до певної інформації зі специфічним правовим режимом, критерії обмеження до такого доступу. Досліджується роль та значення забезпечення доступу до публічної інформації для розбудови правової держави з громадянським суспільством. Аналізується сучасний стан та перспективи розвитку правових механізмів реалізації доступу до публічної інформації у сучасній Україні. Особлива увага приділяється дослідженню професійно-кваліфікаційного рівня розпорядників публічної інформації та їх добросовісності в процесі виконання ними своїх функцій, найбільш поширені зловживання та створення перешкод у доступі до публічної інформації суб'єктами владних повноважень або іншими розпорядниками публічної інформації, шляхи їх вирішення, питання рівня обізнаності суспільства у своїх правах на отримання такої інформації та практична можливість їх реалізації. Наводиться низка пропозицій щодо вдосконалення правових механізмів доступу до публічної інформації в Україні та впровадження дієвих засобів у роботу розпорядників інформації для якісного і швидкого забезпечення реалізації права запитувачів.

Ключові слова: доступ до публічної інформації, трискладовий тест, відкритий доступ, обмежений доступ, розпорядники інформації, запитувачі інформації, суспільний інтерес, конфіденційна інформація.

Summary

Koniev I. Ye., Chukaeva V. O. Administrative and legal support access to public information and current state of its implementation in Ukraine. – Article.

The article is devoted to the analysis of theoretical and legal development of the concept of access to information and the mechanism of practical realization of such right by the person, their relation to each other. Some statistics and tips for resolving the issues are covered. Emphasis is placed on a specific category of information, such as public, because the concept of access to public information today has gained global development and is approved in about 110 countries at the level of national legislation. The issues of the level of access to public information are considered; problematic aspects of the implementation of this right; subjective composition of legal relations; data that can be classified as public information; ways to exercise their rights by a person. The most common abuses by public information managers regarding its non-provision are considered. Appropriate protection systems for access to public information in Ukraine are provided and liability for violation of such a right is provided. Legitimate grounds for restricting access to certain information with a specific legal regime, criteria for restricting such access are studied. The role and importance of providing access to public information for building the rule of law with civil society are studied. The current state and prospects of development of legal mechanisms for access to public information in modern Ukraine are analyzed. Particular attention is paid to the study of professional qualifications of public information managers and their integrity in the performance of their functions, the most common abuse and obstruction of access to public information by public authorities or other public information managers, ways to solve them, the level of awareness society in its rights to receive such information and the practical possibility of their implementation. There are a number of proposals for improving the legal mechanisms of access to public information in Ukraine and the introduction of effective tools in the work of information managers to ensure high-quality and rapid implementation of the right of applicants.

Key words: access to public information, three-part test, open access, limited access, information managers, information requesters, public interest, confidential information.

НАШІ АВТОРИ

Баранова Є. В., студентка V курсу факультету адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

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

Воронін В. В., викладач кафедри права, політології та міжнародних відносин Університету імені Альфреда Нобеля

Дахова І. І., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Дерев'янюк Д. С., аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін Інституту права Львівського державного університету внутрішніх справ

Дудник Р. М., кандидат юридичних наук, асистент кафедри загальної теорії права та держави Національного університету «Одеська юридична академія»

Ковальчук Л. В., студентка III курсу юридичного факультету Донецького національного університету імені Василя Стуса

Колісник О. В., кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, асистент кафедри цивільного процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Колосов І. В., доктор філософії у галузі права, приватний експерт з питань права

Конєв І. Є., студент IV курсу юридичного факультету Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

Корнійчук С. Л., студентка IV курсу Навчально-наукового інституту права Державного університету фіскальної служби України

Кулик О. І., кандидат юридичних наук, Товариство з обмеженою відповідальністю «Оператор газотранспортної системи України»

Левандовська І. В., аспірант кафедри конституційного та адміністративного права Національного авіаційного університету, Конституційний Суд України

Мельник О. П., кандидат юридичних наук, доцент, заступник завідувача кафедри фінансового права з наукової роботи Державного університету фіскальної служби України

Нікітенко Л. О., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права Донецького національного університету імені Василя Стуса

Оверко Г. Я., кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права та процесу юридичного факультету Львівського торговельно-економічного університету

Попко Ю. Я., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Інституту права Львівського державного університету внутрішніх справ

Серета О. Г., доктор юридичних наук, професор, в.о. завідувача кафедри трудового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сизоненко А. С., кандидат юридичних наук, доцент, Заслужений юрист України, перший заступник директора Департаменту персоналу Міністерства внутрішніх справ України

Смірнов Г. Ю., аспірант кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Соколова І. О., кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сподарик Ю. В., аспірант кафедри кримінального права та кримінології Львівського державного університету внутрішніх справ

Страшок А. А., аспірант кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Фелонюк Д. Л., аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін Волинського національного університету імені Лесі Українки

Філіппова А. Ю., студентка I курсу Інституту прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Чукаєва В. О., кандидат історичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права, конституційного права та державного управління Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ЗМІСТ

Т. І. Vegova	
Features of use of intellectual property objects: legal bases and procedure.....	3
Ю. В. Борисова, А. В. Біла, В. В. Воронін	
Особливості рішень про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних органами Державної податкової служби: аналіз судової практики.....	9
І. І. Дахова, Є. В. Баранова	
Реалізація викривачами корупції конституційного права на захист	17
D. S. Derevyanko	
Non-property corporate rights as the object of notary protection under the civil legislation of Ukraine.....	23
Р. М. Дудник	
Дуальність системи права: проблеми теорії і практики	29
О. В. Колісник	
Прецедент тлумачення у практиці цивільного судочинства	36
О. І. Кулик	
Правове регулювання ринку віртуальних активів: досвід Швейцарської Конфедерації.....	44
І. В. Левандовська	
Стратегічна комунікація Конституційного Суду України: політика інформування versus комунікаційна політика.....	52
О. П. Мельник, С. Л. Корнійчук	
Принцип незалежності у сфері фінансового контролю.....	59
Л. О. Нікітенко, Л. В. Ковальчук	
Стан розвитку місцевої демократії в Україні та за кордоном: порівняльний аспект	65
Г. Я. Оверко	
Відшкодування збитків у господарському праві.....	71
Ю. Я. Попко	
Правовий статус сільськогосподарських кооперативів та сільськогосподарських кооперативних об'єднань за законодавством України.....	80
О. Г. Серєда, І. В. Колосов	
Державно-правовий механізм захисту прав працівників в Азійсько-Тихоокеанському регіоні: порівняльно-правове дослідження.....	88
А. С. Сизоненко	
Міжнародно-правові стандарти запобігання ювенальній злочинності.....	106
Г. Ю. Смірнов	
Захист переважного права суб'єктів корпоративних правовідносин: питання вдосконалення правового регулювання	115

<i>І. О. Соколова, А. Ю. Філіппова</i>	
Аналіз судової практики щодо булінгу в освітніх закладах України	130
<i>Ю. В. Сподарик</i>	
Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень проти журналістської діяльності	141
<i>А. А. Страшок</i>	
Процесуальне становище перекладача: особливості залучення та участі у кримінальному провадженні.....	151
<i>Д. Л. Фелонюк</i>	
Інституційно-функціональне забезпечення формування та здійснення екологічної політики України: теоретико-правові аспекти визначення поняття	161
<i>В. О. Чукаєва, І. Є. Конєв</i>	
Адміністративно-правове забезпечення доступу до публічної інформації та сучасний стан його реалізації в Україні	167

CONTENTS

Begova T. I. Features of use of intellectual property objects: legal bases and procedure.....	3
Bila A. V., Voronin V. V., Borysova Yu. V. Peculiarities of decisions on refusal to register a tax invoice / calculation of adjustments in the Unified Register of Tax Invoices by the State Tax Service: analysis of case law.....	9
Dahova I. I., Baranova E. V. Realization of constitutional right to protection by whistleblower`s.....	17
Derevyanko D. S. Non-property corporate rights as the object of notary protection under the civil legislation of Ukraine.....	23
Dudnyk R. M. Duality of the legal system: problems of theory and practice.....	29
Kolisnyk O. V. An interpretation precedent in the practice of civil proceedings.....	36
Kulyk O. I. Legal regulation of the virtual assets market (on the example of Swiss Confederation).....	44
Levandovska I. V. Strategic communication of the Constitutional Court of Ukraine: communication policy versus communication policy.....	52
Melnyk O. P., Korniychuk S. L. The principle of independence in the field of financial control.....	59
Nikitenko L. O., Kovalchuk L. V. State of local democracy development in Ukraine and abroad: comparative aspect.....	65
Owerko H. Ya. Compensation for damages in commercial law.....	71
Popko Yu. Ya. Legal status of agricultural cooperatives and agricultural cooperative assosciations under the legislation of Ukraine.....	80
Sereda O. H., Kolosov I. V. Statutory mechanism of employees' rights protection in Asia and Pacific regions: comparative contribution.....	88
Syzonenko A. S. International legal standards for the prevention of juvenile delinquency.....	106
Smirnov H. Yu. Protection of the preemptive right of the subjects of corporate legal relations: the issue of improving the legal regulation.....	115

<i>Sokolova I. O., Filippova A. Yu.</i>	
Analysis of judicial practice on bullying in educational institutions of Ukraine....	130
<i>Spodaryk Yu. V.</i>	
Qualification features of criminal offenses against journalistic activity	141
<i>Strashok A. A.</i>	
Procedural status of translator: features of involvement and participation in criminal proceedings.....	151
<i>Felonyuk D. L.</i>	
Institutional and functional support for the formation and implementation of the environmental policy of Ukraine: theoretical and legal aspects of definition.....	161
<i>Koniev I. Ye., Chukaeva V. O.</i>	
Administrative and legal support access to public information and current state of its implementation in Ukraine	167

НОТАТКИ

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 92

Українською, англійською і російською мовами

Редактор-коректор В. Ізак
Технічний редактор А. Литвиненко

Підписано до друку 05.11.2021. Формат 70x100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 14,95. Зам. № 0122/013

Наклад 100 прим. Вид. № 92.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Телефон: +38 (048) 709 38 69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.ua № 0122/013
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.