

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р. Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Серія КВ № 23026-12866ПР Передплатний індекс 74424

Адреса редакції: вул. Багговутівська, 17–21 м. Київ, 04107, Україна тел.: +380(44) 537-51-10 Головний редактор: доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради: доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України РУСЛАН СТЕФАНЧУК
E-mail: editor.pravoua@gmail.com
Офіційна сторінка у Facebook: <https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Видавничий Дім “Ін Юре”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь Тацій, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій Шемшученко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Батлер (WILLIAM BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій Битяк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; В'ячеслав Борисов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Гончаренко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Крупчан, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена Лукашева, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь Нор, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Віталій Опришко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола Панов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Притика, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабинович, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селванов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селвон, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван Тимченко, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир Тихий, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Шаповал, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр Святоцький (головний редактор), д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Артем Штанько (заст. голови), канд. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балашенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Батанов, д-р юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; Антоніна Бобкова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл

(OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, д-р юрид. наук, проф.; Ірина Венедіктова, д-р юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Гришук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, канд. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Алієв Амір Ібрагім, д-р юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д-р юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д-р юрид. наук, доц.; Оксана Капліна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, канд. юрид. наук, доц.; Василь Кисіль, д-р юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д-р юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Корнякова, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д-р юрид. наук; Олена Кохановська, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко; Володимир Кравчук, д-р юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнецова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д-р юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Лук'янов, д-р юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, канд. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, засл. юрист України; Роман Майданик, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д-р філософії (Ph.D.), доц.; Олександр Мережко, д-р юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Оборотов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид. наук, проф.; Микола Погорельський, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д-р юрид.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

наук, проф.; Олександр Прокопенко, канд. юрид. наук.; Наталія Рассказова, канд. юрид. наук., доц. (Росія); Вікторія Рєзнікова, д-р юрид. наук, проф.; Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Світлана Серьогіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; Ксенія Смирнова, д-р юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д-р юрид. наук; Микола Стефанчук, канд. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д-р юрид. наук; Олег Ткачук, д-р юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, канд. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталія Хуторян, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Чиріч (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д-р юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Єдиний портал аналітики судової практики *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“СУДОВА ВЛАДА В УКРАЇНІ:
ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ”

I. Судова влада: інституціональні питання

Лідія Москвич	
Довіра до суду: стан та інструменти впливу	9
СЕРГІЙ ПРИЛУЦЬКИЙ	
Суд як першооснова предмета судового права України	26
ВАЛЕНТИН СЕРДЮК	
Проблеми створення Вищого антикорупційного суду: первинний аналіз	52

II. Принципи судочинства: проблеми правозастосування

ВІКТОР ГОРОДОВЕНКО	
Реалізація принципу верховенства права у цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя	65
ОЛЬГА ШИЛО	
Компетенція слідчого судді в кримінальному провадженні: теорія, нормативна модель і тенденції розвитку законодавства	79

III. Судова реформа: кадрова політика

ОКСАНА ЩЕРБАНЮК	
Конкурсний добір суддів: проблеми конституційної реалізації	92
ОКСАНА ХОТИНСЬКА-НОР	
Дисциплінарна відповідальність vs незалежність судді: у пошуках балансу	110
Висновки та рекомендації з актуальної теми	123

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

РУСЛАНА ГАВРИЛЮК	
Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини . . .	128

ЦИВІЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

АНАТОЛІЙ КОСТРУБА	
Преюдиціальний запит як інститут похідної юрисдикції у процесуальному праві Франції: питання національної рецепції	144

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

РОМАН МЕЛЬНИК	
Предмет адміністративного права	159

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 3 • 5-6

ЗМІСТ

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

Юрій Шеляженко

Особиста автономія у праві інформаційних технологій. 183

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Правові позиції Верховного Суду

Цивільна юрисдикція

Про захист у судовому порядку права власності
та права користування земельною ділянкою. 201

Господарська юрисдикція

Про оскарження наказів Уповноваженої особи Фонду гарантування
вкладів фізичних осіб у частині визнання нікчемними договорів. 203

Адміністративна юрисдикція

Про дотримання принципів справедливого судового розгляду,
серед яких – рівність усіх учасників адміністративного процесу
перед законом і судом 207

Кримінальна юрисдикція

Щодо дотримання принципу презумпції невинуватості особи доти,
доки цього не буде доведено відповідно до закону 211

ВИЗНАЧНІ ЮРИСТИ

Петро Рабінович, Святослав Добрянський

Професор Філіп Сендс – світовий авторитет із теорії та практики
міжнародно-юридичного захисту прав людини. 214

ЮВІЛЯРИ

Ювілей члена-кореспондента

Національної академії правових наук України

Сергія Гусарова (до 65-річчя від дня народження). 218

ПАМ'ЯТІ ВЧЕНИХ-ПРАВознавців

Світлій пам'яті академіка Національної академії наук України,
академіка Національної академії правових наук України

Валентина Мамутова 223

www.pravoua.com.ua

Актуальна тема наступного номера:

“УКРАЇНСЬКИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ: ІСТОРІЯ І СЬОГОДЕННЯ”

ПРАВО

УКРАЇНИ

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“THE JUDICIARY IN UKRAINE:
ORGANIZATIONAL AND OPERATIONAL ISSUES”

I. The Judiciary: Institutional Issues

LIDIYA MOSKVYCH	
Trust in a Court of Law: the Status and Instruments of Influence	9
SERHII PRYLUTSKYI	
The Court as a Centerpiece of the Subject Matter of Ukraine’s Judicial Law . . .	26
VALENTYN SERDIUK	
Issues Relating to the Establishment of the High Anti-Corruption Court: Initial Analysis.	52

II. Principles of Court Proceedings: Issues of Administration of Law

VIKTOR HORODOVENKO	
Implementation of the Rule of Law Principle in Civil Proceedings in the Context of the Reformation of Justice	65
OLHA SHYLO	
Competence of an Investigating Judge in Criminal Proceedings: Theory, Normative Model and Legislation Development Trends.	79

III. Judicial Reform: Personnel Policy

OKSANA SHCHERBANYUK	
Competitive Selection of Judges: Issues of Constitutional Implementation . . .	92
OKSANA KHOTYNSKA-NOR	
Disciplinary Liability vs Independence of a Judge: Searching for the Balance.	110
OPINIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC.	123

GENERAL THEORY OF LAW AND STATE

RUSLANA HAVRYLIUK	
Legal Nature of Mediation as a Consequence of Existential Features of Man	128

LAW OF CIVIL PROCEDURE

ANATOLIY KOSTRUBA	
Request (Reference) for a Preliminary Ruling as the Institute of Derivative Justice in the Law of Procedure of France: an Issue of National Reception	144

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 3 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

ADMINISTRATIVE LAW

ROMAN MELNYK
Subject Matter of Administrative Law 159

YOUNG SCIENTISTS HAVE THE WORD

YURI SHELIAZHENKO
Personal Autonomy in the Information Technology Law 183

RATIO DECIDENDI – NOVELS OF COURT PRACTICE

Legal Views of the Supreme Court

Civil Jurisdiction

On the Protection of the Property Right and the Land
Use Right in Court 201

Commercial Jurisdiction

On Appealing against Decrees of the Authorized Person of the Individual
Deposits Insurance Fund Concerning Invalidation of Contracts 203

Administrative Jurisdiction

On the Observance of the Fair Trial Principles, Inter Alia, of Equality
of Each Participant to the Administrative Process before Law and Court . . . 207

Criminal Jurisdiction

Regarding the Observance of the Benefit of Doubt Principle Until
Proven Guilty under Law 211

DISTINGUISHED LAWYERS

PETRO RABINOVYCH, SVIATOSLAV DOBRIANSKYI
Professor Philip Sands – World Renowned Expert in the Theory
and Practice of International Legal Protection of Human Rights 214

ANNIVERSARY CELEBRATIONS

Anniversary of the Corresponding Member
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
SERHII HUSAROV (on the 65th anniversary of his birth). 218

OF BLESSED MEMORY OF LEGAL SCHOLARS

Of blessed memory of the Academician of the National Academy
of Sciences of Ukraine, Academician of the National Academy
of Legal Sciences of Ukraine VALENTYN MAMUTOV 223

Central Topic of the Next Issue:

“UKRAINIAN CONSTITUTIONALISM: HISTORY AND OUR TIMES”

Актуальна тема номера:
“СУДОВА ВЛАДА В УКРАЇНІ:
ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ”

I. Судова влада: інституціональні питання



Лідія Москвич

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри організації судових
та правоохоронних органів
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7339-3982>
moskvichlida@gmail.com

УДК 347.97/.99

**ДОВІРА ДО СУДУ:
СТАН ТА ІНСТРУМЕНТИ ВПЛИВУ**

АНОТАЦІЯ. Сьогодні в Україні є очевидним існування системних проблем у відносинах державної влади і суспільства, які протягом останніх років призвели до надзвичайного зниження рівня довіри громадян до державних інституцій загалом та до суду зокрема. Утім, довіра громадян – це особливе джерело сили державної влади й одночасно показник її ефективності. Влада, яка не користується підтримкою населення, якій не довіряють люди, не є життєздатною. Збереження подібного становища при загальній психологічній кризі може викликати підвищення соціальної напруги в суспільстві. Ось чому серед найважливіших завдань, що стоять перед судовою владою в Україні, першочерговим є набуття довіри громадян, підвищення свого авторитету й соціального статусу у суспільстві.

Наукове опрацювання проблеми довіри суспільства до суду як одного з критеріїв його ефективності дасть змогу окреслити напрями оптимізації діяльності судової системи, підвищити авторитет судової влади в суспільстві зокрема та громадську підтримку судової реформи загалом, налагодити їхнє взаєморозуміння і взаємодію з метою більш ефективного здійснення судової політики.

Метою статті є визначення структурних елементів такого системного явища, як довіра до суду, їхній аналіз, з'ясування проблем, що негативно впливають на стан довіри до суду та внесення пропозицій щодо можливих шляхів їхнього вирішення.

Фактично виникнення питання недовіри до однієї з гілок державної влади свідчить про кризу єдності державної влади. Питання довіри до суду є елементом системної довіри до державної влади, а отже, має вирішуватися системними заходами. Водночас певні передумови виникнення недовіри до судової влади закладені

© Лідія Москвич, 2018

Лідія Москвич

в нормативних актах, провокуються конкурентними діями гілок влади та окремими носіями державної влади. виправити ситуацію може правозастосовна та правотлумачна практика, що заснована на принципі верховенства права, і розуміння легітимної мети, закладеної в праві.

Оскільки судова влада є державною владою, то загальні засади формування суспільної довіри до державних інститутів повинні мати свою імплементацію і в механізмах формування довіри до суду. Водночас специфіка функцій, способи формування органів судової влади та її функціонування здійснює визначальний вплив на інструменти формування її позитивного іміджу в суспільній свідомості, надаючи їм специфічні характеристики.

До змістовних елементів, які впливають на формування довіри до суду в учасників процесу, належать: а) незалежність та неупередженість суду при вирішенні конфлікту; б) об'єктивність і всебічність процесу пізнання, а також правильність його результату; в) справедливість судового рішення у матеріально-правовому сенсі; г) справедливість судового розгляду в процесуальному сенсі (як надання сторонам рівних можливостей для відстоювання в суді своїх інтересів); ґ) законність дій та рішень суду.

Ключові слова: суд; судова влада; довіра до суду; доступність суду; компетентність суду; справедливість суду; ризики делегітимації судової влади; інструменти відновлення довіри до суду.

Судова реформа, що нині триває в Україні, проходить під гаслом підвищення суспільної довіри до суду. Останнім часом ця проблема стає обов'язковою темою всіх науково-практичних заходів, у яких зачіпаються питання судової влади. А чи правомірно зосереджувати увагу саме на довірі до суду? Чи може ставитися таке питання лише до однієї з гілок єдиної державної влади? Чому не обговорюється питання довіри до виконавчої чи законодавчої влади? Вочевидь проблема недовіри до однієї з гілок державної влади є наслідком системного явища вищого порядку – делегітимації державної влади загалом. Маємо розуміти, що йдеться про державні інститути, елементи загального державного механізму, а отже, проблеми довіри громадян мають вирішуватися у системному взаємозв'язку.

Нині питанню суспільної довіри до державної влади загалом та судової влади зокрема приділяють чимало уваги політики, соціологи, правознавці. Питання системної довіри до державної влади досліджували: В. Копейчиков, П. Рабінович, М. Орзіх, В. Опришко, В. Сіренко, В. Погорілко, В. Селіванов, Ю. Тодика, М. Цвік, Л. Юзьков, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та ін. Основним концептом їхніх праць є ідея системної довіри до державної влади, що розглядається крізь призму емоційно-вольового сприйняття державної влади, добровільність підкорення владним велінням носія влади.

Серед монографічних досліджень сучасників слід назвати праці С. Гладія¹, В. Городовенка², В. Ковальчука³, Л. Москвич⁴, О. Овсяннікової⁵, С. Прилуцького⁶, А. Селіванова⁷, О. Хотинської-Нор⁸ та ін. Науковці одноставні у висновках, що наявність довіри є найважливішим компонентом усіх людських відносин у будь-якій соціальній системі. Починаючи з розробленої в XIX ст. теорії французького соціолога Е. Дюркгейма щодо існування так званого до довірчого елемента в усіх соціальних угодах, важливість довіри для існування суспільства була визнана всіма, хто вивчає соціальне життя, а її значення для ефективності функціонування судової системи не стало винятком.

Метою дослідження є визначення структурних елементів такого системного явища, як довіра до суду, їхній аналіз, з'ясування проблем, що негативно впливають на стан довіри до суду, та внесення пропозицій щодо можливих шляхів їхнього вирішення.

Н. Луман зазначає, що однією з характеристик сучасних суспільств є розвинена системна довіра, яка означає віру в належне функціонування судової системи: все відбувається відповідно до певної процедури, немає суттєвих недоліків у роботі системи, незначні недоліки перебувають у межах допустимих (очікуваних) помилок⁹. На думку вченого, така форма довіри набуває свого застосування на макрорівні і значно підвищує здатність людей орієнтуватися у суспільстві, до того ж кожна функціональна система вимагає для себе окремої довіри громадськості й нею ж обмежується¹⁰.

За так званою теорією системної довіри під довірою до суду слід розуміти довіру не до дії, мотивів і впевненості людей, а віру в головну ідею інституту суду – прийняття загальнообов'язкового рішення щодо розглянутого спору й гарантія суспільству щодо його виконання. Інакше кажучи, 'замість довіри мотивам людини – довіра процедурам, методам роботи інституту суду. Нагляд і контроль за діями людини змінюються

¹ С. Гладій, 'Легітимність судової влади' (автореф дис канд юрид наук, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого 2015).

² В. Городовенко, *Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні* (Фенікс 2007).

³ В. Ковальчук, *Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці: монографія* (Логос 2011).

⁴ Л. Москвич, *Ефективність судової системи: концептуальний аналіз: монографія* (Фінн 2011).

⁵ О. Овсяннікова, *Транспарентність судової влади: монографія* (Фінн 2010).

⁶ С. Прилуцький, *Вступ до теорії судової влади (Суспільство Правосуддя Держава): монографія* (Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України 2012).

⁷ А. Селіванов, *Конституція Громадянин Суд Професійні та суспільні погляди* (УАІД "Рада" 2009).

⁸ О. Хотинська-Нор, *Теорія і практика судової реформи в Україні: монографія* (Правова єдність, Алерта 2016).

⁹ N Luhmann, *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität* (5 Auflage, Lucius und Lucius 2000) 211-2.

¹⁰ Там само.

на нагляд за результатами діяльності суду й механізму контролю його функціонування¹¹.

Із цього приводу слід зазначити, що певний ризик системної довіри до судової влади закладено Законом України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”¹², яким із тексту Основного Закону було виключено положення, що ‘судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції’¹³. Наслідком став розвиток ідей, що Конституційний Суд України (далі – КСУ) не є відтепер органом судової влади, а політичним інститутом, про що, зокрема, заявила і Велика Палата Верховного Суду у своїй постанові від 14 березня 2018 р.¹⁴. Із таким підходом, на нашу думку, не можна погодитися із декількох причин: по-перше, саме КСУ має бути вагомим інструментом у механізмі стримувань і противаг у взаємовідносинах судової влади із законодавчою та виконавчою владами. Це є однією з основоположних засад теорії поділу влад. По-друге, розглядаючи конституційні скарги, КСУ не може відмежуватися від оцінки конституційності процедури правозастосування, яку здійснив суд, що належить до “системи судоустрою”. Адже норма закону, яку застосував суд, може бути й такою, що відповідає Конституції України, а от процес її правозастосування – ні. Фактично виникає ситуація, при якій “політичний орган” оцінює роботу судді – персонального носія судової влади, приймає рішення, наслідком якого може бути перегляд судового рішення. Чи не нонсенс? По суті, має місце специфічна форма судового контролю. Крім того, як зазначила Велика Палата Верховного Суду у згаданій вище постанові:

<...> цілком виправданим є висновок, що суб’єкт призначення судді Конституційного Суду України має право застосувати до призначеного ним судді заходи політичної відповідальності в разі встановлення цим суб’єктом призначення ознак невідповідності поведінки такого судді високим вимогам, які пред’являються суспільством до судді Конституційного Суду України¹⁵.

Вважаємо, що закріплення статусу КСУ як політичного інституту посягає на засаду незалежності цього органу, порушує питання можливості

¹¹ M Lepsius, ‘Vertrauen zu Institutionen’ *Differenz und Integration Die Zukunft moderner Gesellschaften: 28 Kongress der Deutschen Gesellschaft für Soziologie* (Campus Verl 1996) 285.

¹² Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1401-19> (дата звернення: 08.03.2018).

¹³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (в редакції до 30 вересня 2016 р.). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/ed20140302> (дата звернення: 08.03.2018).

¹⁴ Постанова Верховного Суду від 14 березня 2018 р. № 73195164 у судовій справі № 800/120/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/review/73195164> (дата звернення: 06.04.2018).

¹⁵ Там само.

політичної відповідальності, наслідком чого й буде системна недовіра до державної влади загалом та судової зокрема.

Тобто під довірою до суду слід розуміти *сприйняття судової влади населенням країни, визнання за нею найвищої (остаточної) юридичної компетенції розв'язувати правові суперечки та впливати у такій спосіб на суспільні відносини, і головне – готовність виконувати її рішення*. Інакше кажучи, рівень довіри до суду є показником соціальної легітимності судової влади і пов'язаний із рівнем сприйняття суспільством інститутів судової влади, її механізмів розв'язання правових конфліктів, правильності судових рішень тощо. Якщо державна судова влада втрачає суспільну довіру, виникають “альтернативні”, недержавні інститути розв'язання соціально-правових конфліктів. І хоча інститути “неформальної юстиції” з'являються у відповідь на зниження довіри до “формальної юстиції”, все ж таки слід визнати їх механізмом компенсування суспільної довіри до судової влади як інституту з соціально-правовою природою і фактично закономірним результатом розвитку громадянського суспільства, підвищення рівня правової культури громадян, які намагаються за допомогою створених ними структур навести лад на локальній території або в масштабах всієї держави.

Сучасна концепція альтернативного вирішення спорів може бути визначена як ‘певна сукупність прийомів та способів вирішення спорів між членами суспільства поза межами державної судової системи’¹⁶.

Інститути “неформальної юстиції”, що виникли у минулих сторіччях у низці національно-правових систем як інноваційний інституційний елемент, сьогодні вже можуть розглядатись як одна з традиційних форм вирішення різних, зокрема і правових, конфліктів¹⁷.

Класичними видами такої форми інституціоналізації судової влади є переговори, посередництво, третейський розгляд тощо. Як видається, виникнення та розвиток альтернативних форм вирішення спорів пояснюється тим, що вони засновані не на пріоритеті *захисту інтересів держави*, а на пріоритеті *захисту прав та інтересів окремих осіб*. Окрім того, основними ознаками альтернативної юстиції, які впливають на вибір на її користь, є: а) оперативність розв'язання правової суперечки; б) абсолютний (безспірний) авторитет особи, що виступає у ролі арбітра; в) висока ймовірність об'єктивності та безсторонності арбітра (ознака його незалежності); г) взаємна згода сторін щодо процедури розгляду справи (можливість попереднього узгодження процедури вирішення конфліктів); ґ) добровільне виконання судового рішення. На нашу думку, зазна-

¹⁶ И Писарева, ‘Концепция альтернативного разрешения споров в России’ (1998) 9 Хозяйство и право 28.

¹⁷ Лоуренс Фридман, *Введение в американское право* (Прогресс: Универс 1992) 22-34.

чені характеристики можуть бути використані “офіційною юстицією” у ролі складових підвищення довіри до суду. Справедливість такого припущення може бути доведена з огляду на зміни в українському законодавстві, які були запроваджені останнім часом, зокрема, це визнання у ролі принципу судочинства – розумність строків провадження, запровадження спрощених процедур судового розгляду, інститутів досудового врегулювання спорів (медіація), різних механізмів соціального контролю за якістю (професійною відповідністю) суддівського корпусу та судових рішень, інших механізмів виключення корупційних ризиків у державній системі судочинства тощо.

Отже, повертаючись до аналізу змісту довіри до судової влади, то, на наше переконання, її слід пов’язувати з “суб’єктивним авторитетом”, тобто з тим, як суспільство оцінює спроможність суду впливати на характер та зміст суспільно-правових відносин. Ця складова довіри формується під впливом емоційно-суб’єктивної оцінки *доступності суду, компетентності суду, відповідності способів прийняття рішень та їх змісту (справедливості процедури та судового рішення)* загальним уявленням про судову владу та ін.

Щодо першого – доступності суду, то цьому питанню присвячено чимало праць, та загалом зводиться до таких складових: відсутність фізичних, інституційних і фінансових перешкод вільного звернення до суду. Перша пов’язана зі звичайною територіальною доступністю судової установи. Наприкінці 2017 р. Президентом України було видано низку указів щодо оптимізації системи судоустрою, зокрема мережі місцевих та апеляційних судів. Однак, як вбачається, для мешканців деяких територій аж ніяк не передбачається саме оптимізація територіальної доступності, а як раз навпаки – фізична відстань до суду може сягати 150–200 км. Можливо, у законодавця є план, яким чином буде долатися ця перешкода, але сьогодні ми можемо лише робити припущення. Наприклад, можливе запровадження дворівневої структури місцевих судів (як анонсувалося у програмному документі судової реформи – Концепції удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів від 2006 р.), найнижча ланка яких буде розглядати нескладні цивільні, адміністративні справи та кримінальні проступки (такі собі мирові суди) і будуть мати розгалужену систему, територіально наближену до населення (абзац 2 п. 2 розділ 3)¹⁸. Другий варіант – розвиток проекту “Електронний суд”, однією з можливостей якого є звернення до суду, надання доказів та

¹⁸ Концепція удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: схвалена Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006/print1509542076974082> (дата звернення: 09.03.2018).

участь у судових провадженнях за допомогою телекомунікаційних технологій. Якщо для кримінальної, господарської, адміністративної юрисдикції це більш-менш прийнятно, то для цивільної, гадаємо, матиме неабиякі труднощі. Водночас не можемо не зазначити про потенціал Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яка передбачена Законом України “Про судоустрій і статус суддів”¹⁹. Сьогодні Державна судова адміністрація України вже розпочала пілотну апробацію цього ресурсу в судах міста Києва.

Однак наразі ми маємо суди, подекуди без суддів із повноваженнями, подекуди з половиною або третину від штатного розпису, що змушує суддів призначати справи до слухання на півроку наперед, у підсумку – порушення права громадян на судовий захист у розумний строк. Триває кваліфікаційне оцінювання суддів, у подальшому – конкурс на заміщення вакантних посад у новостворених окружних судах, формування апарату, облаштування нових судів для роботи суддів. Вочевидь питання ефективного судового захисту права у розумні строки найближчим часом не вирішиться, а кількість людей, які не можуть скористатися своїм правом на судовий захист, безупинно зростає, довіра та авторитет суду падає.

Щодо фінансової доступності суду, то порівняно з попередніми роками розмір судового збору значно збільшився, на відміну від заробітних плат людей. Хоча задля справедливості слід зазначити: раніше судовий збір (ще раніше – держмити) у нашій країні був чи не найменший в Європі – лише 1 % у загальному бюджеті судової системи (за винятком Люксембургу, Іспанії, Монако, Ісландії – які взагалі не передбачають плату за судові послуги). Для порівняння: доля судового збору в загальному бюджеті на утримання судової системи в Австрії становить 110,9 %, тобто загальна сума плати за судові послуги, яка отримується за рік, перевищує бюджет судової системи на 10,9 % – судова система не лише компенсує витрати держбюджету країни на її утримання, а й сприяє його наповненню. Досить значна доля судових зборів у загальному бюджеті судової системи також у Мальті – 92,4 %, Туреччині – 55,5 % та близько 30 % – у Великій Британії, Данії, Польщі, Чорногорії, Сербії, Словаччині, Молдові, Боснії й Герцеговині тощо²⁰.

Однак європейські країни мають інший економічний та соціальний стан, і це не можна не враховувати при оцінці саме фінансової доступності суду. Крім того, запровадження монополії адвокатури в суді також,

¹⁹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 09.03.2018).

²⁰ 2016 edition of the report “European judicial systems – European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)” (*Council of Europe*) <<https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/168079048e>> accessed 9 March 2018.

безспірно, вплине на цей показник. Запровадження безоплатної правової допомоги має певні компенсаторні механізми, але, вочевидь, залишається вкрай недостатнім. Цікавою вважаємо практику європейських країн щодо запровадження інституту судового страхування, який окрім послуг професійного адвоката може передбачати і компенсацію судових витрат, а також механізми надання пільг зі сплати судових витрат, залежно від суб'єкта звернення до суду чи категорії справи (сфери порушених питань). Якщо останній має певне застосування в Україні, то інститут судового страхування зовсім нерозвинутий.

Щодо другої складової формування довіри до суду – компетентності суду, то, на наше переконання, у контексті права на суд означає спроможність останнього відповісти на запит будь-якої особи з будь-якого питання, що стосується захисту її права в порядку судочинства. У цьому аспекті, як вбачається, певним обмеженням реалізації права на суд може бути тільки судова спеціалізація. Як приклад трактування Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) необхідності універсалізації компетентності суду можна навести рішення у справі “*Bezmyannaya v Russia*”, в якому судом встановлено порушення права на доступ до суду. Національний суд, до якого звернулася заявниця, вирішив, що справа підсудна іншому суду, й передав її йому. Останній теж не відкривав провадження з мотиву непідвідомчості справи йому. ЄСПЛ визнав, що в цьому разі заявниця опинилася у ситуації так званого “судового вакууму”, коли з причин, що не залежать від людини, суди відмовляються розглядати її справу через те, що вона не входила до їхньої компетенції. Відповідно, ЄСПЛ визнав порушення права заявниці на доступ до суду²¹.

У цьому контексті актуалізується ідея “єдиного вікна”, яка набула свого закріплення у сучасному процесуальному законодавстві України.

Крім того, в науці поняття компетентного суду часто пов'язується з ознакою легальності, тобто суду, утвореного на підставі закону. Закон України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” визначив, що суди утворюються та ліквідовуються законом²². Не аналізуючи зараз питання “легітимної мети” цієї норми, зазначимо лише, що цей Закон відстрочив набуття парламентом цих повноважень до кінця 2017 р., у підсумку – в Україні створені окружні, апеляційні суди, Вищий суд з питань інтелектуальної власності Указом Президента України. Слід наголосити, що зазначений Закон із його перехідними положеннями (щодо відтермінування повноважень парламенту щодо утворення/ліквідації судів) і зміни до Конституції України щодо позбавлення Пре-

²¹ *Bezmyannaya v Russia* App no 21851/03 (ECtHR, 22 December 2009).

²² Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) (н 12).

зидента України повноважень утворювати та ліквідовувати суди набули чинності одночасно, перехідні ж положення Конституції України були доповнені п. 161 такого змісту:

6) до впровадження нового адміністративно-територіального устрою України відповідно до змін до Конституції України щодо децентралізації влади, але не довше ніж до 31 грудня 2017 року, утворення, реорганізацію та ліквідацію судів здійснює Президент України на підставі та у порядку, що визначені законом²³.

Проте Закон України “Про судоустрій і статус суддів” зазначеного “порядку” не визначив, а отже, вкрай спірним є питання саме “законності” процедури ліквідації мережі місцевих та окружних судів й утворення нових окружних судів саме Указом Президента України.

Необхідно зазначити, що на необхідність законодавчого визначення порядку утворення суду неодноразово вказував ЄСПЛ. Наприклад, у справі “*Leo ZAND v Austria*” він акцентував увагу на тому, що ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод людини (далі – Конвенція) передбачає, що кожна деталь у питаннях, які стосуються судоустрою, має регулюватися законодавством через офіційний акт парламенту, зокрема й у випадку, якщо законодавство визначає, принаймні, організаційну структуру судоустрою. Необхідність законності організації судової влади є однією з вимог Конвенції²⁴.

Прецедентна практика ЄСПЛ виходить із того, що:

Метою і призначенням п. 1 ст. 6 Конвенції є вимога про те, щоб судоустрій у демократичному суспільстві не залежав від виконавчої влади, а регулювався законом, який виходить від парламенту. Пункт 1 ст. 6 Конвенції передбачає, що кожна деталь у питаннях, які стосуються судоустрою, повинна регулюватися законодавством через офіційний акт парламенту, у тому випадку, якщо законодавство визначає, принаймні, організаційну структуру судоустрою²⁵.

Тож положення Закону України “Про судоустрій і статус суддів” щодо законодавчого порядку утворення (ліквідації) судів слід вівати, проте залишається без розумного пояснення, чому ці повноваження парламент набув лише через 1,5 роки після набуття законом чинності. Нездобірним залишається факт утворення Верховного Суду та ліквідації Верховного Суду України. І перший, і другий є найвищими судами в

²³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) (н 12).

²⁴ *Leo Zand v Austria* App no 7360/76 (Commission Decision, 12 October 1978).

²⁵ *Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика* (Л Архипова ред, Д Гомьен та Д Харрис та Л Зваак пер, МНИМП 1998) 219.

системі судоустрою країни. Вочевидь, має йтися саме про реорганізацію, а не ліквідацію суду, а отже, правові наслідки також мають бути іншими. Якщо перше запитання є риторичним, то на друге має дати відповідь КСУ. У будь-якому разі сумнів у законності рішення, процедури утворення та ліквідації судів не сприяє формуванню суспільної довіри до влади загалом і судової зокрема, адже демонструє сумнівні з погляду законності дії вищих органів державної влади та породжує думки про дійсну незалежність суду. Не сприяють цьому і новели Закону України “Про судоустрій і статус суддів” щодо, зокрема, питань притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. З одного боку, треба визнати позитив у намаганні запровадити єдині стандарти оцінки у дисциплінарних провадженнях щодо суддів через акумуляції компетенції з цього питання в єдиному органі, склад якого на сьогодні відповідає міжнародним вимогам – більшість суддів. Проте, з другого боку, не можна не зазначити, що зосередження в єдиному органі питань і дисциплінарного провадження, і звільнення суддів, навіть із певними застереженнями щодо організаційних і процедурних питань, все ж таки сприяє ризику формування системи впливу на суддів нового органу – Вищої ради правосуддя. Ситуація ускладнюється і виключним переліком підстав для оскарження рішення цього органу. Із цього приводу зазначимо, що більш доцільним було б утворення окремого дисциплінарного органу, на кшталт Дисциплінарного суду Польщі, в якому на публічних і змагальних засадах судді могли б відстоювати свою професійну честь та репутацію, що, на нашу думку, сприятиме зміцненню гарантій правового статусу суддів, додержання їхніх прав.

Щодо третьої складової, що впливає на довіру до суду, – *справедливості процедури та судового рішення загальним уявленням про судову владу*, то, говорячи про судову процедуру, слід зазначити, що це досить складне явище, яке зовсім не обмежується процесуальними нормами, які регламентують процес судового розгляду. Як і будь-яке явище юридичного життя, судова процедура має свої передумови існування; основоположні принципи, які формують її загальну характеристику; критерії та вимоги, що висувуються до неї; зміст та форму, ціль, механізми та важелі здійснення; межі дії тощо. Правова регламентація судової процедури повинна бути підпорядкована її суті та меті. Вона являє собою юридичну канву або юридичне оформлення діяльності суду при вивченні правового конфлікту. Зі свого боку, як сама судова процедура (її зміст) значно ширша за свою правову регламентацію, так і предмет судового розгляду не завжди можливо укласти в межі певної норми. Щодо першого, то В. Розін виокремлює три різні сторони, з якими має справу суддя:

По-перше, це технологія й організація судового процесу; по-друге, процес юридичного пізнання, що включає організацію змагальності сторін, вивчення всіх обставин справи, оцінку поведінки і дій основних учасників процесу та інші моменти; по-третє, це управління судовим процесом²⁶.

Щодо другого, то очевидно, що правові приписи, будучи абстрактними, не здатні забезпечити повну правову регламентацію множинності існуючих у сучасному суспільстві конкретних відносин. Тому логічно, що у судовому процесі виникатиме необхідність співвідношення законної діяльності суду з оптимальним шляхом застосування правової норми в конкретній життєвій ситуації. Як справедливо зазначив О. Аверін:

Вирішення судом правових конфліктів без врахування індивідуальних особливостей конкретної справи, без врахування соціальної значущості застосованої норми права характеризує правозастосовну діяльність суду як юридичний формалізм, що протирічить і духу права, і принципу верховенства права²⁷.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок про те, що судова процедура повинна відповідати не лише вимогам законності, а й справедливості. Саме ж поняття справедливості у суспільній свідомості асоціюється із поняттям права, а не закону. Тому можна зробити припущення, що однією з причин втрати судовою владою довіри може бути неправовий характер законів, на який вона спирається. Щодо останнього, то доречним є наведення думок А. Зайця та Р. Лівшиця, які вважають, що правові закони слід розглядати під двома кутами зору: формальним і змістовним; із формальної точки зору важливо, щоб закони чи інші нормативно-правові акти приймалися відповідними органами і відповідно до встановленої процедури; зі змістовної точки зору важливим є те, наскільки закон відповідає таким загальнолюдським цінностям, як свобода, рівність, права людини; лише з урахуванням цих двох складових закон набуває легітимного характеру, а отже – визнання з боку суспільства²⁸.

Ця теза стосується і судової влади: рівень довіри до неї значною мірою залежить від того, наскільки її дії та рішення узгоджуються із соціальними цінностями. При цьому слід наголосити саме на “узгодженості”, а не на цілковитій відповідності соціальним цінностям, що загалом є немож-

²⁶ В Розин, *Генезис права* (NOTA BENE 2001) 145-6.

²⁷ Александр Аверин, *Истина и судебная достоверность (Постановка проблемы)* (2-е изд, Юридический центр Пресс 2007) 82-3.

²⁸ А Заець, ‘Легітимація приписів держави як кінцева стадія державотворення’ в В Опришко та інші (ред), *Державно-правова реформа в Україні: Науково-практична конференція* (Інститут законодавства Верховної Ради України 1997) 54-6; Р Лівшиц, ‘О легитимности закона’ (1995) 4 Теория права: новые идеи 18.

ливою через стратифікованість суспільства, неоднорідність системи його цінностей. У цьому сенсі можна стверджувати, що поняття довіри суспільства до судової влади несе в собі певну аксіологічно-правову основу. Фактично наявність зазначеної аксіології, що імпліцитно присутня на рівні суспільно-правової свідомості і дає громадянам можливість виносити власні оцінки діяльності судової влади, а також моделювати своє ставлення до неї як до справедливої чи несправедливої, законної чи незаконної, доцільної чи недоцільної. У формування суспільної довіри до суду це проектується на пошук такого стану, коли судові рішення відповідає моральним нормам, які є дієвими і реально імплементуються в життя завдяки закону та судовим рішенням.

Другим напрямом впровадження справедливості, як ми зазначили, є судові рішення. Саме справедливість судових рішень як результату, продукту діяльності судової влади підлягає суспільній оцінці при оцінюванні співвідношення діяльності суду і реальних уявлень, очікувань суспільства щодо цієї діяльності. Від отриманого результату суттєво залежатиме рівень довіри до суду.

У суспільній думці справедливість не завжди збігається із законністю. У правозастосовній практиці можливі випадки, коли прийняте рішення є правильним із юридичного погляду, однак з урахуванням індивідуальних особливостей випадку може не сприйматися суспільством як справедливе. Як визнав в одному зі своїх рішень КСУ, '<...> закон іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи'²⁹. Відповідно, в такому разі правозастосувач не зможе прийняти справедливе рішення, оскільки рівень розвиненості законодавства не відповідає рівню суспільної моралі. Однак суд не відноситься до "звичайних" правозастосувачів, лише суду держава надала виключне право у своїй діяльності спиратися не лише на принцип законності, а й на принципи верховенства права та справедливості, що передбачено сучасним процесуальним і судоустрійним законодавством України.

Щодо принципу верховенства права, то, як зазначив Ю. Грошевий, він заснований на тому, що:

Правозастосовник не повинен бути зв'язаний експліцитним змістом закону, ототожнювати з ним право. Цьому принципу належить розкрити *ідеал* (легітимну мету) (курсив наш. – Л. М.), заради якого було прийнято закон, вичленувати не формальне його значення, а сутнісне, відповідно

²⁹ Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) (справа № 1-33/2004). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (дата звернення: 12.03.2018).

до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями і визначають зміст і спрямованість діяльності держави³⁰.

Подібною є й офіційна позиція КСУ, який в одному зі своїх рішень визначив:

Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України³¹.

Тобто в описаній ситуації справедливим буде те судове рішення, яке буде ґрунтуватися не лише на певній правовій нормі, а й враховуватиме потреби суспільства і знання соціальної реальності. Суд повинен намагатися розв'язати колізію між нормою права та суспільною мораллю в межах діючої правової системи, щоб не порушити іншу засаду судочинства – правову визначеність. Це можна зробити шляхом справедливого тлумачення відповідної норми і пізнання її *істинного* змісту, тобто легітимної мети.

Таким чином, справедливість є однією з основоположних засад у судовій діяльності, коли суду надана “свобода розсуду”, коли він здійснює функцію з індивідуального урегулювання спірних суспільних відносин. При цьому справедливість, необхідними умовами якої є законність й обґрунтованість, тісно пов'язана з принципом доцільності. Тобто справедливим у межах закону може бути визнане єдине можливе в конкретному випадку, найбільш оптимальне, розумне, гуманне рішення. Воно може бути знайдене на ґрунті правильного з'ясування обставин справи, їхньої правильної правової і соціальної оцінки та тлумачення конкретної правової норми в системі інших норм галузі права, а за необхідності – і всього права загалом.

³⁰ Ю. Грошевий, ‘Проблеми спеціалізації процесуальних процедур’ в В. Комаров (ред), *Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України: Міжнародна науково-практична конференція* (Національна юридична академія України 2007) 26-8.

³¹ Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (у справі про призначення судом більш м'якого покарання) (справа № 1-33/2004) (н 29).

Висновки. Підсумовуючи викладене, зазначимо: рівень довіри до судової влади взаємопов'язаний зі станом суспільної довіри до державної влади загалом, а тому заходи її підвищення мають розроблятися і впроваджувати у системному взаємозв'язку. Водночас судовій владі притаманна низка специфічних ознак, що має впливати на зміст заходів, спрямованих на легітимацію суду. Оскільки довіра до суду є станом, що формується під впливом емоційно-суб'єктивної оцінки доступності суду, його компетентності, відповідності способів прийняття рішень та їх змісту (справедливості процедури та судового рішення) загальним уявленням про судову владу, основним аспектом формування позитивного іміджу суду загалом є індивідуальна поведінка носія судової влади. Тому до змістовних елементів, які впливають на формування довіри до суду в учасників процесу, належать: а) незалежність та неупередженість суду при вирішенні конфлікту; б) об'єктивність і всебічність процесу пізнання, а також правильність його результату; в) справедливість судового рішення у матеріально-правовому сенсі; г) справедливість судового розгляду в процесуальному сенсі (як надання сторонам рівних можливостей для відстоювання в суді своїх інтересів; г) законність дій та рішень суду.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. 2016 edition of the report “European judicial systems – European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)” (*Council of Europe*) <<https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/168079048e>> accessed 9 March 2018 (in English).
2. Konstytutsiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR (v redaktsii do 30 veresnia 2016 r.). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/ed20140302> (accessed: 08.03.2018) (in Ukrainian).
3. Kontseptsiiia udoskonalennia sudivnytstva dlia utverdzhennia spravedlyvoho sudu v Ukraini vidpovidno do yevropeiskykh standartiv [The Concept of Improving the Judicial Process for the Establishment of a Fair Trial in Ukraine According to the European Standards]: skhvalena Ukazom Prezydenta Ukrainy [Approved by Decree of the President of Ukraine] vid 10 travnia 2006 roku № 361/2006. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006/print1509542076974082> (accessed: 09.03.2018) (in Ukrainian).
4. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 09.03.2018) (in Ukrainian).
5. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo pravosuddia) [On Amending the Constitution of Ukraine (Concerning Justice)]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine]

vid 2 chervnia 2016 r. № 1401-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1401-19> (accessed: 08.03.2018) (in Ukrainian).

Cases

6. *Bezmyannaya v Russia* App no 21851/03 (ECtHR, 22 December 2009) (in English).
7. *Leo Zand v Austria* App no 7360/76 (Commission Decision, 12 October 1978) (in English).
8. Postanova Verkhovnoho Sudu [Judgment of the Supreme Court] vid 14 bereznia 2018 r. № 73195164 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/120/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/review/73195164> (accessed: 06.04.2018) (in Ukrainian).
9. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 2 lystopada 2004 r. № 15-rp/2004 za konstytutsiinym podanniam Verkhovnoho Sudu Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen statti 69 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (u spravi pro pryznachennia sudom bilsh miakoho pokarannia) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine Dated November 2, 2004 № 15-rp/2004 in the Case Following the Constitutional Petition of the Supreme Court of Ukraine Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of Article 69 of the Criminal Code of Ukraine (in the Case of Sentence Mitigation by Court)] (sprava [Case] № 1-33/2004). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (accessed: 12.03.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

10. Lepsius M, 'Vertrauen zu Institutionen' *Differenz und Integration Die Zukunft moderner Gesellschaften: 28 Kongreß der Deutschen Gesellschaft für Soziologie* (Campus Verl 1996) (in German).
11. Luhmann N, *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität* (5 Auflage, Lucius und Lucius 2000) (in German).
12. Averin Aleksandr, *Istina i sudebnaya dostovernost' (Postanovka problemy) [Truth and Credibility at Court (Problem Statement)]* (2-e izd, Yuridicheskiy tsentr Press 2007) (in Russian).
13. Fridmen Lourens, *Vvedenie v amerikanskoe pravo [Introduction to the American Law]* (Progress: Univers 1992) (in Russian).
14. Horodovenko V, *Problemy stanovlennia nezaleznoi sudovoi vlady v Ukraini [Issues of Establishment of Independent Judiciary in Ukraine]* (Feniks 2007) (in Ukrainian).
15. Khotynska-Nor O, *Teoriia i praktyka sudovoi reformy v Ukraini: monohrafiia [Theory and Practice of the Judicial Reform in Ukraine: Monograph]* (Pravova yednist, Alerta 2016) (in Ukrainian).
16. Kovalchuk V, *Lehitymnist derzhavnoi vlady v pravovii teorii ta derzhavno-pravovii praktytsi: monohrafiia [State Power Legitimacy in Legal Theory and Practice of State Law: Monograph]* (Lohos 2011) (in Ukrainian).
17. Moskvych L, *Efektivnist sudovoi systemy: kontseptualnyi analiz: monohrafiia [Efficiency of the Judicial System: Conceptual Analysis: Monograph]* (Finn 2011) (in Ukrainian).
18. Ovsiannikova O, *Transparentnist sudovoi vlady: monohrafiia [Transparency of the Judiciary: Monograph]* (Finn 2010) (in Ukrainian).
19. Prylutskyi S, *Vstup do teorii sudovoi vlady (Suspilstvo Pravosuddia Derzhava): monohrafiia [Introduction to the Theory of the Judiciary (Society Justice State): Monograph]* (Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2012) (in Ukrainian).
20. Rozyn V, *Henezys prava [The Genesis of Law]* (NOTA BENE 2001) (in Ukrainian).

Лідія Москвич

21. Selivanov A, *Konstytutsiia Hromadianyn Sud Profesiini ta suspilni pohliady* [Constitution Citizen Court Professional and Public Views] (UAID “Rada” 2009) (in Ukrainian).

Edited and translated books

22. *Evropeyskaya konventsiiya o pravakh cheloveka i Evropeyskaya sotsial'naya khartiya: pravo i praktika* [The European Convention on Human Rights and the European Social Charter: Law and Practice] (Arkhipova L red, Gom'en D ta Kharris D ta Zvaak L per, MNIMP 1998) 219 (in Russian).

Journal articles

23. Livshits R, 'O legitimnosti zakona' ['About the Legitimacy of the Law'] (1995) 4 *Teoriya prava: novye idei* 18 (in Russian).
24. Pisareva I, 'Kontsepsiya al'ternativnogo razresheniya sporov v Rossii' ['The Concept of Alternative Dispute Resolution in Russia'] (1998) 9 *Khozyaystvo i pravo* 28 (in Russian).

Conference papers

25. Hroshevyi Yu, 'Problemy spetsializatsii protsesualnykh protsedur' ['Specialization Issues of Procedures in the Process'] v Komarov V (red), *Aktualni problemy zastosuvannia Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy ta Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia* [Actual Issues of Application of the Civil Procedure Code of Ukraine and the Administrative Procedure Code of Ukraine: International Scientific and Practical Conference] (Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy 2007) 26-8 (in Ukrainian).
26. Zaiets A, 'Lehitymatsiia prypysiv derzhavy yak kintseva stadiia derzhavotvorennia' ['Legitimation of Statutory Regulations as the Final Stage of State Building'] v Opryshko V ta inshi (red), *Derzhavno-pravova reforma v Ukraini: Naukovo-praktychna konferentsiia* [Reform of State Law in Ukraine: Scientific and Practical Conference] (Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 1997) 54-6 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

27. Hladii S, 'Lehitymnist sudovoi vlady' ['Legitimacy of the Judiciary'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Yaroslava Mudroho 2015) (in Ukrainian).

Lidiia Moskvych

TRUST IN A COURT OF LAW: THE STATUS AND INSTRUMENTS OF INFLUENCE

ABSTRACT. Currently in Ukraine there are obvious systemic problems in the relations between the state authorities and society, and over the recent years such problems have significantly decreased the level of public trust in the state institutions in general and in courts in particular. However, trust of citizens is a special source of power of the state authorities and an indicator of their efficiency at the same time. A government which does not enjoy support of the population and is not trusted by the public is not viable. If such a situation continues in the context of the overall psychological crisis, this can result in an increased social tension in society. That is why the priority goal among the most important

www.pravolia.com.ua

tasks currently faced by the judiciary in Ukraine is to gain trust of citizens, increase its authority and social status in society.

A scientific study of the issue of public trust in a court of law as one of the criteria of its efficiency will allow outlining the areas in which the judicial system can be optimized, increasing the authority of the judiciary in society in particular and public support for the judicial reform in general, and also will contribute to their understanding and interaction with a view to more efficient implementation of the judicial policy.

The purpose of this article is to determine the structural elements of such a systemic phenomenon as trust in a court of law and make their analysis, and also to elucidate the issues which negatively affect the situation with trust in courts and to make proposals regarding possible ways of solving such issues.

Actually, the emerged issue of distrust in one of the branches of state power indicates that the state power faces the crisis of unity. The issue of trust in courts is an element of systemic trust in the state power, and therefore should be addressed by systemic measures. At the same time, certain prerequisites for such distrust in the judiciary are entrenched in the statutory regulations and provoked by competitive actions of the branches of government and separate entities vested with state power. The situation can be remedied by law enforcement and law interpretation practices based on the principles of the rule of law and understanding of the legitimate goal of law.

Since the judicial power is the state power, the general principles based on which public trust in state institutions is built should also be implemented in the mechanisms of building trust in courts. At the same time, the specific nature of functions and the methods via which the judiciary is established and operates has a determining impact on the tools forming its positive image in the public consciousness by giving them specific characteristics.

The meaningful elements having an impact on how the trust in courts is formed by participants of the court process are: a) independence and impartiality of the court in resolving a conflict; b) objective and comprehensive nature of the cognition process and the correctness of its outcome; c) fairness of a court decision in terms of the law of substance; d) fairness of a trial in terms of the law of procedure (for instance, providing the parties with equal opportunities to defend their interests in court; d) legality of actions and decisions of a court.

KEYWORDS: court; the judiciary; trust in a court of law; accessibility of a court of law; competence of a court of law; fair trial by a court of law; risks of delegitimization of the judiciary; tools for restoring the trust in a court of law.



Сергій Прилуцький

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри правосуддя Київського національного
університету імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
priluckiys77@gmail.com

УДК 342.41; 342.56

СУД ЯК ПЕРШООСНОВА ПРЕДМЕТА СУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Вхідження України до європейського правового простору вимагає від вітчизняних науковців і практиків переосмислити та по-новому поглянути на вже давно усталені правові інститути, одним із яких є суд. Головна проблема, що порушена у цьому дослідженні, пов'язана з назрілою філософсько-правовою суперечністю між положеннями Конституції України, які встановлюють, що правосуддя в державі здійснюється виключно судами, а делегування функцій судів або привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються, та положеннями ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на справедливий суд) і практикою Європейського суду з прав людини, у якій втілено цю норму. Суть означеної проблематики полягає у тому, що для вітчизняної правової думки досить сталим (непорушним) є сприйняття того, що суд – це державний орган, правове положення якого визначається межами судової системи, а більшість науковців обстоюють позицію, що суд – це орган державної влади; носієм судової влади як різновиду державної влади є тільки державні суди, визначені Конституцією та законами України, тому жодні інші органи не можуть наділятися функціями зі здійснення судової влади. Інакше розуміє суд західноєвропейська правова доктрина, яка вбачає, що цей правовий інститут може набувати різних організаційних форм, зокрема й позадержавних.

Мета та завдання статті полягають у розкритті сутності соціально-правового феномена суду, виявленні його основних ознак та проявів на різних етапах розвитку людства, а також у проведенні всебічного наукового аналізу цього правового інституту. Для досягнення цієї мети необхідно: розкрити етимологію слова “суд” та здійснити філософський, антропологічний та історичний аналіз цього соціального явища; з'ясувати сучасні концепти взаємодії між державою та судом; встановити співвідношення, взаємовплив та залучення міжнародного суду до національної правової системи.

У статті обґрунтовується, що суд – це явище, в основі якого лежить природна здатність людини до сприйняття, аналізу та критичної оцінки інформації через призму її соціального світосприйняття. Виникнення суду як окремої форми людських відносин пов'язано з ранніми стадіями не тільки людської цивілізації, а й самого

розвитку людини як істоти соціальної. З'ясовано, що цей процес припав на період докласового, родоплемінного устрою, коли основні економічні інститути (власність та засоби виробництва) перебували у зародковому стані. Обґрунтовується, що феномен суду має соціокультурну основу, яка в умовах боротьби “кожного проти кожного” вплинула на консолідацію людей та формування тісних соціальних зв'язків, а з часом і тісних союзів публічної влади. Суд як інститут суспільної організації та взаємодії людей є докласовим, а право на судовий захист стало одним із первісних та природних прав людини “цивілізованої”.

Пропонується розмежувати “суд” як окремих соціальний інститут та “суд” як інститут публічної влади. Саме зі зміцненням держави на основі єдиновладдя державний суд почав перебирати, а згодом практично повністю привласнив функції та роль суду як соціального інституту. Проте в усі історичні епохи ці дві формації суду існували й існують паралельно, впливаючи одна на одну, а часто і зливаючись воедино. Як унікальний соціальний феномен, суд існує й розвивається за правилами та законами соціального розвитку людей, іноді навіть незалежно та у розріз із позитивним правом держави.

Нині суд зберігає та відіграє визначальну роль в існуванні окремих суспільств, держав, побудові новітнього глобального світопорядку. Водночас реалії вказують на те, що суспільства розпадаються, а держави руйнуються, якщо вони втратили чи не зуміли організувати соціально-правові основи справедливого суду.

Саме суд, будучи унікальним соціально-правовим феноменом, є першоосною предмета судового права як самостійної галузі права, що відроджується на тлі сучасних реформаційних перетворень правової системи України.

Ключові слова: суд; справедливість; совість; суспільство; держава; судове право.

Стрімкі процеси зближення й гармонізації донедавна відмінних правових систем на основі ідеї верховенства права, а також лібералізації правових порядків на ґрунті вчення природно-правової доктрини права вносять суттєві корективи у розуміння і зміст навіть усталених правових понять та інститутів, одним із яких є суд.

Для вітчизняної правової науки та практики назріла низка гострих проблемних питань, які безпосередньо стосуються предмета судового права і не “втискаються” у класичне сприйняття суду винятково як органу державної влади, окресленого межами судової системи (системи державних судів).

Мета дослідження полягає у розкритті сутності соціально-правового феномена суду, виявленні його основних ознак і проявів на різних етапах розвитку людства, а також у проведенні всебічного наукового аналізу суду як унікального соціально-правового феномена. Для досягнення цієї мети було поставлено такі завдання:

1. Розкрити етимологію слова “суд” і провести філософський, антропологічний та історичний аналіз цього соціального явища.
2. З'ясувати сучасні концепти взаємодії між державою та судом.

3. Встановити співвідношення, взаємовплив і “підключення” міжнародного суду до національної правової системи.

У зв'язку із тим, що в основу цього наукового дослідження ліг інтегративний метод пізнання, що значною мірою позначилося на структурі статті, автор провів наскрізний аналіз основних досліджень та публікацій у сфері філології, філософії, антропології та юриспруденції, у яких започатковано розв'язання порушеної проблеми.

Феномен суду: філософський, антропологічний та історичний аспекти

Пізнання сутності такого складного соціально-правового явища, як суд, потребує передусім з'ясування етимології цього терміна. Сучасні філологічні розвідки вказують на те, що слово “суд” зі значенням “орган для розгляду судових справ, судова установа” вживається майже в усіх слов'янських мовах (відсутнє лише в полабській мові). Це слово, безперечно, праслов'янського походження, проте загальноприйнятої етимології воно не має.

Детальний філологічний аналіз властивих слову “суд” значень у різних слов'янських мовах вказує на його первісне значення як “думка про когось, про щось”. Водночас низка префіксальних утворень, однокореневих із цим словом, характеризуються значенням (і лише цим одним значенням), яке виражає процес думання або говоріння (укр.: пересуди – “пусті балачки, поговор”, осуд – “осудження, огуда”, розсуд – “рішення, висновок; розмірковування, роздум; розум; суд”; рос.: обсудить – “обміркувати; обговорити”, рассудить – “обміркувати; розміркувати; вирішити” та ін.), а тому є припустимим, що первісним значенням слова “суд” було “обговорення, висловлення думки (про когось)”. Також у низці індоєвропейських мов значення “суд (судова влада, судовий процес, судове засідання, судове рішення)” у відповідному слові (різному в різних мовах) розвинулося зі значення “судження, думка, погляд”¹.

Тим самим первинне значення слова “суд”^{*} вказує на внутрішню розумову діяльність людини, спрямовану на з'ясування та вирішення питань, які стали предметом її судження. Зі свого боку “судження” – це фор-

¹ Віталій Скляренко, ‘Етимологічні розвідки’ 2011 (5) Мовознавство 3.

^{*} Суд (*судить*) – понимать, мыслить и заключать; разбирать, соображать и делать вывод; доходить от данных к последствиям; сравнивать, считать и решать; || толковать, рассуждать, выслушивать мнения, советы, убеждения; сделать верное заключение || думать, полагать, заключать по признакам, примета. *Суждение* || самый вывод, заключение, мнение. || Весь ход мыслей, последовательность выводов. || Суд – суждение, рассуждение; вывод или заключение, мнение, высказанная оценка чего. || Разбирательство и приговор по спорному делу, или по проступку и преступлению, рассмотрение и решения дела где есть истец и ответчик <...>. *Третейский суд*, когда по соглашению, двое избирают сами третьего, покоряясь его суду. *Судбище*, суд судебное разбирательство и судебная расправа. *Судья*, судья кто судит о чем либо, соображает и заключает. *Сколько людей, столько судей. Никто не судья своему делу или в своем деле.* Кто судит по праву, по долгу, обязанности, кому дан суд, кто сидит в суде, творит суд и правду, дает расправу. *Праведный судья одесную Спасителя стоит.* Судьба суд, судилище, судбище и расправа (Владимир Даль, *Толковый словарь живого великорусского языка: репринтное воспроизведение изданий 1955, 1889-1882* (Русский язык 1989-1991) 355-6).

ма логічного мислення, що являє собою поєднання понять, серед яких одне (суб'єкт) визначається і розкривається через інше (предикат)².

Водночас судження – це форма думки, в якій що-небудь стверджується або заперечується. Поряд і в зв'язку із цим у традиційній формальній логіці вивчаються поняття й умовиводи. У сукупності вони охоплюють усе мислення. Судження – головне серед них, бо поняття розкривається у дефініції, визначенні, а умовиводи складаються із суджень. Отже, останні становлять основний склад думки.

У судженні присутні два відношення: внутрішнє і зовнішнє. Перше – це зв'язок термінів або понять. Друге – це відношення судження до дійсності. У цьому напрямі воно узгоджує або протиставляє думку і реальність. Твердження і заперечення, які наявні в судженні, водночас виконують подвійну функцію: співвіднесення (позитивне чи негативне) термінів, з одного боку, і співвіднесення думки й об'єктивної дійсності – з другого. Залежно від того, на чому зосереджували увагу, виникали різні тлумачення судження. Мислення не є чимось нейтральним, воно судить, є світ суджень – співвіднесення мислення з буттям³.

Свого часу О. Кістяківський зазначив, що:

Слово “суд”, “судження” у філософському сенсі означає розумовий процес, завдяки якому людина з'єднує дві ідеї для того, щоб одержати із такого зіставлення відповідний висновок. У сенсі кримінально-юридичному це слово вживається для вираження подібної розумової операції, шляхом якої застосовується загальна ідея про злочин та покарання до конкретного факту, а також здійснюється у вигляді висновку шляхом твердження чи заперечення вини особи та співвідносного їй покарання. Суд у цьому смислі є видом суду у першому чи родовому сенсі.

Крім згаданих смислів слово “суд” часто вживається для вираження сукупності матеріальних умов, які служать знаряддям для згаданої розумової операції і які необхідні, щоб висновок відповідав істині. Суд в останньому значенні, як сукупність матеріальних умов, є суб'єктом, який має своїм предметом чи об'єктом суд у першому сенсі, суто інтелектуальному. Суд, що розглядається із зовні чи з боку матеріальних умов, не має підстав свого існування в самому собі, а тільки у своєму предметі чи об'єкті, оскільки зовнішні умови кримінального суду не мають іншої причини існування, як тільки для того, щоб здійснювати інтелектуальний процес суду, відповідно до істини. В об'єктивному сенсі, тобто в смислі інтелектуального процесу, суд підкоряється правилам логіки, яка у спеціальному сенсі називається юридичною логікою⁴.

² Сергей Ожегов, *Словарь русского языка: около 57000 слов* (Н Шведова ред, 16-е изд, Русский язык 1984) 676.

³ Михайло Булатов, *Філософський словник* (Стилос 2009) 479.

⁴ Александр Кистяковский, *Общая часть уголовного судопроизводства: лекции читанные в императорском университете Святого Владимира профессором А Ф Кистяковским* (О Баулин и другие ред, Семенко 2005) 20.

Із позиції сучасної філософії, судити або ж висловлювати судження – означає підбивати певний підсумок; ця перша мета нехтує актом судження як юридичним чинником, тобто заперечує його здатність виступати у ролі судді, залишаючи в межах нетехнічного, неюридичного розуміння. У повсякденному сенсі термін “судити” П. Рікер пропонує класифікувати відповідно до “порядку зростаючої напруги” і зазначає, що:

У “слабкому” сенсі “судити” – означає висловлювати думку; ця думка висловлюється із приводу чогось. У другому, “сильнішому”, сенсі “судити” – означає оцінювати; таким чином, додається ієрархічний елемент, який виражає преференцію, поцінування, апробацію. Третій ступінь посилення значення відображає зустріч між суб’єктивним і об’єктивним полюсами судження; об’єктивний полюс: хтось вважає певне висловлювання істинним, добрим, справедливим, законним; суб’єктивний полюс: він погоджується з ним. Насамкінець, на глибшому рівні, судження виступає як наслідок поєднання розуміння й волі: при цьому розуміння визначає, що є істинним, а що – хибним, а воля – приймає рішення⁵.

Таким чином, П. Рікер вважає що:

<...> “найсильніше” значення слова “судити” – це не лише мати думку, вважати щось істинним, а й, у кінцевому підсумку, обирати позицію. Саме це повсякденне значення він взяв за основу аналізу юридичної доцільності акта судження⁶.

Тим самим категорія “суд” передусім відображає природну здатність людини до критичного мислення у формі суб’єктивного судження.

Щодо антропологічного змісту, який несе в собі поняття “суд”, варто спинитися на такому. Людина, будучи створінням розумним, що значною мірою позначилося на її егоцентризмі та сваволі – водночас є істотою соціальною. Як зазначив свого часу видатний французький мислитель Д. Дідро:

<...> люди створені, щоб жити в суспільстві. Якби Бог хотів, щоб кожна людина жила самотньо, окремо від інших людей, то Він наділив би її властивостями, необхідними і достатніми для відлюдницького життя. Проте Він відхилив це, напевно, тому, що бажав, щоб серед людей утворювались тісні союзи. Безперечним доказом такої волі Творця є більшість здібностей людини, а також її слабкість і потреби. Дійсно, природа й організація людини така, що поза суспільством вона не змогла б ані збе-

⁵ Поль Рікер, *Право і справедливість* (К Сігов ред, О Сирцова та В Каденко пер, Дух і літера 2002) 45; Поль Рікер, ‘Акт судження’ (2001) 7-8 Дух і літера 74.

⁶ Наталя Квасневська, *Кримінальна відповідальність судді за неправосуддя в Україні* (Юрінком Інтер 2010) 44-5.

регти своє життя, ані розвинути і вдосконалити свої здібності й таланти, ані досягнути справжнього щастя <...>.

Об'єднуючись з собі подібними, людина отримала ті сили, яких їй бракувало, коли вона була самотньою. В нагороду природа дала людині дві властивості, що надають їй перевагу над іншими тваринами – інтелект і соціальність; завдяки їм той, хто поодинокі не міг протистояти зовнішнім силам, стає всім⁷.

Однак, крім сили, здобутої шляхом суспільного єднання, негативним супутником людей стало взаємне протистояння та ворожнеча. У дикому середовищі – конфлікт явище звичайне і, як правило, вирішується за *законом сили*, шляхом грубої боротьби (*війни*), відповідно до принципу: *хто сильніший – той і правий*. Проте така форма суспільних відносин невідворотно ослаблювала, а то й руйнувала і без того нестійкі, але такі важливі й необхідні соціальні зв'язки. Все це спонукало людей до пошуку нових шляхів у подоланні міжособистих конфліктів, шляхів, які забезпечили б суспільну єдність, стабільність, спокій (*мир*). Саме пошук шляхів до порозуміння при вирішенні конфліктів спонукав людей звернутися до такої форми суспільних відносин, як суд.

Вбачається, що виникнення суду як самостійної форми людських відносин припадає саме на ранні стадії не тільки людської цивілізації, а й розвитку самої людини як істоти біологічної, розумної та соціальної. Це пов'язано з періодом докласового, родоплемінного устрою людей, коли основні економічні інститути (власність та засоби виробництва) перебували ще в зародковому стані.

Моделюючи, можна висловити одну з можливих гіпотез про те, як відбувся перший прояв *суду як акту соціальних відносин* в умовах первіснообщинного суспільного устрою, за якого люди жили, зокрема, із результатів спільної праці (полювання, збиральництво, скотарство тощо). Так, непропорційний (несправедливий) розподіл результатів спільної праці, що провів вождь чи один із найсильніших членів групи, міг викликати обурення обділеного. Шукаючи підтримку проти несправедливого розподілу, ошуканий, будучи слабшим, міг звернутися за нею до свого одноплемінника. Усвідомлюючи, що на місці скривдженого під час наступного розподілу може опинитися вже він (або, що найбільш вірогідно, він уже був колись на місці такого ж обділеного), одноплемінник погодився й активно виступив на боці слабшого.

Тим самим двоє (група) слабших сформувавши силову перевагу проти впливу й авторитету сильнішого, уперше домоглися свого первісного

⁷ В Богуславский (ред), *Философия в "Энциклопедии" Дидро и Даламбера* (Т Ойзерман и другие ред, Наука 1994) 364-5.

Сергій Прилуцький

“права” на справедливість, змусивши силу сваволі підкоритися зародкам первісної “моралі” та “права”, усвідомленню первісної “справедливості”.

Із цього приводу Г. Гроцій свого часу зазначив:

Багато з тих, хто самі по собі були слабкими, але прагнули уникнути пригноблення з боку сильніших, об’єднувалися між собою для запровадження та дотримання спільними силами правосуддя. Лише об’єднуючись, вони стали спроможними протистояти силі більш могутніх за них⁸.

У такий спосіб, напевно, метод колективного подолання та підкорення сил природи, як основа соціалізації людини, було застосовано й до міжособібних відносин, коли право слабшого переважило сваволлю сильнішого.

Із плином часу світосприйняття людини ускладнювалося, з’являлися нові емоційно-психологічні установки та сприйняття, зокрема: “Я – і Світ”, “Я – й інші Люди”, “Я – й мої внутрішні відчуття”.

Як стверджує Л. Морган:

У цивілізованому суспільстві охорону особи та власності взяла на себе держава. Звикаючи до такого способу охорони особистих прав, одночасно відбувалося ослаблення сили родових зв’язків. Рід займав те місце, яке згодом зайняла держава, причому він був достатньо численним, щоб його охорона була дієвою. У середовищі його членів родинні зв’язки були сильним елементом взаємної підтримки. Заподіяти образу кому-небудь означало нанести образу всьому його роду.

При суперечках та ускладненнях члени роду допомагали один одному. Стародавній звичай кровної помсти, який був поширеним серед різних племен, зародився саме у надрах роду. На ньому лежав обов’язок помститися за вбивство одного зі своїх співчленів. Суди для переслідування злочинців та закони, що запроваджували їхнє покарання, виникли у родовому суспільстві досить пізно, проте вони виникли ще до встановлення політичного суспільства. Крім того, убивство як злочин таке ж древнє, як і людське суспільство, а його покарання у порядку кровної помсти родичами таке ж давнє, як і сам злочин.

Проте обов’язком родів вбивці та убитого було спробувати досягнути примирення, перед тим як вдатися до крайніх заходів. Збиралася рада членів кожного роду окремо і висувалися пропозиції про спокуту вбивства, зазвичай у формі висловлення співчуття та цінних подарунків. Якщо були виправдальні чи полегшуючі обставини, справа зазвичай закінчувалася викупом; але якщо родичі убитого залишалися непримиримими, то з членів його роду призначався один чи декілька месників,

www.pravoua.com.ua

⁸ Гуго Гроцій, *О праве войны и мира: три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права* (С. Крылов ред, А. Саккетти пер, Научно-издательский центр “Ладомир” 1994) 49.

які повинні були переслідувати злочинця доти, доки йому не помстяться. Після цього ніхто із членів роду убитого не мав підстав для претензій. Життя спокутувалося життям, і тим самим вимога справедливості задовольнялася⁹.

Наведемо цитату із книги В. Бабаєва:

Справи, у яких були очевидні й винність однієї зі сторін, і розміри залученого нею збитку, зазвичай вирішувалися шляхом переговорів між залученими у конфлікт групами. Ці переговори могли вестися як прямо, так і через посередників. Коли ж у справі залишалось багато незрозумілого, і кожна зі сторін тлумачила його по-різному, виникала тяжба. І коли втягнуті в неї сторони виявлялися нездатними вирішити конфлікт самостійно, вони могли звернутися до сторонніх осіб із проханням розглянути їх доводи і вирішити, хто з них правий, а хто – винний. Так, напевно, на цій стадії виник суд посередників, або третейський суд. Найчастіше цей суд вирішував майнові суперечки, хоча міг розглядати й будь-які конфлікти.

У західній політичній антропології робиться висновок про існування “подвійних” і “потрійних” процедур розгляду суперечок. За “подвійної” процедури суперечки вирішувалися і покарання визначалося самими ворогуючими сторонами, а також їхніми родичами. За “потрійної” – цим займалася спеціально призначена особа або створений для таких цілей орган, тобто стороння, зовнішня для конфліктуючих сторін або порушника сила. Тим самим поступово розмивалася відмінність між “третинним” органом і судом. Проте власне суд як спеціально створений і працюючий за встановленими правилами орган з’явився все ж таки на етапі становлення ранньокласових держав. Він входив у той самий спеціальний апарат, який уже характеризує державу як організацію, здатну примусити до виконання встановлених норм, правил поведінки за допомогою державного насильства¹⁰.

Водночас третейський суд не був постійним органом. Питання про його склад щоразу вирішувалося наново сторонами, які вдалися до такого способу вирішення конфлікту. Як стверджує Ю. Семьонов:

Ніякої примусової сили цей суд у своєму розпорядженні не мав. Єдиною реальною силою, здатною вдатися до фізичного насильства, були тільки споріднені групи, передусім філії. Коли дві сторони зверталися до послуг суду посередників, то передбачалося, що вони приймуть його рішення,

⁹ Льюїс Генрі Морган, *Древнее общество или исследование линий человеческого прогресса от дикости через варварство к цивилизации* (М Косвена ред, 2-е изд, Издательство Института народов севера ЦИК СССР 1935) 46-7.

¹⁰ Владимир Бабаев (ред), *Общая теория права: курс лекций* (Издательство Нижегородской ВШ МВД РФ 1993) 163-4.

Сергій Прилуцький

яким би воно не було. І коли одна зі сторін відмовлялася виконати рішення суду, інша отримувала санкцію громадської думки на застосування сили¹¹.

Одночасно з почуттями обов'язку, честі й гідності у людській свідомості сформувалося й почуття совісті. Совість – це внутрішній суд людини над самою собою, коли вона оцінює свої власні дії з тих же позицій, з яких їх судить суспільство. Якщо ці вчинки йдуть урозріз із вимогами суспільства і веліннями обов'язку, соціальна людина відчуває докори сумління, які нерідко є боліснішими, аніж фізичні страждання.

Тим самим внутрішнє відчуття совісті та провини стало важливим емоційно-психологічним зламом свідомості людини, що принципово відрізнило її від інших соціальних видів природи, які жили та й досі живуть колективним способом організації (стадо, зграя, рій, колонія тощо).

Суд став самостійним явищем як індивідуального буття людини, так і її колективних організацій (сім'я, рід, община, плем'я, держава тощо). При цьому можна говорити про два аспекти суду як соціального явища – зовнішній та внутрішній. Зовнішній прояв суду полягав у тому, що спірне питання між членами суспільства ставало предметом колективного вирішення відповідно до первісних норм та звичаїв. Внутрішній прояв суду полягав у здатності особи відчути провину за свої дії як перед окремими членами громади, так і перед всією громадою – внутрішній суд людини – “суд совісті”.

Звертаючись до власного історичного коріння, варто нагадати:

У період формування протодержави, східні слов'яни керувалися передусім мононормами, які були основним регулятором суспільних відносин у первісну добу. Будучи вже диференційованими на норми релігії, моралі, права, вони все ж залишалися тісно пов'язаними між собою. Цей зв'язок позначився і на уявленні східних слов'ян про світобудову. Згідно з язичницькими віруваннями Дерево Життя складалося з трьох іпостасей – Права, Яви і Нави. Права – духовний світ, у якому живуть боги. Права надає всьому гармонію та порядок, тобто закони (правди)¹².

Очевидним є етимологічний зв'язок слів “Права”, “правда”, “праведний”, “правий”, “право”, “справедливий”. Східні слов'яни вважали, що:

Боги встановлюють для людей правила-закони, а хранителями законів були жерці. Ще Аристотель писав про звичай давніх племен агатирсів

¹¹ Юрий Семенов, ‘Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право’ (1997) 4 Этнографическое обозрение 3.

¹² Валерій Войтович, *Українська міфологія* (Львів 2002) 393.

(мешканців Наддніпрянщини та Південного Бугу) “укладати свої закони у пісні і їх відспівувати, щоби не забувалися. Відспівування відбувалося під час урочистостей, при святинях під проводом жерців, котрі, очевидно, були авторами цих законів”¹³.

Відомий дослідник української міфології В. Войтович указує, що:

В деяких східнослов'янських племенах існувало свято бога Прави, якого шанували як бога правосуддя. Його уявляли у вигляді мудрого старця у довгій білій одежі з золотим ланцюгом на грудях, та який не залишав безкарним жодного лихого вчинку людини. Права карав і суддів, які приймали несправедливі рішення¹⁴.

Східні слов'яни вважали право божим законом, даним людям. Тож суд розглядавсь як встановлення або відновлення божественної справедливості (етимологічно слово “правосуддя” пов'язане з “суд Праве”, “праведний суд”).

У матеріалах XXV Міжнародної історико-правової конференції “Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку” (2011 р.) зазначається, що ‘у традиційних суспільствах, яким було і східнослов'янське в язичницькі часи, велика і почесна роль відводилася старійшинам, старим людям; як і жерці, старійшини могли відправляти правосуддя’¹⁵. Зі свого боку ‘у Велесовій Книзі читаємо: “Здавна правимося родами, і староотцове всякого роду йдуть судити родичів біля Перунових дерев”’¹⁶.

Як зазначається у наведених вище матеріалах Міжнародної історико-правової конференції:

Суд відбувався у присутності всієї громади і, хоча безпосередніми суддями були старійшини, спільнота брала активну участь у розгляді і вирішенні справи. Общинний суд вважав злочини “змазою ґрунту”, тобто вчинками, які бруднять землю. Тож метою покарання було “очистити” спільноту, позбавившись злочинця.

Із розвитком східних слов'ян, ускладненням суспільних відносин, заміною родової общини сусідською, право суду стало належати не тільки старійшинам, а й родоплемінній знаті.

¹³ Галина Лозко, *Коло Свароже: відроджені традиції* (Український письменник 2004) 6.

¹⁴ Войтович (н 12).

¹⁵ І Усенко та інші (ред), *Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку: матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції* (СМД 2011) ч 1, 142-3.

¹⁶ Яків Головацький (уклад), *Виклади давньослов'янських легенд, або міфологія* (С Гречанюк та М Жулинський та М Слабошпицький ред, Довіра 1991) 74.

Із подальшою еволюцією східнослов'янського суспільства влада вождів набула публічного характеру і трансформувалася у державну владу. Із виникненням і розвитком державних інститутів духовна влада жерців остаточно підпорядкувалася світській владі племінних вождів – князів. Судочинство почало здійснюватися не біля святилищ, а у дворі князя або, за традицією, у людному місці¹⁷.

У книзі “Слов’яни і Русь: Проблеми та ідеї: Концепції, народжені тривіковою полемікою, у хрестоматійному викладі” зазначається, що ‘Ібн Русте, який відвідав руські землі у IX ст., писав про наших предків: “Якщо будь-хто порушить справу проти іншого, він кличе того до суду князя, і там вони спорять”¹⁸.

Із утворенням Руської держави суд князя став найавторитетнішим у країні і розглядавсь як велика честь для сутяжників.

Проведений аналіз надає нам підстави вважати, що суд, будучи одним із самостійних проявів суспільної організації, був докласовим, а право на суд і справедливий судовий захист – одне з первісних прав людини.

Суд і держава: сучасні концепти взаємодії

З появою держави, суд став органом публічної влади, який почав переймати, а згодом практично повністю перейняв функцію й роль суду як позадержавного соціального інституту. Проте в усі історичні епохи ці дві формації суду існували й продовжують існувати паралельно, одночасно впливаючи одна на одну, а іноді й зливаючись воедино (державний суд із прямою участю представників суспільства: присяжних, асизів, шэф-фенів, народних засідателів тощо). При цьому варто пам’ятати, що державна влада в часи абсолютизму та єдиновладдя, тиранії та тоталітаризму робила все, щоб нівелювати соціальну, громадівську першоприроду суду.

Із цього приводу Т. Касумов зазначає:

Сьогодні ми маємо суди, в яких представлені, головним чином, держава (сторона обвинувачення) і особа (обвинувачений). Суспільство присутнє лише “поряд”, воно практично не бере участі в судочинстві, але може в особливих випадках справляти на суд вплив за допомогою громадської думки. Остання має місце тоді, коли судова справа отримує широкий суспільний резонанс. Якщо немає “резонансу”, то немає і суспільної участі. І тоді все відбувається рутинно і легко – держава здійснює правосуддя за своїми “лекалами” на основі існуючого закону. Але таке правосуддя сьо-

¹⁷ Усенко (н 15).

¹⁸ А Кузьмин, *Славяне и Русь: Проблемы и идеи: Концепции, рождённые трёхвековой полемикой, в хрестоматийном изложении* (4-е изд., Флинта: Наука 2001) 305-6.

годні вже не влаштовує суспільство, люди прагнуть вийти за межі суто державної справедливості. Але як це зробити? Упродовж усієї історії людства суд змінювався паралельно зі змінами у житті та світогляді людей. Тут можна говорити про біблійне правосуддя, общинне правосуддя, церковне правосуддя і, нарешті, державне правосуддя. У процесі цієї еволюції відповідно змінювалася і конфігурація учасників судочинства, доки правосуддя не стало таким звичним для нас за своїм складом, який маємо сьогодні у державному суді. Проте настав час, якщо не змінити правосуддя в його основі (доки існує держава, вона не відпустить від себе правосуддя), то принаймні внести істотні зміни до конфігурації учасників судочинства, посиливши в них присутність суспільства¹⁹.

Державний суд

Конституція України у ст. 124 встановила, що ‘правосуддя в державі здійснюється виключно судами’²⁰, а ‘делегування функцій судів, чи привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються’²¹. На перший погляд ці конституційні положення є максимально чіткими та визначеними. Для вітчизняної правової думки досить сталим є сприйняття того, що ‘суд – це державний орган, правове положення якого визначається рамками судової системи, а більшість науковців обстоюють, що суд – це орган державної влади’²²; ‘носієм судової влади як різновиду державної влади є тільки державні суди визначені Конституцією та законами України, і тому жодні інші органи не можуть наділятися функціями зі здійснення судової влади’²³.

Безперечно, суд, який здійснюється державою, – це одне з найпоширеніших та сталих на сьогодні втілень цього суспільного явища. У вітчизняному юридичному обігу поняття “суд” має низку окремих значень:

Так, у загальній теорії права й у конституційному праві термін “суд” являє собою здебільшого узагальнене поняття органу, наділеного повноваженнями з реалізації однієї з гілок державної влади – судової. У цьому значенні суд перш за все є органом судової влади без уточнення, який саме це суд, де він розташований, яка його компетенція тощо.

У другому значенні суд – це конкретна судова установа, що має додаткові характеристики, які уточнюють та індивідуалізують його, а також визначають його територіальну та предметну юрисдикцію.

¹⁹ Тофик Касумов, ‘Социология правосудия: вопросы методологии и предвидения’ (2008) 5 СОТИС 26.

²⁰ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 09.03.2018).

²¹ Там само.

²² Олександр Дудченко, *Правовий статус осіб, які займають адміністративні посади в суді* (Право 2015) 17.

²³ Оксана Шербанюк, ‘Становлення концепції судового права’ [2015] 1(32) Науковий вісник Ужгородського національного університету Право 157.

Четверте його значення чітко пов'язане з особами, які судять, тобто суддями, незалежно від їх кількісного складу. І суддя, що постановляє вирок чи рішення одноособово, і суд у складі декількох суддів – усі вони діють як суд²⁴.

Д. Баронін зауважує, що:

<...> за державницького підходу, терміном “суд” зазвичай позначають: (а) державний орган, орган судової (державної) влади; (б) елемент судової системи, що в сукупності з іншими подібними елементами утворює системну цілісність – судову систему; (в) учасник судово-процесуальних відносин²⁵.

Проте сьогодні соціально-правовий феномен суду не вичерпується лише державницьким зрізом цього явища.

Позадержавний суд, рішення якого визнаються державою та забезпечуються публічним примусом

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі “Ромашов проти України” (2004 р.) встановив, що ‘згідно зі ст. 221 КЗпП (Кодекс законів про працю України. – С. П.) в сфері трудових спорів комісія є першою інстанцією, звернення до якої має бути використано відповідно до п. 1 ст. 35 Конвенції (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, далі – Конвенція. – С. П.)’²⁶.

Тим самим ЄСПЛ вирішив, що ‘рішення комісії з трудових спорів у справі заявника може бути прирівняне до судового рішення і держава несе відповідальність за його невиконання’ (курсив мій. – С. П.). ЄСПЛ також зазначив, що ‘виконавче провадження становить невід’ємну частину судового розгляду, яке у цій справі замінило провадження у комісії з трудових спорів’²⁷.

Крім того, ЄСПЛ зауважив, що п. 1 § 1 ст. 6 Конвенції гарантує кожному право на звернення до *суду* або *арбітражу* з позовом щодо будь-яких його цивільних прав та обов’язків; таким чином, ця стаття проголошує “право на суд”, одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право подати до суду позов із цивільно-правових питань. У такий спосіб ЄСПЛ визнав комісію з трудових спорів судом першої інстанції, рішення якого є загальнообов’язковим та має забезпечуватися державним примусом²⁸.

²⁴ Іван Марочкін (ред), *Організація судових та правоохоронних органів: підручник* (Право 2013) 70-1.

²⁵ Денис Баронін, ‘Правовий статус суду в Україні’ (дис канд юрид наук, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого 2015) 145.

²⁶ *Ромашов проти України* Заява № 67534/01 (ЄСПЛ, 27 Липня 2004 року).

²⁷ Там само.

²⁸ Там само.

Проте такий підхід прямо суперечить ст. 124 Конституції України.

На відміну від ЄСПЛ, протилежне бачення суду як унікального соціального та правового інституту склалося у практиці Конституційного Суду України (далі – КСУ).

Вітчизняний орган конституційної юрисдикції у справі про завдання третейського суду встановив: «Можливість передачі державою на розгляд третейських судів спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин визнана зарубіжною практикою, заснованою, в тому числі, на міжнародному праві»²⁹.

КСУ також звернувся до практики ЄСПЛ, яка вказує, що:

<...> звернення фізичних та/або юридичних осіб до третейського суду є правомірним, якщо відмова від послуг державного суду (курсив мій. – С. П.) відбулася за вільним волевиявленням сторін спору (Рішення у справі “Девір проти Бельгії” (1980 р.)³⁰.

Проте КСУ дійшов висновку, що:

Правосуддя – це самостійна галузь державної діяльності (курсив мій. – С. П.), яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ.

Третейський розгляд спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин – це вид недержавної юрисдикційної діяльності (курсив мій. – С. П.), яку третейські суди здійснюють на підставі законів України шляхом застосування, зокрема, методів арбітрування. Здійснення третейськими судами функції захисту, передбаченої в абзаці 7 ст. 2, ст. 3 Закону “Про третейські суди”, є здійсненням ними не правосуддя (курсив мій. – С. П.), а третейського розгляду спорів сторін у цивільних і господарських правовідносинах у межах права, визначеного ст. 55 Конституції України³¹.

У такий спосіб, не визнаючи за третейськими судами функції правосуддя, конституційна юрисдикція позбавила їх правового статусу суду, оскільки, як відомо, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. При цьому держава забезпечує примусове виконання їхніх рішень.

²⁹ Рішення Конституційного Суду України від 10 січня 2008 року № 1-рп/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII “Третейське самоврядування” Закону України “Про третейські суди” (справа про завдання третейського суду) (справа № 1-3/2008). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08> (дата звернення: 06.03.2018).

³⁰ Там само.

³¹ Там само.

Із приводу чого, зокрема, було самостійне рішення КСУ (справа про виконання рішень третейських судів) згідно з яким:

<...> рішення третейських судів водночас є виконавчими документами, на підставі яких за заявою стягувача або його представника про примусове виконання рішення державні виконавці районних, міських (міст обласного значення), районних у містах відділів державної виконавчої служби мають забезпечити примусове виконання рішень цих судів, якщо інше не передбачено законом³².

Безперечно, із наведених прикладів неприхованою є полярність у сприйнятті феномена суду західно- та східноєвропейською традиціями права. У цьому контексті буде слушним звернути увагу на підходи західної доктрини права. Так, на думку французького вченого Н. Рулана:

Різні соціальні групи породжують своє власне право; вони також мають у своєму розпорядженні інстанції, що здатні його санкціонувати. Якщо цей процес здійснюється паралельно з державною судовою системою, тоді йдеться про позадержавний судовий плюралізм. Але держава в рамках своєї судової системи користується плюралістичними методами, які зовсім не суперечать її прагненню зберегти монополію в правосудді: таким чином, у цьому разі доводиться говорити про державний судовий плюралізм³³.

У своїй праці “Юридична антропология” Н. Рулан провів співвідношення позадержавного суду з державою, виділивши: позадержавні судові інстанції, що заперечуються державою; позадержавні судові інстанції, що допускаються державою; позадержавні судові інстанції, що заохочуються державою³⁴.

Стосовно *позадержавних судових інстанцій, що заперечуються державою*, відбувається публічне протистояння таким судам. Це відбувається або шляхом їхнього ігнорування у своїй системі позитивного права, або шляхом накладення на них санкції за допомогою того ж позитивного права. До цієї категорії належать: народне правосуддя неорганізованих колективів, що виникає, як правило, у період громадянських війн (само-

³² Рішення Конституційного Суду України від 24 лютого 2004 року № 3-рп/2004 у справі за конституційним зверненням спільного підприємства “Мукачівський плодоовочевий консервний завод” про офіційне тлумачення положення пункту 10 статті 3 Закону України “Про виконавче провадження” (справа про виконання рішень третейських судів) (справа № 1-8/2004). URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-04> (дата звернення: 06.03.2018).

³³ Норбер Рулан, *Юридическая антропология: учебник для вузов* (В Нерсесянц ред, Л Данченко и другие пер, НОРМА 2000) 278.

³⁴ Там само.

суд), внутрішнє правосуддя маргінальних груп і груп правопорушників тощо³⁵.

Щодо *позадержавних судових інстанцій*, що допускаються, держава (принаймні ліберальна) вважає, що не в її інтересах постійно втручатися у діяльність цих інстанцій, і надає їм можливість існувати в автономному режимі, залишаючи за собою право втручання у разі потреби. До цієї категорії належать: *правосуддя первинних груп* (нуклеарна сім'я, у справи якої держава втручається лише в тому разі, якщо вона розпадається; групи молоді, що, не переступаючи закон, підкорюються своїм лідерам у межах власних правил); дисциплінарна юстиція груп та асоціацій (політичних партій, профспілок, добродійних організацій тощо), які повною мірою використовують категорію договору (перевага моральних санкцій, відсутність способу силового виконання ухвал, гласність процедури, слабкий рівень нормативності); юстиція бюрократичних організацій (підприємств, церкви) тощо³⁶.

Щодо *позадержавних судових інстанцій, які заохочуються державою*, йдеться передусім про правосуддя деяких спільнот (громад, колективів), наприклад, міських культурних та етнічних громад. Держава може в деяких випадках здійснювати протекцію їхньому правосуддю, якщо воно ефективне та водночас розвантажує державні суди. Таким чином, позадержавні судові інстанції досить різноманітні і регулюють важливі аспекти соціального життя³⁷.

Керуючись теорією державного судового плюралізму, Н. Рулан стверджує, що державна юстиція характеризується категорією примусу, виразом якої є суд у сфері адміністративного, цивільного й кримінального права. У цьому разі йдеться про “легалізовану” юстицію. Водночас категорія договору відповідає тим формам юстиції, в яких угоді, посередництву, усній процедурі віддається перевага над судом. У такому разі можна говорити про “делегалізовану” юстицію³⁸.

Як свідчить практика, нижчі судові інстанції часто вдаються до категорії договору: при цьому в незначній кількості справ були задіяні найменш захищені соціальні прошарки. І, навпаки, легалізована юстиція як дорожча та менш доступна, застосовується, головним чином, до членів соціальних груп, що перебувають на вищих соціальних щаблях. Інакше кажучи, відмінність між легалізованою і делегалізованою юстицією полягає в тому, що перша переважно займається справами привілейованих соціальних груп, яким вона й надає певні гарантії³⁹.

³⁵ Рулан (н 33).

³⁶ Там само.

³⁷ Там само.

³⁸ Там само.

³⁹ Там само.

Спеціальні органи з правом судової юрисдикції

Для забезпечення реалізації повноти державної влади у межах національних правових систем можуть утворюватися та функціонувати органи, до повноважень яких, окрім іншого, входить здійснення судової юрисдикції. В Україні прикладом таких органів можуть бути, зокрема, Вища рада правосуддя, Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів тощо, які здійснюють спеціалізовану дисциплінарну юрисдикцію у сфері юстиції.

Так, у справі “Олександр Волков проти України” (2013 р.) ЄСПЛ встановив, що:

<...> ніщо не заважає назвати “судом” конкретний національний орган, який не входить до судової системи (курсив мій. – С. П.) <...>. Адміністративний або парламентський орган може вважатися “судом” у матеріально-правовому значенні (курсив мій. – С. П.) цього терміна, що призведе до можливості застосування ст. 6 Конвенції до спорів державних службовців⁴⁰.

Крім того, ЄСПЛ зазначив, що:

<...> вирішуючи справу заявника та виносячи обов’язкове для виконання рішення, Вища рада юстиції, парламентський комітет та пленарне засідання парламенту разом виконували функцію суду (курсив мій. – С. П.) <...>. Обов’язкове для виконання рішення про звільнення заявника було згодом переглянуто Вищим адміністративним судом України (далі – ВАСУ), який є судом, що входить до національної судової системи, у класичному розумінні цього слова⁴¹.

Водночас ЄСПЛ встановив неможливість ефективного перегляду ВАСУ рішень Вищої ради юстиції та парламентського комітету з питань правосуддя, зокрема неможливість скасування таких рішень у разі визнання їх незаконними; дійшов висновку про відсутність у ВАСУ повноти юрисдикції при розгляді відповідних справ у ролі останньої інстанції.

М. Магрело зауважує, що:

У своїх рішеннях ЄСПЛ неодноразово зазначав, що ст. 6 Конвенції “не передбачає створення державами-учасницями якихось конкретних судів для вирішення конкретних справ, а слово ‘суд (трибунал)’, вжите у п. 1 ст. 6, не обов’язково слід розуміти як таке, що означає суд класичного типу, і є елементом стандартної судової системи держави...”⁴².

⁴⁰ Олександр Волков проти України Заява № 21722/11 (ЄСПЛ, 9 Січня 2013 року).

⁴¹ Там само.

⁴² Марина Магрело, ‘Автономна концепція поняття “суд” як основа інституту справедливого суду’ [2013] 10 (2) Вісник Академії адвокатури України 69.

Вчена також слушно зазначає:

В практиці ЄСПЛ були визнані такими, що охоплюються поняттям “суд” в значенні ст. 6 ЄКПЛ, ціла низка органів, що не є судами в класичному розумінні: арбітражний трибунал, створений для розгляду конкретних справ за участю окремих компаній; пенітенціарний адміністративний орган (“рада відвідувачів”), призначений окремо для кожної в’язниці Англії та Уельсу і уповноважений, серед іншого, розглядати скарги ув’язнених, накладати дисциплінарні стягнення, відповідати за належність умов їх утримання тощо; адміністративний орган, уповноважений вирішувати питання щодо надання дозволів на здійснення угод з нерухомістю; адміністративний орган, створений для вирішення справ за участю малолітніх осіб, до складу якого входили спеціально навчені експерти з відповідним досвідом, процедура в якому була відмінною від класичної судової; адміністративний орган у сфері адвокатури, уповноважений приймати кінцеві рішення в межах своїх повноважень, незважаючи на множинність його функцій – регуляторної, наглядової, дисциплінарної та ін.; адміністративний орган у сфері транспорту і зв’язку, уповноважений надавати дозволи на здійснення угод з деякими об’єктами власності; парламент, уповноважений в окремих випадках накладати дисциплінарні стягнення на будь-кого як в парламенті, так і за його межами за публікацію наклепу; парламент, уповноважений вирішувати питання про звільнення суддів; адміністративний орган в системі судоустрою (“національна судова рада”), наділений повноваженнями приймати рішення про звільнення суддів в межах дисциплінарної процедури⁴³.

У цьому аспекті М. Куйєр виокремив головні риси, яким мають відповідати такі органи, для того щоб бути “судом”, зокрема: ‘здатність приймати обов’язкові рішення (*power of decision*); діяльність на основі закону та в рамках встановленої процедури; діяльність в межах власної компетенції (а не поза нею); незалежність та безсторонність’⁴⁴.

Водночас М. Магрело вважає, що:

Ознака здатності приймати обов’язкове рішення у справі є елементом більш широкої якості “справедливого суду”, а саме: так званої “повноти юрисдикції” (*full jurisdiction*) в питаннях факту і права. Воно включає, зокрема, повноваження скасовувати, в частині питань фактів і права, рішення нижчих органів, а також можливості всебічного вивчення фактів та повного перегляду юридичної оцінки обставин справи нижчими інстанціями (*sufficiency of review*). Критерій “повноти юрисдикції” включає,

⁴³ Магрело (н 42).

⁴⁴ Martin Kuyjer, ‘Tribunal Established by Law’ <http://blhr.org/media/documents/Tribunal_established_by_law_1.doc> accessed 7 March 2018.

серед іншого, якість судового рішення, в тому числі повноту встановлених обставин, всебічність юридичної оцінки, обґрунтованість та належну мотивацію такої оцінки (відповідність оцінки встановленим обставинам, заснованість оцінки на положеннях законодавства із врахуванням практики ЄСПЛ), що, в результаті, справляє безпосередній вплив на ефективність рішення відповідної інстанції щодо реального відновлення прав, які були предметом судового захисту. Незабезпечення якогось із названих аспектів “повноти юрисдикції” має наслідком порушення гарантії розгляду справи “судом” у розумінні ст. 6 Конвенції⁴⁵.

Наднаціональний суд: співвідношення, взаємовплив та підключення до національної правової системи

Окремий аспект соціально-правового феномена суду стосується його наднаціонального (міжнародного) рівня. Варто нагадати, що міжнародні суди не є органами влади окремої держави. Проте держави, які стали засновниками чи учасниками міжнародних судів, мають визнавати їхню юрисдикцію, підпорядковуватися рішенням і забезпечувати їхнє виконання.

У 2016 р. ст. 124 Конституції України було доповнено положеннями, які встановлюють, що ‘Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським Статутом Міжнародного кримінального суду’⁴⁶.

Україна свого часу не змогла визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) та ратифікувати Римський Статут, який був підписаний від імені України 20 січня 2000 р., оскільки КСУ визнав його таким, що не відповідає Конституції України. У своєму рішенні, ухваленому в 2001 р. у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) КСУ Суд роз’яснив:

Стаття 1 Римського Статуту, вказуючи на те, що МКС є постійним органом, уповноваженим здійснювати юрисдикцію щодо осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, які викликають стурбованість міжнародного співтовариства, водночас наголошує, що цей Суд доповнює національні органи кримінальної юстиції. Аналогічне положення міститься також в абзаці десятому Преамбули Статуту. Доповнюючий національну систему правосуддя характер МКС конкретизується й у ряді інших статей Статуту, зокрема в п. 2 ст. 4, згідно з яким Суд може здійснювати свої функції і повноваження на території будь-якої держави-учасниці, у пп. “а” п. 1

⁴⁵ Магрело (п. 42).

⁴⁶ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1401-19/paran6#n6> (дата звернення: 07.03.2018).

ст. 17, відповідно до якого Суд приймає до свого провадження справи не тільки за зверненням держави-учасниці, а й з власної ініціативи, коли держава, під юрисдикцією якої перебуває особа, підозрювана у вчиненні передбаченого Статутом злочину, “не бажає або не здатна проводити розслідування чи порушити кримінальне переслідування належним чином”.

Це істотно відрізняє МКС від інших міжнародних судових органів, зокрема ЄСПЛ, можливість звертатися до яких за захистом своїх прав і свобод закріплено в ч. 4 ст. 55 Конституції України. Такі міжнародні судові органи порушують справу лише за зверненням осіб, причому особа може звернутися до них лише після використання всіх національних засобів правового захисту.

Отже, на відміну від міжнародних судових органів, передбачених ч. 4 ст. 55 Конституції України, правова природа та юрисдикційні повноваження яких мають допоміжний (субсидіарний) характер, МКС доповнює систему національної юрисдикції.

Можливість такого доповнення судової системи України не була передбачена розділом VIII “Правосуддя” Конституції України. Це дало Конституційному Суду України підстави для висновку, що абзац десятий Преамбули та ст. 1 Статуту не узгоджуються з положеннями ч. 1, 3 ст. 124 Конституції України, а тому приєднання України до цього Статуту відповідно до ч. 2 ст. 9 Конституції України можливе лише після внесення до неї відповідних змін⁴⁷.

Отже, нещодавнє реформування зазначених положень Конституції України відкриває шлях до приєднання нашої держави до Римського Статуту МКС, а відповідно, значно розширює сутність суду як органу (установи) державної влади.

Висновки. Проведене дослідження надає нам підстави вважати, що у межах вітчизняної науки має відбутися ґрунтовне переосмислення філософського та правового розуміння “суду” як самостійного соціально-правового феномена.

У межах теорії судової влади потрібно чітко розрізняти та співвідносити “суд” як соціальний інститут, та “суд” як інститут публічної влади. Як унікальний соціальний феномен суд існує й розвивається за правилами та законами соціального розвитку людей, іноді навіть незалежно та у розріз із позитивним правом та політикою державної влади.

Вважаємо, що суд – це явище, в основі якого лежить природна здатність людини до сприйняття, аналізу й критичної оцінки інформації через призму її соціального світосприйняття. Саме у здатності людини до

⁴⁷ Висновок Конституційного Суду України від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) (справа № 1-35/2001). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01> (дата звернення: 07.03.2018).

оцінки та логічного судження й коріняться витоки соціальної природи суду. Водночас виникнення суду як окремої форми людських відносин пов'язано з ранніми стадіями не тільки людської цивілізації, а й самого розвитку людини як істоти соціальної. Цей процес збігається із періодом докласового, родоплемінного устрою, коли основні економічні інститути (власність та засоби виробництва) перебували ще у зародковому стані.

З огляду на свій еволюційний розвиток соціальний феномен суду став невід'ємною складовою як індивідуального, так і колективного буття людини. При цьому можна говорити про зовнішній та внутрішній аспекти соціальної природи суду. Зовнішній прояв суду полягав у тому, що спірне питання між членами суспільства ставало предметом колективного вирішення відповідно до первісних норм та звичаїв, колективної моралі. Натомість внутрішній прояв суду полягав у здатності особи відчувати провину за свої дії як перед окремими членами громади, так і перед всією громадою. Саме внутрішній “суд”, що виражається у відчутті провини та каятті за свої вчинки – головна мета суду як явища не тільки соціального та публічного, а й психологічного.

Крім того, феномен суду має й соціокультурну основу, яка в умовах боротьби “кожного проти кожного” вплинула на консолідацію людей та формування тісних соціальних зв'язків, а з часом і тісних союзів публічної влади. Суд як інститут суспільної організації та взаємодії людей є докласовим, а право на судовий захист – одне з первісних і природних прав людини “цивілізованої”.

Водночас потрібно чітко розрізнити “суд” як самостійний соціальний інститут, та “суд” як інститут публічної влади. Саме зі зміцненням держави на основі єдиновладдя державний суд почав перебирати, а згодом практично повністю привласнив функції та роль суду як соціального інституту. Проте в усі історичні епохи ці дві формації суду існували й існують паралельно, одночасно впливаючи одна на одну, а часто й зливаючись воєдино.

Сьогодні суд зберігає та відіграє свою визначальну роль в існуванні окремих суспільств, держав, побудові новітнього глобального світопорядку. Водночас реалії вказують на те, що суспільства розкладаються, а держави руйнуються, якщо вони втратили чи не зуміли організувати соціально-правові основи справедливого суду.

Встановлено філософсько-правову суперечність між положеннями ст. 124 Конституції України, які визначають, що правосуддя в державі здійснюється виключно судами, а делегування функцій судів чи привласнення цих функцій іншими органами або посадовими особами не допускаються, та положеннями ст. 6 Конвенції (право на справедливий

суд) і практикою ЄСПЛ, яка втілює зазначену норму. Такий антагонізм потребує якнайшвидшого усунення.

Фундаментальною основою сучасного цивілізованого суспільства як на рівні окремих народів, так і на рівні міждержавних відносин є принцип мирного розв'язання конфліктів та недопущення війни. А тому суд як особлива форма суспільних відносин із вирішення правових конфліктів (як на національному, так і на міжнародному рівнях) є важливим здобутком цивілізаційного розвитку людства.

Таким чином, вважаємо, що саме суд, будучи унікальним соціально-правовим феноменом, становить першооснову предмета судового права як самостійної галузі права, що зароджується на тлі сучасних реформаційних перетворень правової системи України.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 09.03.2018) (in Ukrainian).
2. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo pravosuddia) [On Amending the Constitution of Ukraine (Regarding Justice)]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1401-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1401-19-paran6#n6> (accessed: 07.03.2018) (in Ukrainian).

Cases

3. *Oleksandr Volkov proty Ukrainy* Zaiava № 21722/11 (IeSPL, 9 Sichnia 2013 roku) [*Oleksandr Volkov v Ukraine* App no 21722/11 (ECtHR, 9 January 2013)] (in Ukrainian).
4. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 10 sichnia 2008 roku № 1-rp/2008 u spravi za konstytutsiinym podanniam 51 narodnoho deputata Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen abzatsiv somoho, odynadtsiatoho statti 2, statti 3, punktu 9 statti 4 ta rozdil VIII "Treteiske samovriaduvannia" Zakonu Ukrainy "Pro treteiski sudy" (sprava pro zavdannia treteiskoho sudu) (sprava № 1-3/2008) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated January 10, 2008 № 1-pp/2008 in the Case Following the Constitutional Petition of 51 People's Deputies of Ukraine Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of Paragraphs Seven, Eleven of Article 2, Article 3, Clause 9 of Article 4 and Section VIII "Arbitrational Self-Government" of the Law of Ukraine "On the Arbitration Tribunals" (Case of the Objectives of the Arbitration Tribunal) (Case № 1-3/2008). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-08> (accessed: 06.03.2018) (in Ukrainian).
5. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 24 liutoho 2004 roku № 3-rp/2004 u spravi za konstytutsiinym zvernenniam spilnoho pidprijemstva "Mukachivskiy plodoovochevyi konservnyi zavod" pro ofitsiine tlumachennia polozhennia punktu 10 statti 3 Zakonu Ukrainy "Pro vykonavche provadzhennia" (sprava pro vykonannia

- rishen treteiskykh sudiv) (sprava № 1-8/2004) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated February 24, 2004 № 3-пн/2004 in the Case Following the Constitutional Petition of Joint Venture Mukachevo Fruit and Vegetable Canning Plant Concerning the Official Interpretation of the Provision of Paragraph 10, Article 3 of the Law of Ukraine “On the Enforcement Proceedings” (Case of Enforcement of Decisions Passed by Arbitration Tribunals) (Case № 1-8/2004)]. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-04> (accessed: 06.03.2018) (in Ukrainian).
6. *Romashov proty Ukrainy* Zaiava № 67534/01 (IeSPL, 27 Lypnia 2004 roku) [*Romashov v Ukraine* App № 67534/01 (ECHR, 27 July 2004)] (in Ukrainian).
 7. Vysnovok Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 11 lypnia 2001 roku № 3-v/2001 u spravi za konstytutsiinym podanniam Prezydenta Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy Rymського Statutu Mizhnarodnogo kryminalnogo sudu (sprava pro Rymський Statut) (sprava № 1-35/2001) [Opinion of the Constitutional Court of Ukraine dated July 11, 2001 № 3-в/2001 in the Case Following the Constitutional Petition of the President of Ukraine Requesting for the Opinion Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine of the Rome Statute of the International Criminal Court (Case of the Rome Statute) (Case № 1-35/2001)]. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01> (accessed: 07.03.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

8. Dudchenko Oleksandr, *Pravovyi status osib, yaki zaimaiut administratyvni posady v sudi* [Legal Status of Persons Holding Administrative Positions in Court] (Pravo 2015) (in Ukrainian).
9. Kuz'min A, *Slavjane i Rus': Problemy i idei: Konceptii, rozhdjonnye trjohvekovoj polemikoj, v hrestomatijnom izlozhenii* [The Slavs and Rus': Problems and Ideas: Concepts Born of a Three-Year Polemic, in the Form of a Chrestomathy] (4-e izd, Flinta: Nauka 2001) (in Russian).
10. Kvasnevska Natalia, *Kryminalna vidpovidalnist suddi za nepravosuddia v Ukraini* [Criminal Liability of a Judge for Injustice in Ukraine] (Iurinkom Inter 2010) (in Ukrainian).
11. Lozko Halyna, *Kolo Svarozhe: vidrodzheni tradytsii* [Svarog Circle: Revived Traditions] (Ukrainskyi pysmennyk 2004) (in Ukrainian).
12. Voitovyč Valerii, *Ukrainska mifolohiia* [Ukrainian Mythology] (Lybid 2002) (in Ukrainian).

Edited and translated books

13. Babaev Vladimir (red), *Obshhaja teorija prava: kurs lekcij* [General Theory of Law: Lecture Course] (Izdatel'stvo Nizhegorodskoj VSh MVD RF 1993) (in Russian).
14. Boguslavskij V (red), *Filosofija v "Jenciklopedii" Didro i Dalamberta* [Philosophy in "The Encyclopedia" of Diderot and d'Alembert] (Ojzerman T i drugie red, Nauka 1994) (in Russian).
15. Grocij Gugo, *O prave vojny i mira: tri knigi, v kotoryh ob'jasnjajutsja estestvennoe pravo i pravo narodov, a takzhe principy publicnogo prava* [On the Law of War and Piece: Three Volumes Incorporating Natural Law and Law of Nations, and Also the Principles of Public Law] (Krylov S red, Sakketti A per, Nauchno-izdatel'skij centr "Ladomir" 1994) (in Russian).
16. Holovatskyi Yakiv (uklad), *Vyklady davnoslov'ianskykh lehend, abo mifolohiia* [Presentations of Ancient Slavic Legends, or Mythology] (Hrechaniuk S ta Zhulynskyi M ta Slaboshpytskyi M red, Dovira 1991) (in Ukrainian).

17. Kistjakovskij Aleksandr, *Obshhaja chast' ugovnogo sudoproizvodstva: lekciï chitannye v imperatorskom universitete Svjatogo Vladimira professorom A F Kistjakovskim [General Part of Criminal Proceedings: Lectures Read at St Vladimir's Imperial University by Professor A F Kistiakovskii]* (Baulin O i drugie red, Semenko 2005) (in Russian).
18. Marochkin Ivan (red), *Orhanizatsiia sudovykh ta pravookhoronnykh orhaniv: pidruchnyk [Organization of Court and Law Enforcement Agencies: Textbook]* (Pravo 2013) (in Ukrainian).
19. Morgan L'juis Genri, *Drevnee obshhestvo ili issledovanie linij chelovecheskogo progressa ot dikosti cherez varvarstvo k civilizacii [Ancient Society or the Study of the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization]* (Kosvena M red, 2-e izd, Izdatel'stvo Instituta narodov severa CIK SSSR 1935) (in Russian).
20. Riker Pol, *Pravo i spravedlyvist [Law and Justice]* (Sihov K red, Syrtsova O ta Kadenko V per, Dukh i litera 2002) (in Ukrainian).
21. Rulan Norber, *Yurydycheskaia antropologhiia: uchebnyk dlia vuzov [Legal Anthropology: Textbook for High Schools]* (Nersesiants V red, Danchenko L y druhye per, NORMA 2000) (in Russian).

Dictionaries

22. Bulatov Mykhailo, *Filosofskyi slovnyk [Philosophic Dictionary]* (Stylos 2009) (in Ukrainian).
23. Dal' Vladimir, *Tolkovyj slovar' zhivogo velikoruskogo jazyka: reprintnoe vosproizvedenie izdanij 1955, 1889-1882 [Explanatory Dictionary of the Living Great Russian Language: Reprinted Reproduction of the Editions of 1955, 1889-1882]* (Russkij jazyk 1989-1991) (in Russian).
24. Ozhegov Sergej, *Slovar' russkogo jazyka: okolo 57000 slov [Dictionary of the Russian Language: About 57,000 Words]* (N Shvedova red, 16-e izd, Russkij jazyk 1984) (in Russian).

Journal articles

25. Kasumov Tofik, 'Sociologija pravosudija: voprosy metodologii i predvideniia' ['Sociology of Justice: Issues of Methodology and Foresight'] (2008) 5 SOTIS 26 (in Russian).
26. Mahrelo Maryna, 'Avtonomna kontseptsiiia poniattia "sud" yak osnova instytutu spravedlyvoho sudu' ['Autonomous Concept of the Notion of "Court" as the Basis of the Fair Trial Institution'] [2013] 10(2) Visnyk Akademii advokatury Ukrainy 69 (in Ukrainian).
27. Riker Pol, 'Akt sudzhennia' ['Act of Judgment'] (2001) 7-8 Dukh i litera 74 (in Ukrainian).
28. Semjonov Jurij, 'Formy obshhestvennoj voli v doklassovom obshhestve: tabuitet, moral' i obychnoe pravo' ['Forms of Public Will in the Pre-Class Society: Tabuity, Morals and Common Law'] (1997) 4 Jetnograficheskoe obozrenie 3 (in Russian).
29. Shcherbaniuk Oksana, 'Stanovlennia kontseptsii sudovoho prava' ['Establishment of the Concept of Judicial Law'] [2015] 1(32) Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu Pravo 157 (in Ukrainian).
30. Skliarenko Vitalii, 'Etymolohichni rozvidky' ['Etymological Investigations'] 2011 (5) Movoznavstvo 3 (in Ukrainian).

Conference papers

31. Usenko I ta inshi (red), *Sudova vlada v Ukraini i sviti: istoriia, suchasnist, perspektyvy rozvytku [The Judiciary in Ukraine and in the World: History, Present Times, Prospects of Development]: materialy XXV Mizhnarodnoi istoriko-pravovoi konferentsii [Materials of the XXV International History and Law Conference]* (SMD 2011) ch 1 (in Ukrainian).

Сергій Прилуцький

Dissertations

32. Baronin Denys, 'Pravovyi status sudu v Ukraini' ['Legal Status of the Court in Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Yaroslava Mudroho 2015) 145 (in Ukrainian).

Websites

33. Kuijjer Martin, 'Tribunal Established by Law' (*Bulgarian lawyers for human rights*) <http://blhr.org/media/documents/Tribunal_established_by_law_1.doc> accessed 7 March 2018 (in English).

Serhii Prylutskyi

THE COURT AS A CENTERPIECE OF THE SUBJECT MATTER
OF UKRAINE'S JUDICIAL LAW

ABSTRACT. Ukraine's accession to the European legal area requires that Ukrainian scholars and practitioners reconsider and take a fresh look at the long-established legal institutions, the court being one of them. The key issue focused on in this research stems from the pressing philosophical and legal contradiction between the provisions of the Constitution of Ukraine which stipulate that in our State justice is administered exclusively by courts and which do not envisage that functions of courts may be delegated to or appropriated by other bodies or officials, and the provisions of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (right to a fair trial) and the practice of the European Court of Human Rights via which this provision is implemented. The core of the issue raised in this article is that the national legal thought incorporates rather a settled (unchanging) idea that the court is a public body with its legal status determined within the framework of the court system, and the majority of scholars maintain a stance that the court is a body of state power; only the state courts determined by the Constitution and laws of Ukraine are vested with judicial power as a form of state power, and therefore, no other bodies may be granted the functions via which judicial power can be implemented. However, the Western European doctrine has a different idea of the court envisaging that this legal institution can take various organizational forms, including those beyond the state framework.

The purpose and objective of this article is to elucidate the essence of the court as a social and legal phenomenon, to identify its key attributes and manifestations at different stages of mankind development, and also to make a comprehensive scientific analysis of this legal institute. To achieve this purpose, the etymology of the word "court" should be studied and a philosophical, anthropological and historical analysis of this social phenomenon should be made; modern concepts of interaction between the State and the court should be investigated; the interrelation, mutual influence and involvement of the international court in the national legal system should be ascertained.

The article substantiates that the court is a phenomenon underlain by the natural human ability to perceive, analyze and make a critical assessment of information through the prism of an individual's social perception of the world. The origination of the court as a separate form of human relations stems from the early stages not only of human civilization

www.pravolia.com.ua

but also of the development of man as a social being. The author has established that this process took place at the times of the pre-class, ancestral system, when the key economic institutions (property and means of production) were just in germ. It is substantiated that the court as a phenomenon has a socio-cultural basis which, in the age of the struggle of “all against all” influenced the consolidation of people and the establishment of close social ties, and eventually – close unions of public authority. The court as an institution of social organization and interaction of individuals is a pre-class phenomenon, and the right to judicial protection has become one of the foremost natural rights of a “civilized” individual.

The author suggests that there is a need to differentiate between “the court” as a separate social institution and “the court” as an institution of public authority. It is the enhancement of the State on the basis of absolute rule that the state court began to take over and later almost completely appropriated the functions and role of the court as a social institution. However, in each historical epoch these two formations of the court existed and still exist simultaneously, influencing each other and often amalgamating. As a unique social phenomenon, the court exists and develops according to the rules and laws of human social development, sometimes even independently of and contrary to the positive right of the State.

Currently, the court maintains and plays a decisive role in the existence of separate societies, states, and in the construction of the newest global world order. At the same time, realities indicate that societies disintegrate and states collapse if they lost or failed to organize the social and legal foundations of a fair trial.

It is the court, being a unique social and legal phenomenon, that is the centerpiece of the subject matter of judicial law which is experiencing its revival amid the present-day reforms of Ukraine’s legal system.

KEYWORDS: court; justice; conscience; society; the State; judicial law.



Валентин Сердюк

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
заступник керівника апарату
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ
(м. Київ, Україна)
vals7575@gmail.com

УДК 347.99

ПРОБЛЕМИ СТВОРЕННЯ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ: ПЕРВИННИЙ АНАЛІЗ

АНОТАЦІЯ. Запобігання і протидія корупції в Україні визнані одним із пріоритетних напрямів діяльності держави на сучасному етапі. Проведені за останні роки наукові дослідження з питань запобігання та протидії корупції свідчать, що корупція вразила все суспільство. Мається на увазі не толерантне ставлення суспільства до корупції, а використання корупції як універсального інструмента для отримання позитивних результатів врегулювання практично всього спектру соціальних відносин. Саме таке ставлення суспільства до корупції призводить до її поширення в державі. Наслідки однобічного підходу у подоланні цього явища – лише шляхом застосування репресивного антикорупційного законодавства, спрямованого на покарання публічних службовців, без усунення факторів, що породжують корупцію, – не принесло відчутних результатів щодо зниження її рівня.

Нині в державі створені умови для викорінення корупції і реально проявлено політичну волю щодо проведення повного реформування не лише антикорупційного законодавства, а й усєї державної антикорупційної політики. Першим кроком на цьому шляху стало створення Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ), результатом діяльності якого й активної позиції законотворців стало прийняття Закону України “Про запобігання корупції” та початок функціонування Національного агентства з питань запобігання корупції. Закінченням прагнень суспільства і держави в цій сфері є необхідність прийняття та імплементація Закону України “Про Вищий антикорупційний суд”.

Метою статті є первинний аналіз окремих проблемних питань законопроекту № 7440, внесеного Президентом України до Верховної Ради України і прийнятого у першому читанні, та обґрунтування їх вирішення шляхом проходження зазначеного законопроекту у другому читанні і прийняття в цілому як закону.

Досліджено основні проблеми, які викликають суспільний і політико-правовий резонанс при прийнятті законопроекту № 7440. Зокрема, висвітлено питання утворення Вищого антикорупційного суду, особливості його юрисдикції та інстанційності розгляду справ про кримінальні корупційні правопорушення, оцінено вимоги до кандидатів на посади суддів цього суду, аспекти діяльності Громадської ради

міжнародних експертів (далі – Рада) та її впливу на конкурсну процедуру призначення суддів Вищого антикорупційного суду.

Зауважено, що утворення Вищого антикорупційного суду має позитивно вплинути на ситуацію у запобіганні корупції. Платформою для цього повинно стати застосування комплексного підходу до реформування як системи правоохоронної превенції, так і судової системи з метою повноцінного захисту прав і свобод людини, керуючись верховенством права.

Міжнародний досвід діяльності антикорупційних судових органів є неоднозначним і деякою мірою ґрунтується на національних традиціях судової організації. Однак підлягає вирішенню низка проблем, які полягають у такому. По-перше, незначними з точки зору ефективності діяльності є напрацювання НАБУ і Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі – САП) щодо розслідування справ, пов'язаних із корупцією. По-друге, процедури добору працівників НАБУ і САП суттєво різняться із порядком призначення суддів Вищого антикорупційного суду на посади. По-третє, важливим є досягнення належного рівня незалежності суддів Вищого антикорупційного суду, оскільки для цього необхідно комплексно реалізувати низку заходів: проведення відкритого і прозорого конкурсу на зайняття кандидатами посад суддів, забезпечення інституціональної і функціональної компонент їхньої незалежності, гідний розмір суддівської винагороди, високий рівень довіри суспільства, сприйняття і реалізація суддею своєї місії як незалежного арбітра. По-четверте, значущість громадського контролю в діяльності Ради та її рішень у процедурі конкурсу на зайняття посад суддів Вищого антикорупційного суду. По-п'яте, розуміння сутності і різниці у поняттях “*crucial rule*” та “*binding rule*”, позаяк неузгодженості перекладу можуть мати вирішальне значення для визначення ролі Ради у процедурі конкурсу.

Ключові слова: антикорупційна політика; Вищий антикорупційний суд; Громадська рада міжнародних експертів; судова реформа.

Перебіг судової реформи визначає необхідність зміни основ організації судової влади та напрямки для створення нових судових органів. До таких органів Законом України “Про судоустрій і статус суддів” (далі – Закон) віднесено Вищий антикорупційний суд. Як передбачено у п. 16 розділу XII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону:

Вищий антикорупційний суд утворюється та проведення конкурсу на посади суддів у цьому суді має бути оголошено протягом дванадцяти місяців з дня набрання чинності законом, який визначає спеціальні вимоги до суддів цього суду¹.

Юридична наука на сьогодні не має у своєму арсеналі ґрунтовних досліджень з питань організації та діяльності антикорупційних судових органів. Протягом 2014–2016 рр. було прийнято низку законодав-

¹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 08.03.2018).

чих актів та створено нові інститути: Національне антикорупційне бюро України (далі – НАБУ), Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру (далі – САП) як структурний підрозділ Генеральної прокуратури України та Національне агентство з питань запобігання корупції. Отже, логічно, що для повноцінної боротьби із топ-корупцією не вистачає судової складової, яка б увінчувала всю антикорупційну державну піраміду. Водночас із дня набрання чинності Законом минуло чимало часу, але закону про Вищий антикорупційний суд досі немає. Тому проблема створення Вищого антикорупційного суду з наукової точки зору є актуальною, оскільки перебуває на перетині теоретичних, політико-правових і законодавчих напрямів дослідження.

Метою дослідження є первинний аналіз окремих проблемних питань проекту Закону України від 22 грудня 2017 р. № 7440 “Про Вищий антикорупційний суд” (далі – законопроект № 7440)², внесеного Президентом України до Верховної Ради України і прийнятого у першому читанні, та обґрунтування їх вирішення шляхом підготовки й проходження в парламенті зазначеного законопроекту у другому читанні та прийняття в цілому як закону.

Нині на розгляді у парламенті перебуває декілька схожих за змістом законопроектів щодо утворення Вищого антикорупційного суду. Зупинимось на більш детальному аналізі законопроекту № 7440 та перспективах його проходження у другому читанні і прийняття як закону.

У науковому та експертному середовищі є різні думки стосовно потреби утворення антикорупційних судових органів. Існують аргументи і “за”, і “проти”. Тому з урахуванням особистих науково-експертних досліджень у цьому питанні є потреба узагальнити тенденції утворення і функціонування таких судових органів, висвітлити основні проблеми, що супроводжують утворення Вищого антикорупційного суду, та викласти на цій основі власні міркування.

На сьогодні спеціалізовані антикорупційні суди або спеціалізовані палати у вищих судових органах повноцінно діють у 17 країнах світу (Афганістан, Бангладеш, Ботсвана, Болгарія, Бурунді, Камерун, Кенія, Індонезія, Малайзія, Непал, Пакистан, Палестина, Сенегал, Словаччина, Уганда, Філіппіни та Хорватія); у Мексиці, Танзанії, Таїланді такі судові установи на стадії запровадження; у Папуа Новій Гвінеї за відсутності спеціалізованого антикорупційного суду реалізовано особливі процедури для судового розгляду корупційних справ; у Бразилії на федеральному рівні утворені спеціальні суди з розгляду справ, що певною мірою

² Про Вищий антикорупційний суд: проект Закону України від 22 грудня 2017 р. реєстраційний № 7440. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63218 (дата звернення: 09.03.2018).

пов'язані з корупцією, а саме з метою розгляду справ про фінансові злочини та злочини щодо легалізації (відмивання) грошей.

Індикаторами успішності роботи антикорупційного судового органу є якість правосуддя, суспільне значення судових рішень, сприйняття такого суду дійсно як потужної і незалежної перешкоди корупційним проявам. У публікаціях на цю тему озвучена теза, що створення Вищого антикорупційного суду вирішить лише проблему його компетенційної складової (юрисдикції), однак проблема досягнення незалежності суддів залишиться, оскільки потребує запровадження спеціальної процедури відбору суддів. На обґрунтування цього наводяться аргументи, сутність яких зводиться до того, що створення окремих самостійних антикорупційних органів (зокрема, НАБУ і САП) демонструє переваги, які полягають у належному правовому регулюванні діяльності цих органів, відкритості процедур відбору працівників цих правоохоронних інституцій, участю громадськості у такому відборі і подальшому контролі за діяльністю зазначених органів³.

При цьому поза увагою залишається декілька важливих моментів. По-перше, незначними з точки зору ефективності діяльності є напрацювання НАБУ і САП щодо розслідування справ, пов'язаних із корупцією, що підтверджується аналізом статистичних даних. Так, за перше півріччя 2017 р. за так званими корупційними статтями Кримінального кодексу України (далі – КК України) (їх налічується 18) кількість засуджених становила 303 особи, виправданих – 34. У відсотковому відношенні до загальної кількості засуджених за всіма статтями КК України щодо засуджених осіб це становить 0,01 %, а виправданими – 0,001 %. Крім того, за інформацією НАБУ, для розгляду в судовому порядку в 2017 р. передано 79 кримінальних проваджень. На цій основі обстоюється ідея утворення окремого Вищого антикорупційного суду, оскільки діючі елементи судової системи неспроможні оперативно вирішувати питання, пов'язані з покаранням осіб, обвинувачених у вчиненні кримінальних корупційних правопорушень.

По-друге, деякі автори плутають сутність процедур відбору працівників НАБУ і САП із порядком призначення суддів Вищого антикорупційного суду на посади. Зокрема, порядок призначення суддів вищого спеціалізованого суду визначений у ст. 81 Закону і передбачає проведення спеціальної процедури:

³ Вячеслав Хрипун, 'Конкурс в Высший антикоррупционный суд: каким будет Общественный совет международных экспертов' (Судебно-юридическая газета, 24 Январь 2018) <<https://sud.ua/ru/news/sud-info/114062-konkurs-v-vysshiy-antikorrupcionnyy-sud-kakim-budet-obschestvennyy-sovet-mezhdunarodnykh-ekspertov>> дата обращения 15 Март 2018.

На посаду судді вищого спеціалізованого суду за спеціальною процедурою може бути призначена особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді та з відповідною спеціалізацією, а також відповідає одній із вимог, визначених частиною першою чи другою статті 33 Закону⁴.

Отже, процедури відбору працівників НАБУ і САП за своїм змістом є різними і не підлягають порівнянню.

По-третє, досягнення високого рівня незалежності суддів Вищого антикорупційного суду є складною і багатогранною проблемою, оскільки для її вирішення необхідно комплексно реалізувати низку заходів, зокрема: проведення відкритого і прозорого конкурсу на зайняття кандидатами посад суддів, забезпечення інституціональної і функціональної компоненти їхньої незалежності, гідний розмір суддівської винагороди, високий рівень довіри суспільства, і головне – сприйняття і реалізація суддею своєї місії як незалежного арбітра. Зважаючи на той обсяг критики, що останнім часом був спрямований на суддів (десь виправдано, а десь – відверто необґрунтовано і тенденційно), вказані показники, особливо останній із них, для судової системи вкрай важливі.

По-четверте, питання громадського контролю на перехідному етапі судової реформи є і буде актуальним. Одним із видів контролю за діяльністю органів влади є громадський контроль як вид соціального контролю, що здійснюється громадськими об'єднаннями та окремими громадянами. Загалом він є важливою формою реалізації демократії і способом залучення громадян до управління державою і суспільством у контексті ст. 38 Конституції України. Водночас проведення конкурсу на зайняття посад суддів Верховного Суду показало як позитивні, так і негативні сторони такого контролю. Безперечно, громадськість повинна бути обізнана з претендентами на зайняття суддівських посад, однак цей процес немає перетворюватися на сплановане і продовжуване таврування переважної більшості кандидатів.

Важливим є питання періоду, тобто часових меж утворення Вищого антикорупційного суду. Із досвіду Болгарії, Словаччини і Хорватії можливо стверджувати, що загалом антикорупційні суди відіграли важливу роль саме на перехідному етапі реформування судових систем цих країн. Тому виникає запитання: чи існуватиме необхідність функціонування Вищого антикорупційного суду у більш віддаленій перспективі, чи він повинен виправдати своє призначення у найближчому майбутньому і припинити існування як відпрацьований елемент системи судоустрою

⁴ Про судоустрій і статус суддів (н 1).

на кшталт військових судів? Однозначна відповідь відсутня, оскільки прогнозувати цілковитий успіх або невдачу інституції, яка не утворена і не діяла, немає сенсу. Водночас і стверджувати, що утворення одного Вищого антикорупційного суду призведе до серйозного прориву у протидії корупції також проблематично.

Законом передбачено, що 'Вищий спеціалізований суд здійснює правосуддя як суд першої інстанції <...> у справах <...>, визначених процесуальним законом'⁵. Якщо виходити з буквального тлумачення наведеного, то повноваження цього суду з розгляду кримінальних проваджень повинні обмежуватися здійсненням судового провадження лише у першій інстанції. Водночас законопроектом № 7440 передбачено утворення у складі Вищого антикорупційного суду Апеляційної палати⁶. Такий підхід вимагатиме покладення процесуальних повноважень із перегляду його судових рішень на Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду.

Щодо питання предметної підсудності Вищого антикорупційного суду, то з урахуванням назви до його підсудності пропонується віднести розгляд кримінальних корупційних правопорушень. Однак у разі віднесення всіх корупційних правопорушень до підсудності цього суду існує ризик перетворення його на окрему судову систему. Це позначиться на діяльності органів правової превенції та на необхідній кількості суддів у бік її збільшення, на строках його утворення та остаточного формування і, в підсумку, суттєво знівелює мету створення дієвого механізму протидії корупції.

Крім того, актуалізується питання віднесення до відання Вищого антикорупційного суду справ про корупційні злочини⁷, що потребує узгодження відповідних норм Кримінального процесуального кодексу України та перегляду концепції підслідності справ загалом. Водночас наведене може стати причиною відтермінування початку роботи цього суду, що не відповідає меті створення механізму та реалізації інструментів ефективного розслідування корупційних правопорушень і покарання за їхне вчинення, вимагатиме постійного правового коригування функціонування суду та суперечитиме очікуванням суспільства.

Також важливо, на що мало звертають увагу очільники правоохоронних відомств, відстоюючи корпоративні інтереси ввірених їм установ, відшукати розумний баланс між розглядом кримінальних правопорушень, підслідних НАБУ, та будь-яких інших злочинів, підслідних органам Національної поліції, а в майбутньому – Державному бюро розслі-

⁵ Про судоустрій і статус суддів (н 1).

⁶ Про Вищий антикорупційний суд (н 2).

⁷ Там само.

дувань. Крім того, небезпечною в контексті дотримання приписів ч. 6 ст. 125 Конституції України вбачається прив'язка Вищого антикорупційного суду лише до підслідності НАБУ, що створює ризик продукування звинувачень у спробі створення суду для “обслуговування” НАБУ, зважає роль і значення цього суду в судовій системі, а також може суперечити конституційній нормі щодо заборони створення надзвичайних та особливих судів.

Проблемним і, мабуть, найважливішим є питання добору суддів Вищого антикорупційного суду, які повинні розглядати справи, пов'язані з корупцією. У цьому аспекті необхідним є забезпечення політичної незалежності, мінімізація сторонніх впливів на діяльність суду, забезпечення суспільної довіри до суду та встановлення додаткових кваліфікуючих і дискваліфікуючих вимог до кандидатів на посади суддів, тобто чіткого визначення кола осіб, які можуть і які не можуть претендувати на ці посади за об'єктивними критеріями.

Серед експертів існують різні думки щодо особливостей добору таких суддів. Водночас згідно із законопроектом № 7440:

На посаду судді Вищого антикорупційного суду громадянин України може бути призначений не молодший тридцяти п'яти років, який має значний досвід здійснення у міжнародних міжурядових організаціях чи міжнародних судових установах за кордоном професійної діяльності у сфері права з питань протидії та боротьби з корупцією, володіє знаннями та практичними навичками застосування сучасних міжнародних антикорупційних стандартів і найкращих світових практик у сфері протидії та боротьби з корупцією, практики Європейського суду з прав людини та відповідає одній із таких вимог:

- 1) має стаж роботи на посаді судді не менше п'ять років;
- 2) має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права щонайменше сім років;
- 3) має досвід професійної діяльності адвоката, у тому числі щодо здійснення представництва в суді та/або захисту від кримінального обвинувачення щонайменше сім років;
- 4) має сукупний стаж (досвід) зазначеної у пунктах 1–3 цієї частини роботи (професійної діяльності) щонайменше сім років⁸.

Аналіз наведених кваліфікуючих вимог до кандидата на посаду судді Вищого антикорупційного суду надає підстави для висновку про їхню схожість із вимогами, які висуваються до кандидата на посаду судді Верховного Суду у межах спеціальної процедури призначення. Однак як кваліфікуюча вимога викликає суттєві заперечення наявності значного

⁸ Про Вищий антикорупційний суд (н 2).

досвіду здійснення у міжнародних міжурядових організаціях чи міжнародних судових установах за кордоном професійної діяльності у сфері права з питань протидії та боротьби з корупцією, володіння знаннями та практичними навичками застосування сучасних міжнародних антикорупційних стандартів і найкращих світових практик у сфері протидії та боротьби з корупцією, практики Європейського суду з прав людини. Зауважимо, що таких кандидатів, наприклад, серед суддів і науковців – одиниці, оскільки така сфера права, по-перше, є досить специфічною, а по-друге, критерії застосування такої вимоги нечіткі. Тому, як варіант, можливо посилатися на наявність/відсутність такої вимоги як додаткового критерію при рівності балів, набраних кандидатами у процедурі конкурсу, для виявлення переможців.

Новий інститут, який пропонується у законопроекті № 7440, – Громадська рада міжнародних експертів (далі – Рада). Зокрема:

Громадська рада міжнародних експертів складається з членів у кількості не більше семи, які призначаються Вищою кваліфікаційною комісією суддів України виключно на підставі пропозицій міжнародних організацій, з якими Україна співпрацює у сфері запобігання та протидії корупції відповідно до міжнародних договорів України⁹.

Основні вимоги до членів Ради: бездоганна ділова репутація, високі професійні і моральні якості та суспільний авторитет¹⁰. Водночас законопроект № 7440 не містить вказівок щодо громадянської приналежності членів цієї ради, тому можливо допустити, що її членами можуть бути, крім громадян України, також і іноземці.

Важливий аспект діяльності Ради, який висвітлюється у законопроекті № 7440, – це громадський контроль відповідності визначеним критеріям кандидатів на посади суддів Вищого антикорупційного суду¹¹. Вона покликана сприяти Вищій кваліфікаційній комісії суддів у встановленні відповідності кандидатів критеріям професійної етики та доброчесності, зокрема щодо законності джерел походження майна, співвідношення рівня життя кандидата або членів його сім'ї і задекларованих доходів тощо для цілей кваліфікаційного оцінювання, а також є її допоміжним органом¹².

Досить неоднозначними є думки в науково-експертному середовищі у разі надання Радою висновку про невідповідність кандидата та можливості ухвалення рішення Вищою кваліфікаційною комісією суддів

⁹ Про Вищий антикорупційний суд (н 2).

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

¹² Там само.

України про підтвердження здатності такого кандидата здійснювати правосуддя на посаді судді Вищого антикорупційного суду. У законопроекті № 7440 пропонується, щоб таке рішення було підтримано не менше ніж 11 членами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України¹³. Однак, на думку експертів, такий підхід є недостатнім.

Міжнародні експерти вважають позитивним уже сам факт подачі законопроекту № 7440 до Верховної Ради України. Проте, на їхню думку, він у багатьох аспектах не відповідає рекомендаціям Європейської комісії “За демократію через право” (Венеціанська комісія). Загалом критика стосується питань сфери юрисдикції суду, ступеню залучення міжнародних експертів до процесу відбору суддів, а також надто повільного процесу створення суду.

Крім того, однією з перешкод для активної позиції Ради є використання перекладу з англійської мови понять “*crucial rule*” та “*binding rule*”. Перше словосполучення перекладається як визначальне, ключове правило, а друге – як обов’язкова норма. Зважаючи на це, виникають різночитання щодо того, яке значення повинен мати висновок Ради щодо невідповідності конкретного кандидата критеріям професійної етики та добросовісності.

Якщо дотримуватися поняття “*crucial rule*”, то такий висновок може мати ключове, але не остаточне значення для кандидата, і тоді Вища кваліфікаційна комісія суддів України має право відповідною кількістю голосів її членів підтримати рішення про відповідність кандидата зазначеним критеріям. Якщо ж брати за основу поняття “*binding rule*”, то Вища кваліфікаційна комісія суддів України уже не має права долати негативний висновок щодо кандидата, оскільки він є остаточним, а кандидат за його наявності завершує участь у конкурсі. Саме ці неузгодженості перекладу можуть мати вирішальне значення для визначення ролі Ради у процедурі конкурсу.

Необхідно зауважити, що утворення Вищого антикорупційного суду як самостійного елемента системи судоустрою має як мінуси, так і плюси. Зокрема, існують обґрунтовані сумніви в спроможності цього суду стати форпостом протидії корупції. Наприклад, навіть за функціонування у Словаччині Спеціалізованого кримінального суду (аналог антикорупційного суду) позиція цієї країни в рейтингах корупції не покращилася, навіть більше – відповідно до Всесвітнього рейтингу корупції, який щорічно складається *Transparency International*, – погіршилася¹⁴. Це на-

¹³ Про Вищий антикорупційний суд (н 2).

¹⁴ Павол Жілінчик, ‘Створення антикорупційного суду в Україні Основні питання, які необхідно вирішити та рекомендації на основі досвіду Словаччини’ (Програма реформування сектора юстиції “Нове правосуддя” Агентства США з міжнародного розвитку (USAID)) <https://newjustice.org.ua/wpcontent/uploads/2017/09/NJ_Anticorruption_Court_Report_Zilincik_Apr_2017_UKR.pdf> дата звернення 16 Березень 2018.

сторожує і науковців, і практиків, але не сам факт реалізації ідеї утворення самостійного антикорупційного судового органу, а підтвердження висновку про те, що темпи і глибина проникнення корупції залежать не лише від сучасних організаційних кейсів та створюваної процесуально-правової інфраструктури, спрямованих на боротьбу з нею. Причини зменшення проявів корупції лежать в інших площинах – високі темпи економічного розвитку, гідна оплата праці, ментально-культурні традиції з дотримання людських чеснот та їхнє підтримання і популяризація, мотивації правлячих еліт і суспільні настрої та їхня зміна.

Основний позитив – заспокоїти суспільство тим, що в державі функціонує суд, який безпосередньо займається розглядом кримінальних корупційних правопорушень, зокрема справ щодо високопосадової корупції. Безперечно, в Україні це матиме широкий суспільний резонанс.

Ще один аргумент на користь утворення Вищого антикорупційного суду ґрунтується на тому, що такий факт, як зауважують експерти, є символом відходу від старих уявлень про правосуддя та створення образу нового суду, не пов'язаного з попередніми судовою системою і суддями. Заради цього у країнах, що вже мають такі суди, будуються нові приміщення для антикорупційних судів, вони розміщуються поза межами великих міст, спілкування суддів із зовнішнім світом обмежується тощо, що є проявом бачення у відповідній країні боротьби з корупцією. Але за такого підходу антикорупційний судовий орган вбирає в себе винятково бажання протидії корупційним правопорушенням, а не стає оптимально дієвим правовим інструментом, покликання якого – якісне переформування кримінальної юстиції у період тотальної недовіри суспільства до діючого професійного суддівського корпусу як авторитетного і незалежного арбітра.

Висновки. Таким чином, утворення Вищого антикорупційного суду має позитивно вплинути на ситуацію у протидії корупції, а платформою для цього повинно стати застосування комплексного підходу до реформування як системи правоохоронної превенції, так і судової системи. Реальні зміни як наслідок судової реформи можливі лише тоді, коли в державі з урахуванням традицій законотворення, фінансових можливостей, на підставі глибокого і всебічного науково-експертного аналізу та напрацювань міжнародного досвіду судової організації буде створено незалежну, дієву судову систему, яка матиме можливість використати свій потенціал задля повноцінного захисту прав і свобод людини. Водночас міжнародний досвід діяльності антикорупційних судових органів є неодноразовим і деякою мірою ґрунтується на національних традиціях судової організації, тому підлягає вирішенню низка проблем, які полягають

у такому. По-перше, незначними з точки зору ефективності діяльності є напрацювання НАБУ і САП щодо розслідування справ, пов'язаних із корупцією. По-друге, процедури добору працівників НАБУ і САП суттєво різняться із порядком призначення суддів Вищого антикорупційного суду на посади. По-третє, важливим є досягнення належного рівня незалежності суддів Вищого антикорупційного суду, оскільки для цього необхідно комплексно реалізувати низку заходів: проведення відкритого і прозорого конкурсу на зайняття кандидатами посад суддів, забезпечення інституціонального і функціонального компонентів їхньої незалежності, гідний розмір суддівської винагороди, високий рівень довіри суспільства, сприйняття і реалізація суддею своєї місії як незалежного арбітра. По-четверте, значущість громадського контролю в діяльності Ради та її рішень у процедурі конкурсу на зайняття посад суддів Вищого антикорупційного суду. По-п'яте, розуміння сутності і різниці у поняттях “*crucial rule*” та “*binding rule*”, оскільки неузгодженості перекладу можуть мати вирішальне значення для визначення ролі Ради у процедурі конкурсу.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 08.03.2018) (in Ukrainian).
2. Pro Vysychyi antykoruptsiinyi sud [On the High Anti-Corruption Court]: proekt Zakonu Ukrainy [the Draft Law of Ukraine] vid 22 hrudnia 2017 r. reiestratsiinyi № 7440. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63218 (accessed: 09.03.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Websites

3. Hripun Vjacheslav, ‘Konkurs v Vysshij antikorrupcionnyj sud: kakim budet Obshhestvennyj sovet mezhdunarodnyh jekspertov’ [‘Competitive Selection Procedure to the High Anti-Corruption Court: What the Public Council of International Experts Will Be’] (*Sudebno-juridicheskaja gazeta*, 24 Janvar’ 2018) <<https://sud.ua/ru/news/sud-info/114062-konkurs-v-vyshhiy-antikorrupcionnyj-sud-kakim-budet-obschestvennyj-sovet-mezhdunarodnykh-ekspertov>> accessed 15 March 2018 (in Russian).
4. Zhilinchyk Pavol, ‘Stvorennia antykoruptsiinoho sudu v Ukraini Osnovni pytannia, yaki neobkhdno vyrishyty ta rekomendatsii na osnovi dosvidu Slovachchyn’ [‘Establishment of the Anti-Corruption Court in Ukraine Key Issues to be Addressed and Recommendations Based on the Experience of Slovakia’] (*Prohrama reformuvannia sektora yustytzii “Nove pravosuddia” Aherentstva SShA z mizhnarodnoho rozvytku*

(USAID)) <https://newjustice.org.ua/wpsontent/uploads/2017/09/NJ_Anticorruption_Court_Report_Zilincik_Apr_2017_UKR.pdf> accessed 16 March 2018 (in Ukrainian).

Valentyn Serdiuk

ISSUES RELATING TO THE ESTABLISHMENT
OF THE HIGH ANTI-CORRUPTION COURT:
INITIAL ANALYSIS

ABSTRACT. Prevention and combating corruption in Ukraine is recognized as one of the priority tasks faced by the State at the present stage. Over the recent years, research efforts with a focus on prevention and combating corruption demonstrate that corruption has affected society entirely and completely. More particularly, we do not mean a tolerant attitude of society towards corruption, but rather that corruption is used as a universal instrument to obtain positive results while settling practically the entire spectrum of social relations. It is this attitude of society to corruption that entails its expansion within the State. The consequences of a one-sided approach to overcoming this phenomenon only by the use of repressive anti-corruption legislation aimed at punishing public servants, without eliminating the factors triggering corruption, have not brought any tangible result in terms of alleviating corruption.

Currently, in our State the conditions have been created for eradicating corruption, and there has been a real manifestation of the political will to make a complete reformation not only of anti-corruption legislation in particular, but also of the State's anti-corruption policy in general. The first step on this path has been the establishment of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (hereinafter – NABU); its operation and the proactive position of the legislator resulted in the adoption of the Law of Ukraine “On Preventing Corruption” and the commencement of the operation of the National Agency for Prevention of Corruption. The aspirations of society and the State in this area eventually created the need for the adoption and implementation of the Law of Ukraine “On the High Anti-Corruption Court”.

The purpose of the article is to make an initial analysis of certain problematic issues of Draft Law № 7440 introduced by the President of Ukraine to the Verkhovna Rada of Ukraine and adopted at the first reading, and to provide the rationale for settling these issues by passing the said draft law in the second reading and adopting it in general as the law.

The article investigates the main issues evoking social and political as well as legal resonance in connection with the adoption of this draft law. In particular, the author focuses on the issue of creation of the High Anti-Corruption Court, the peculiarities of its jurisdiction and its place in the court level system in terms of consideration of cases involving criminal corruption offenses, and also assesses the requirements to candidates for the positions of judges of this court, the aspects of operation of the Public Council of International Experts and the influence it has on the competitive procedure for the appointment of judges of the High Anti-Corruption Court.

The author notes that the establishment of the High Anti-Corruption Court should positively influence the situation with prevention of corruption. The basis for achieving this goal should be underlain by the application of an integrated approach to reformation

Валентин Сердюк

both of the system of law enforcement prevention and the judicial system with a view to comprehensive protection of human rights and freedoms in accordance with the rule of law principle.

The international experience of operation of anti-corruption judicial authorities is ambiguous and, to some extent, draws upon the national traditions of organization of the judiciary. However, there is a range of pressing issues to be resolved, which are as follows. Firstly, in terms of the efficiency of activity, the efforts of NABU and the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office (hereinafter – SAP) with regard to investigation of corruption-related cases is insignificant. Secondly, the procedures for selecting the staff of NABU and SAP differ significantly from the procedure for appointing the judges of the High Anti-Corruption Court. Thirdly, it is important to achieve an appropriate level of independence of judges of the High Anti-Corruption Court since this requires a comprehensive implementation of a range of measures: to hold an open and transparent competitive procedure selecting the candidates to the positions of judges, to ensure the institutional and functional component of their independence and the judges' remuneration in the appropriate size, a high level of trust of society, and the perception and fulfillment by a judge of his/her mission as an independent arbitrator. Fourthly, the importance of public control in respect of operation of the Public Council of International Experts and its decisions in the competitive procedure for the positions of judges of the High Anti-Corruption Court. Fifthly, the understanding of the essence of and the difference between the notions of “crucial rule” and “binding rule”, since discrepancies in translation may become a decisive factor in determining the role of the Public Council of International Experts in the competitive selection procedure.

KEYWORDS: anti-corruption policy; High Anti-Corruption Court; Public Council of International Experts; judicial reform.

II. Принципи судочинства: проблеми правозастосування



Віктор Городовенко

доктор юридичних наук, доцент, заслужений юрист України,
суддя Конституційного Суду України
(м. Київ, Україна)
horodovenko@ccu.gov.ua

УДК 342.56:347.91/.95

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

АНОТАЦІЯ. Верховенство права є фундаментальним принципом, на якому будується демократична правова держава і функціонування судової влади в ній. Верховенство права як соціально-природний феномен, як основоположний принцип правової і політичної систем України, як основоположний принцип судової влади, як правова категорія активно привертає до себе увагу правників. Проте внесення останнім часом змін до процесуального законодавства України, початок роботи нового Верховного Суду й формування новітньої правозастосовної практики істотно змінює й підходить до тлумачення принципу верховенства права та особливостей його застосування, зокрема в цивільному судочинстві.

Мета статті полягає у визначенні особливостей реалізації принципу верховенства права в цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя.

З'ясовано, що утвердження верховенства права і функціонування правової держави можливі за умов, коли в суспільстві послідовно і неухильно втілюються в життя такі вимоги, як повага до прав і свобод людини, верховенство Конституції, принцип поділу влади, законність, обмеження дискреційних повноважень, принцип правової визначеності, незалежність суду і суддів.

Встановлено, що верховенство права є основною засадою (принципом) цивільного судочинства, застосовуючи яку суд забезпечує справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Відсутнє універсальне визначення принципу верховенства права, його тлумачення здійснено Конституційним Судом України, Європейським судом з прав людини.

© Віктор Городовенко, 2018

Віктор Городовенко

Доведено, що загально визнаним є те, що основними елементами верховенства права є: 1) законність; 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя перед незалежними та неупередженими судами; 5) повага до прав людини; 6) недискримінація та рівність перед законом. Саме зазначені властивості верховенства права й повинні бути враховані судом при здійсненні правосуддя у цивільному судочинстві.

Ключові слова: верховенство права; цивільне судочинство; правосуддя; права людини; справедливість; правова визначеність.

Запроваджена в Україні судово-правова реформа, метою якої є створення законодавчих, організаційних умов для утвердження в Україні незалежної, ефективної та відповідальної судової влади, якій довіряє суспільство, базується на загально визнаних міжнародних засадах здійснення правосуддя, міжнародних гарантіях прав особи, зокрема у сфері судочинства. Стаття 8 Конституції України проголошує, що 'в Україні визнається і діє принцип верховенства права'¹. Згідно зі ст. 129 Конституції України 'суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права'². М. Козюбра зазначає, що 'послідовне втілення в життя принципу верховенства права можливе тільки за умови сильної, незалежної та неупередженої судової влади'³. Верховенство права є 'фундаментальним принципом, на якому будується демократична правова держава і функціонування судової влади в ній'⁴. С. Головатий слушно зауважує, що 'інституційним механізмом забезпечення дієвості верховенства права виступає судова система як незалежна гілка влади'⁵.

У преамбулі Закону України "Про судоустрій і статус суддів" (далі – Закон) зазначено: '...цей Закон визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд'⁶. У частині 1 ст. 2 Закону передбачено:

Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародни-

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Там само.

³ М. Козюбра, 'Верховенство права: українські реалії та перспективи' (2010) 3 *Право України* 6.

⁴ В. Городовенко, 'Верховенство права як фундаментальний принцип судової влади' [2012] 14 (1) *Часопис Академії адвокатури України* 1 <<http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/357/378>> дата звернення 11 Лютий 2018.

⁵ С. Головатий, 'Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу' (2011) 5 *Право України* 159.

⁶ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

ми договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України⁷.

Частина 1 ст. 6 Закону передбачає, що 'здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права'⁸. У частині 2 ст. 48 зазначено:

Суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права. Втручання у діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і має наслідком відповідальність, установлену законом⁹.

Верховенство права як соціально-природний феномен, як основоположний принцип правової і політичної систем України, як основоположний принцип судової влади, як правова категорія активно привертає до себе увагу правників. Його сутність досліджувалася у працях В. Авер'янова, С. Головатого, В. Городовенка, М. Козюбри, Л. Москвич, О. Петришина, С. Погребняка, П. Рабіновича, В. Скрипнюка, А. Стрижака, С. Шевчука та інших дослідників. Проте внесення останнім часом змін до процесуального законодавства України, початок роботи нового Верховного Суду й формування новітньої правозастосовної практики істотно змінює й підходи до застосування принципу верховенства права, зокрема в цивільному судочинстві.

Метою дослідження є визначення особливостей реалізації принципу верховенства права в цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя.

Верховенство права є основною засадою цивільного судочинства (п. 1 ч. 3 ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України¹⁰ (далі – ЦПК України) у редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р.¹¹). Згідно з ч. 1 ст. 10 ЦПК України 'суд при розгляді справи керується принципом верховенства права'¹². Частина 1 ст. 263 ЦПК України передбачає, що 'судове рішення повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим'¹³.

⁷ Про судоустрій і статус суддів (н 6).

⁸ Там само.

⁹ Там само.

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

¹¹ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

¹² Цивільний процесуальний кодекс України (н 10).

¹³ Там само.

Віктор Городовенко

Ці законодавчі положення безпосередньо впливають на формування судової практики й прийняття відповідних актів судової влади. У зв'язку з цим перед суддею, який і застосовуватиме правову норму, постає питання про визначення сутності принципу верховенства права, тих його елементів, ознак, якими суддя повинен керуватися, приймаючи судові рішення.

М. Козюбра справедливо наголошує, що:

Надзвичайна складність і багатогранність поняття верховенства права робить безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. У понятті верховенства права переплітаються правові й політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжнародні, національні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра та справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеї та здоровий глузд¹⁴.

П. Рабінович зауважує:

Підхід до з'ясування сутності верховенства права, що розглядається, незважаючи на свою начебто простоту й доступність для розуміння, все ж має принаймні одну істотну ваду, а саме: його використання завідомо унеможлиблює уніфіковану інтерпретацію цього явища (і відповідного поняття) – внаслідок, насамперед, плюралізму поглядів на природу права¹⁵.

Варто погодитися з М. Козюброю, що:

Залишається безсумнівним той факт, що утвердження верховенства права і функціонування правової держави можливі за умов, коли в суспільстві послідовно і неухильно втілюються в життя такі вимоги: 1) повага до прав і свобод людини; 2) верховенство Конституції; 3) принцип поділу влади; 4) законність; 5) обмеження дискреційних повноважень, тобто прийняття рішень державними органами і посадовими особами на власний розсуд; 6) принцип визначеності нормативних приписів; 7) принцип пропорційності; 8) принцип правової безпеки і захисту довіри; 9) незалежність суду і суддів¹⁶.

Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) стан верховенства права в державі досліджує та оцінює на основі критеріїв схваленого нею на її 106-му пленарному засіданні 11–12

¹⁴ М. Козюбра, ‘Верховенство права і Україна’ (2012) 1-2 Право України 30.

¹⁵ П. Рабінович, ‘Верховенство права: доктринальні інтерпретації в Україні’ (2013) 9 Право України 166.

¹⁶ Козюбра (н 14) 35-61.

березня 2016 р. “*Rule of Law Checklist*”¹⁷ – універсального інструмента для оцінювання стану верховенства права в державах – членах Ради Європи.

Пункт 18 “*Rule of Law Checklist*” передбачає:

Венеціанська комісія дійшла висновку, що, незважаючи на різницю в думках, існує консенсус щодо основних елементів верховенства права. Такими основними елементами верховенства права є: (1) законність, зокрема прозорий, підзвітний і демократичний процес прийняття закону; (2) правова визначеність; (3) заборона свавілля; (4) доступ до правосуддя перед незалежними та неупередженими судами, включаючи судову перевірку адміністративних актів; (5) повага до прав людини; (6) недискримінація та рівність перед законом¹⁸.

Принцип верховенства права був також предметом тлумачення Конституційного Суду України (далі – КСУ). Так, в одному з рішень зазначається:

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об’єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України¹⁹.

П. Рабінович назвав це рішення КСУ ‘офіційним еталоном інтерпретації принципу верховенства права’²⁰, в якому цей Суд продемонстрував комплексний, “інтегрований” підхід до праворозуміння, на якому й ґрунтується його витлумачення принципу та феномена верховенства права. На думку П. Рабіновича:

¹⁷ CDL-AD(2016)007-e Rule of Law Checklist: adopted by the Venice Commission at its 106 plenary session (Venice, 11–12 March 2016) (*Council of Europe*) <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> accessed 11 February 2018.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м’якого покарання) (справа № 1-33/2004). URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04/print> (дата звернення: 11.02.2018).

²⁰ П. Рабінович, ‘Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства’ (2006) 3 Бюлетень Міністерства юстиції України 11.

Інтерпретація Конституційним Судом України верховенства права базується на такій складовій, як категорія справедливості – фундамент природно-правової позиції; другою складовою виступає засада легістсько-позитивістська, оскільки однією з форм прояву справедливості визнається державний закон; третьою складовою аналізованої інтерпретації Конституційного Суду України виступають й інші – недержавні – соціальні регулятори, зокрема такі як мораль, традиції та звичаї (це свідчить про те, що у цій інтерпретації використані й елементи соціологічно-позитивістського праворозуміння)²¹.

Зміст поняття “верховенство права” було розкрито й Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях через характеристику властивостей цього явища. П. Рабінович здійснив узагальнення інтерпретації верховенства права ЄСПЛ і зазначив, що:

Серед властивостей, характеристик цього явища Європейський суд з прав людини вирізняє такі: визнання пріоритетності, домінування, визначальної ролі прав людини у діяльності держави, оскільки принцип верховенства права втілено в усіх статтях Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яку зобов’язалися дотримувати держави – члени Ради Європи; поширюваність цієї пріоритетності, цього принципу на діяльність усіх без винятку органів державної влади, включаючи, зокрема, й органи прокуратури; правова певність, визначеність (*legal certainty*) становища людини у тій ситуації, в якій вона перебуває; неприпустимість затримання особи на невизначений і непередбачуваний строк, якщо воно здійснено всупереч закону чи судовому рішення; обсяг будь-якого правового розсуду й спосіб його здійснення мають бути з достатньою ясністю визначені законом; наявність громадської довіри до судів як до гарантів справедливості; майже безперешкодна можливість доступу до суду; наявність судового контролю за втручанням виконавчих органів у права людини; підпорядкованість судовому рішенням всіх органів держави і обов’язкове виконання його будь-якими органами і посадовцями; можливість скасування вищим судом рішення нижчого суду, яке не набрало чинності; невтручання законодавчої влади у здійснення правосуддя; секулярність (світський характер) держави; забезпечення державою, у разі застосування смертельної зброї, швидкого й ефективного розслідування справи її органами, аби підтримувати громадську довіру й дотримання ними верховенства права²².

Беручи до уваги саме такі аксіоматичні підходи до визначення сутності принципу верховенства права, його основних елементів та

²¹ Рабінович (н 20) 18-9.

²² П. Рабінович, ‘Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України’ (2006) 1 Вісник Конституційного Суду України 37.

властивостей, варто застосовувати принцип верховенства права й як основну засаду цивільного судочинства. Як слушно зауважує П. Рабінович, ‘для України (у Конституції якої закріплено положення про “дію” у ній принципу верховенства права) уніфіковане розуміння останнього набуло й безпосередньо практичного значення’²³. О. Петришин наголошує:

Якщо принцип верховенства закону може розглядатися насамперед статично, як пріоритет закону в системі нормативно-правових актів, то верховенство права є питанням, що стосується життя права, творення правових норм, їх здійснення й застосування органами державної влади, перш за все, судами²⁴.

Згідно з ч. 1 ст. 2 ЦПК України:

Завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави²⁵.

Отже, перш за все, саме ефективний захист прав людини як прояв принципу верховенства права є метою цивільного судочинства. ‘Квінтесенцією феномена верховенства права є панування у суспільстві саме прав людини’²⁶. Як справедливо зазначає О. Петришин:

Кваліфікація прав людини як найвищих критеріїв і вимог до правового характеру змісту закону передбачає врахування певних аспектів принципу верховенства права щодо різних суб’єктів. Коли стосовно пересічних громадян правомірною (згідно з правом) може вважатися будь-яка поведінка в межах “дозволено все, що законом не заборонено”, тобто принципу верховенства права у повному його сенсі, то щодо державних органів і їх посадових осіб діє загальнообмежувальний підхід – “дозволено лише те, що записано у законі”, тобто передовсім принцип законності. Разом ці дві іпостасі принципу верховенства права дозволяють розглядати його як універсальний стосовно всіх суб’єктів правових відносин, акцентувати на такій принциповій особливості панування права в процесі впорядкування суспільних відносин, як взаємна відповідальність особи й держави²⁷.

²³ Рабінович (н 15).

²⁴ О Петришин, ‘Верховенство права в системі дії права’ (2009) 100 Проблеми законності 18.

²⁵ Цивільний процесуальний кодекс України (н 10).

²⁶ Рабінович (н 20).

²⁷ Петришин (н 24) 24.

Віктор Городовенко

Яскравим прикладом реалізації принципу верховенства права у цивільному судочинстві може слугувати положення ч. 2 ст. 5 ЦПК України:

У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону²⁸.

Зазначений нормативний припис надає широкі можливості забезпечення захисту порушених суб'єктивних прав та інтересів особи. Захист прав людини в цивільному судочинстві має відбуватися, безумовно, із застосуванням принципу правової визначеності, що свідчитиме про реалізацію принципу верховенства права в правозастосовній діяльності суду. С. Шевчук зазначає, що:

Принцип правової визначеності виявляється, серед іншого, не лише у чіткості та зрозумілості норм права, які підлягають застосуванню, а й у забезпеченні єдності судової практики та єдиному розумінні й тлумаченні відповідних норм судами <...>.

Єдність судової практики – це одна з основних цінностей правової системи, до втілення якої повинні прагнути всі – від політиків до суддів вищих судів, якщо вони дійсно щиро переконані у реальності, а не ефемерності принципу верховенства права та дбають про повагу до судової влади й про державу, що керується принципом верховенства права²⁹.

Варто зазначити, що у правозастосовній діяльності нового Верховного Суду принцип верховенства права не є декларативним положенням. Саме судова практика стає фільтром “життєздатності” певної правової категорії, і правозастосовна практика судових органів у цивільному судочинстві свідчить про те, що саме принцип верховенства права створює можливості для ухвалення законного, обґрунтованого судового рішення шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи.

Проаналізуємо реалізацію принципу верховенства права в цивільному судочинстві на прикладах судового розгляду конкретних цивільних справ. Так, колегія суддів Верховного Суду при розгляді судової справи № 572/1762/15-ц встановила, що:

www.pravoua.com.ua

²⁸ Цивільний процесуальний кодекс України (н 10).

²⁹ С. Шевчук, “Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції” (2013) 9 Право України 306.

Судами для обчислення розміру пені на підставі статті 196 СК України було застосовано різні правові висновки, що містяться в постановках Верховного Суду України <...>. Зокрема, спочатку Верховний Суд України зробив висновок, що пеня обчислюється "...виходячи із суми несплачених аліментів за кожен місяць окремо від дня порушення платником аліментів свого обов'язку щодо їх сплати до дня ухвалення судом рішення...", згодом, Верховний Суд України вказав, що "...пеня нараховується на суму заборгованості за той місяць, в якому не проводилось стягнення аліментів <...>. Сума заборгованості за аліментами за попередні місяці не додається до заборгованості за наступні місяці, а кількість днів прострочення обчислюється виходячи з того місяця, в якому аліменти не сплачувались". Верховний Суд зазначив, що не може бути застосований до різних висновків Верховного Суду України підхід такий же, як для вирішення темпоральної колізії норм, що має застосовуватися норма, яка прийнята остання, оскільки будь-яких законодавчих та доктринальних передумов для цього немає. Європейський суд з прав людини зауважив, що одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який, між іншим, вимагає щоб при остаточному вирішенні справи судами їх рішення не викликали сумнівів <...>. У зв'язку з наведеним колегія суддів Верховного Суду відступила від висновків щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладених в раніше ухвалених рішеннях Верховного Суду України, і ухвалила передати на розгляд Великої Палати Верховного Суду справу № 572/1762/15-ц за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_3 про стягнення аліментів у твердій грошовій сумі, заборгованості за аліментами, пені за прострочення сплати аліментів³⁰.

У цьому контексті варто підтримати позицію С. Шевчука, що:

Принцип верховенства права у правовій системі завжди відповідає за справедливість, особливо у сфері правозастосування (правосуддя), оскільки метою правового регулювання у суспільстві є досягнення справедливості не тільки абстрактно, а й з урахуванням конкретних життєвих обставин³¹.

Принцип правової визначеності як елемент верховенства права був застосований і Великою Палатою Верховного Суду в ухвалі від 29 січня 2018 р. у судовій справі № 357/3258/16-ц, у якій зазначається, що:

Принцип верховенства права передбачає наявність правової визначеності, а Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Ка-

³⁰ Ухвала Верховного Суду від 23 січня 2018 р. № 71826027 у судовій справі № 572/1762/15-ц. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71826027> (дата звернення: 17.02.2018).

³¹ С. Шевчук, 'Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України' (2011) 5 Право України 175.

саційного цивільного суду в ухвалі від 18 січня 2018 року висловив серйозний сумнів стосовно передбачуваності застосування статті 125 ЖК з огляду на висновок Верховного Суду України, викладений у постанові від 5 липня 2017 року у справі № 761/15791/15-ц <...>. Верховний Суд констатував, що правовий висновок Верховного Суду України, викладений у постанові від 5 липня 2017 р. в справі № 761/15791/15-ц, не узгоджується з позицією Європейського суду з прав людини, який вважає, що для вирішення питання про виселення потрібно оцінити співмірність виселення, встановити баланс між інтересами особи, яку виселяють, та інтересами держави щодо того, наскільки виселення становитиме для цієї особи надмірний тягар у конкретній ситуації. Вказане дозволило Верховному Суду “серйозно сумніватися в передбачуваності застосування статті 125 ЖК”, констатувати, що “відсутність доступного і розумно передбачуваного судового тлумачення призводить до порушень прав особи”. Європейський суд з прав людини неодноразово зазначав, що формулювання законів не завжди чіткі. Тому їх тлумачення та застосування залежить від практики. І роль розгляду справ у судах полягає саме у тому, щоб позбутися таких інтерпретаційних сумнівів з урахуванням змін у повсякденній практиці³².

Наведені приклади розгляду судових справ у цивільному судочинстві свідчать саме про “життєздатність” принципу верховенства права для правозастосовної діяльності суду та його реалізацію у цивільному судочинстві задля забезпечення справедливості в суспільстві та відновлення довіри суспільства до судової влади.

Проте варто зазначити, що в деяких випадках при розгляді цивільних справ можна констатувати й порушення принципу верховенства права, що є недопустимим. Так, в одній з ухвал апеляційного суду, постановленій у січні 2018 р. за апеляційною скаргою на рішення районного суду в справі за позовом громадянина до державного підприємства про поновлення на роботі і стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу, зазначається:

Роз’яснити учасникам справи про необхідність надання їх представниками доказів наявності у них повноважень адвокатів, оскільки відповідно до пп. 11 п. 16¹ розділу XV “Перехідні положення” Конституції України з 1 січня 2018 року представництво у судах апеляційної інстанції здійснюється виключно прокурорами та адвокатами відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 131¹ та статті 131² Конституції України³³.

³² Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 29 січня 2018 р. № 71897500 у судовій справі № 357/3258/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71897500> (дата звернення: 17.02.2018).

³³ Ухвала апеляційного суду Миколаївської області від 31 січня 2018 р. № 71926314 у судовій справі № 487/2199/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71926314> (дата звернення: 17.02.2018).

Такою ухвалою суду не враховано положення ч. 5 ст. 131² Конституції України:

Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена³⁴.

Такий виняток щодо представництва в суді передбачено у ч. 2 ст. 60 ЦПК України:

Під час розгляду спорів, що виникають з трудових відносин, а також справ у малозначних спорах (малозначні справи) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність, за винятком осіб, визначених у статті 61 ЦПК України³⁵.

Отже, представництво у суді апеляційної інстанції під час розгляду трудового спору може здійснюватися не тільки прокурорами та адвокатами, враховуючи дію принципу верховенства права та нормативні приписи ч. 5 ст. 131² Конституції України, ч. 2 ст. 60 ЦПК України, а й іншими особами, визначеними ЦПК України.

Висновки. Підсумовуючи, можна зробити висновок, що верховенство права є основною засадою (принципом) цивільного судочинства, застосовуючи яку суд забезпечує справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Відсутнє універсальне визначення принципу верховенства права як в законодавстві, так і в доктрині права, його тлумачення здійснено КСУ та ЄСПЛ. Загальноновизнаним є те, що основними елементами верховенства права є: 1) законність; 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя перед незалежними та неупередженими судами; 5) повага до прав людини; 6) недискримінація та рівність перед законом. Саме зазначені властивості верховенства права й повинні бути враховані судом при здійсненні правосуддя у цивільному судочинстві.

³⁴ Конституція України (н 1).

³⁵ Цивільний процесуальний кодекс України (н 10).

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Cyvilnyi procesualnyi kodeks Ukrainy [The Code of Civil Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV. *Vidomosti Verkhovnoii Rady Ukrainy*. 2004. № 40–41, 42. St. 492 (in Ukrainian).
2. Konstytusiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
3. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho procesualnoho kodeksu Ukrainy, Cyvilnoho procesualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv [On Amending the Code of Economic Procedure of Ukraine, the Code of Civil Procedure of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and other Pieces of Legislation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. *Vidomosti Verkhovnoji Rady Ukrainy*. 2017. № 48. St. 436 (in Ukrainian).
4. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2016. № 31. St. 545 (in Ukrainian).

Cases

5. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 2 lystopada 2004 r. № 15-rp/2004 za konstytutsiinym podanniam Verkhovnoho Sudu Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen statti 69 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (u spravi pro pryznachennia sudom bilsh miakoho pokarannia) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine Dated November 2, 2004 № 15-rp/2004 in the Case Following the Constitutional Petition of the Supreme Court of Ukraine Concerning the Compliance with the Constitution of Ukraine (Constitutionality) of the Provisions of Article 69 of the Criminal Code of Ukraine (in the Case of Sentence Mitigation by Court)] (sprava [Case] № 1-33/2004). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> (accessed: 11.02.2018) (in Ukrainian).
6. Ukhvala apeliatsiinoho sudu Mykolaiivskoi oblasti [Ruling of the Court of Appeal in Mykolaiv region] vid 31 sichnia 2018 r. № 71926314 u sudovii spravi [in a Court Case] № 487/2199/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71926314> (accessed: 17.02.2018) (in Ukrainian).
7. Ukhvala Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu [Ruling of the Grand Chamber of the Supreme Court] vid 29 sichnia 2018 r. № 71897500 u sudovii spravi [in a Court Case] № 357/3258/16-п. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71897500> (accessed: 17.02.2018) (in Ukrainian).
8. Ukhvala Verkhovnoho Sudu [Ruling of the Supreme Court] vid 23 sichnia 2018 r. № 71826027 u sudovii spravi [in a Court Case] № 572/1762/15-п. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71826027> (accessed: 17.02.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

9. Holovati S, ‘Triada yevropeiskykh tsinnosti – verkhovenstvo prava, demokratiia, prava liudyny – yak osnova ukrainskoho konstytutsiinoho ladu’ [‘The European Values Triad –

- Rule of Law, Democracy, Human Rights – as the Basis of the Ukrainian Constitutional System’] (2011) 5 *Pravo Ukrainy* 159 (in Ukrainian).
10. Horodovenko V, ‘Verkhovenstvo prava yak fundamentalnyi pryntsyv sudovoi vlady’ [‘The Rule of Law as the Fundamental Principle of the Judiciary’] [2012] 14(1) *Chasopys Akademii advokatury Ukrainy* 1 <<http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/357/378>> accessed 11 February 2018 (in Ukrainian).
 11. Koziubra M, ‘Verkhovenstvo prava: ukrainski realii ta perspektyvy’ [‘The Rule of Law: Ukrainian Realities and Prospects’] (2010) 3 *Pravo Ukrainy* 6 (in Ukrainian).
 12. – –, ‘Verkhovenstvo prava i Ukraina’ [‘The Rule of Law and Ukraine’] (2012) 1-2 *Pravo Ukrainy* 30 (in Ukrainian).
 13. Petryshyn O, ‘Verkhovenstvo prava v systemi dii prava’ [‘The Rule of Law in the Domain of Law’] (2009) 100 *Problemy zakonnosti* 18 (in Ukrainian).
 14. Rabinovych P, ‘Verkhovenstvo prava v interpretatsii Strasburzkoho Sudu ta Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy’ [‘The Rule of Law in the Interpretation of the Strasbourg Court and the Constitutional Court of Ukraine’] (2006) 1 *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 37 (in Ukrainian).
 15. – –, ‘Verkhovenstvo prava z pozytsii yevropeisko-mizhnarodnoho ta ukrainsko-konstytutsiinoho sudochynstva’ [‘The Rule of Law from the Perspective of the European International and Ukrainian Constitutional Court Procedure’] (2006) 3 *Biuletyn Ministerstva yustytzii Ukrainy* 11 (in Ukrainian).
 16. – –, ‘Verkhovenstvo prava: doktrynalni interpretatsii v Ukraini’ [‘The Rule of Law: Doctrinal Interpretations in Ukraine’] (2013) 9 *Pravo Ukrainy* 166 (in Ukrainian).
 17. Shevchuk S, ‘Pryntsyv verkhovenstva prava ta naivysycha yurydychna syla Konstytutsii Ukrainy’ [‘The Rule of Law Principle and the Supreme Legal Force of the Constitution of Ukraine’] (2011) 5 *Pravo Ukrainy* 175 (in Ukrainian).
 18. – –, ‘Zabezpechennia yednosti sudovoi praktyky v umovakh isnuvannia spetsializovanoi yurydyktsii’ [‘Ensuring the Court Practice Consistency in the Context of Specialized Jurisdiction’] (2013) 9 *Pravo Ukrainy* 306 (in Ukrainian).

Websites

19. CDL-AD(2016)007-e Rule of Law Checklist: adopted by the Venice Commission at its 106 plenary session (Venice, 11–12 March 2016) (*Council of Europe*) <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)> accessed 11 February 2018 (in English).

Viktor Horodovenko

IMPLEMENTATION OF THE RULE OF LAW PRINCIPLE IN CIVIL PROCEEDINGS IN THE CONTEXT OF THE REFORMATION OF JUSTICE

ABSTRACT. The rule of law is a fundamental principle forming the basis of a democratic rule-of-law state and underlying the operation of the judiciary within its framework. The rule of law as a social and natural phenomenon, as a cornerstone principle of Ukraine’s legal and political systems, as a cornerstone principle of the judiciary and as a legal category draws proactive attention of legal professionals. However, recent changes to the laws of procedure of Ukraine, the start of operation of the new Supreme Court and the set up of the latest law enforcement practice significantly changes the approaches to the

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 3 • 65-78

Віктор Городовенко

interpretation of the rule of law principle and the specifics of its application, in particular, in civil proceedings.

The purpose of the article is to determine the specific features pertaining to the implementation of the rule of law principle in civil proceedings in the context of the reformation of justice.

The article demonstrates that the establishment of the rule of law and the operation of a rule-of-law state are possible where society consistently and uninterruptedly implements such requirements as respect for human rights and freedoms, the rule of the Constitution, the principle of separation of powers, legality, restriction of discretionary powers, the principle of legal certainty, and independence of courts and judges.

It is established that the rule of law is the keystone (the fundamental principle) of civil proceedings, and applying it, a court of law ensures a fair, impartial and timely trial and resolution of civil cases with the aim of efficient protection of infringed, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests of individuals, rights and interests of legal entities, and interests of the State. There is no universal definition of the rule of law; however, its interpretation is given by the Constitutional Court of Ukraine and the European Court of Human Rights.

The article proves that the generally recognized fundamental elements of the rule of law are as follows: (1) legality; (2) legal certainty; (3) prohibition of arbitrariness; (4) access to justice before independent and impartial courts; (5) respect for human rights; (6) non-discrimination and equality before the law. It is these characteristics of the rule of law that should be taken into account by a court of law while administering justice in civil proceedings.

KEYWORDS: rule of law; civil proceedings; administration of justice; human rights; justice; legal certainty.



Ольга Шило

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри кримінального процесу
та оперативно-розшукової діяльності
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
O-shilo@ukr.net

УДК 343.1

КОМПЕТЕНЦІЯ СЛІДЧОГО СУДДІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ТЕОРІЯ, НОРМАТИВНА МОДЕЛЬ І ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА

АНОТАЦІЯ. Нормативна модель компетенції слідчого судді в кримінальному провадженні зазнає постійних змін у напрямі розширення предмета відання цього суб'єкта кримінальної процесуальної діяльності. У зв'язку з цим актуальним видається дослідження теоретичних основ визначення компетенції суб'єкта владних повноважень, з'ясування відповідності чинної законодавчої моделі предмету відання слідчого судді меті та сутності його процесуальної функції, якою відповідно до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) є судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження.

Мета статті полягає у встановленні об'єктивних критеріїв, які мають визначати предмет відання слідчого судді в кримінальному провадженні та його процесуальні повноваження, реалізація яких забезпечує виконання його кримінальної процесуальної функції та вирішення завдань кримінального провадження. Такі критерії повинні враховуватися законодавцем при подальшому удосконаленні нормативної моделі судово-контрольної діяльності, визначенні кримінальної процесуальної компетенції слідчого судді як суб'єкта, що забезпечує реалізацію засади змагальності під час досудового розслідування, дотримання прав і свобод учасників кримінального провадження при проведенні процесуальних дій, що їх обмежують, вирішення правових конфліктів, що виникають між учасниками кримінального провадження під час здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень. Для досягнення цієї мети автором виконано наукові завдання щодо з'ясування сутності категорії “компетенція”, її структурних компонентів та їх кореляційних зв'язків; встановлення тенденцій розвитку кримінального процесуального законодавства України в сегменті, що регулює компетенцію слідчого судді під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, та їх оцінки з позиції відповідності сутності його процесуальної функції.

На підставі аналізу чинного кримінального процесуального законодавства України констатовано тенденцію до постійного розширення предмета відання

© Ольга Шило, 2018

Ольга Шило

слідчого судді; автор доходить висновку, що розширення меж судово-контрольної діяльності має здійснюватися з урахуванням чітких критеріїв, які дадуть змогу оптимально їх визначити. До них слід віднести мету процесуальної діяльності та правову природу кримінальної процесуальної функції слідчого судді. Зазначено, що безпідставне розширення предмета відання слідчого судді, яке нині має місце у зв'язку з прийняттям нових змін до КПК України в частині впровадження порядку залучення експерта для проведення експертизи лише за ухвалою слідчого судді, а також продовження слідчим суддею строків досудового слідства, призводить до невиправданого ускладнення досудового розслідування та порушення засади розумних строків, необґрунтованого збільшення навантаження на слідчих суддів, а також порушення балансу процесуальних можливостей сторін кримінального провадження щодо виконання поставлених перед ними завдань.

Ключові слова: слідчий суддя; компетенція; процесуальна функція; предмет відання; повноваження слідчого судді.

П'ятирічний досвід застосування Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)¹ дає можливість оцінити ефективність багатьох його новацій, серед яких, безумовно, чільне місце займає інститут слідчого судді та судового контролю в кримінальному провадженні. На наше переконання, ця новація належить до тих, які заслуговують на схвальну оцінку й можуть розглядатись як вагоме досягнення розробників цього Кодексу і науковців, які протягом багатьох років обстоювали необхідність його впровадження у національне кримінальне процесуальне законодавство.

Одним із перших в українській науці кримінального процесу ідею запровадження в Україні слідчих суддів запропонував Ю. Грошевий. Свої пропозиції у цьому напрямі він сформулював ще задовго до прийняття Конституції України, яка закріпила конституційно-правові основи судового контролю під час досудового розслідування, що згодом були впроваджені в кримінальне процесуальне законодавство України. Утім, у 90-х роках минулого століття подібні реляції та навіть сама ідея “судового санкціонування” тримання під вартою та проведення обшуку викликали жорстку критику і багатьом уявлялися неприйнятними. Незважаючи на це, пропозиції відомого вченого, у яких рефреном проходила ідея впровадження інституту судового контролю, розширення його меж і віднесення до компетенції слідчого судді прийняття рішень про проведення слідчих дій і застосування запобіжних заходів, якими обмежуються конституційні права людини під час досудового розслідування, були об'єктивною константою.

www.pravo.ua.com.ua

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 01.03.2018).

Минув час, який є найкращим верифікатором істинності наукових позицій, і сьогодні слідчий суддя став центральним суб'єктом досудового розслідування, який забезпечує реалізацію засади верховенства права і змагальності на цій стадії кримінального провадження. Законодавець визначив мету його діяльності, процесуальну функцію, повноваження і процесуальні рішення. Проте питання його кримінальної процесуальної компетенції і нині залишається вельми актуальним, хоча й неодноразово ставало предметом наукового пошуку Ю. Аленіна, В. Бринцева, А. Бондюка, І. Гловюк, Ю. Грошевого, В. Лобача, Л. Лобойка, О. Мазур, В. Маляренка, М. Маркуш, О. Михайленка, А. Молдована, В. Нора, М. Погорецького, О. Полуховича, Д. Письменного, В. Попелюшка, І. Рогатюка, Н. Сібільової, М. Сірого, З. Смітєнко, О. Татарова, А. Туманянц, Н. Сизої, Ю. Скрипіної, В. Федченка, Л. Удалової, В. Чорнобука, С. Шаренко, В. Шишкіна, М. Шумила та інших науковців. Дослідники цієї проблеми по-різному визначають функціональну спрямованість діяльності слідчого судді (надаючи їй характеристику від монофункціональної до поліфункціональної із зазначенням різного кола видів його процесуальних функцій (І. Гловюк², А. Туманянц³), з'ясовують види та характер його повноважень (В. Попелюшко⁴, О. Татаров⁵, С. Шаренко⁶), здійснюють їх порівняльно-правовий аналіз (А. Бондюк⁷, Ю. Скрипіна⁸) тощо. Проте, незважаючи на наявність значної кількості наукових публікацій із цієї проблематики, в Україні бракує комплексного дослідження теоретико-правових основ, що визначають правовий статус слідчого судді, яке може бути науковим підґрунтям подальшого удосконалення кримінального процесуального законодавства в цій частині.

В умовах чинної нормативної моделі функціонування слідчого судді актуальність цієї теми обумовлюється не так недосконалістю кримінального процесуального законодавства, як його динамічним характером і тими тенденціями розвитку, які, як уявляється, можливо з упевненістю

² Ірина Гловюк, *Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія* (Юридична література 2015).

³ А. Туманянц, 'Інститут слідчого судді за новим Кримінальним процесуальним кодексом України' (2013) 1 Університетські наукові записки 293.

⁴ В. Попелюшко, 'Слідчий суддя у кримінальному провадженні' (2014) 9 Часопис Національного університету "Острозька академія" Право 1.

⁵ О. Татаров, 'Слідчий суддя як суб'єкт захисту прав людини: деякі проблеми правозастосування та шляхи їх вирішення' (2015) 2 Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ 12.

⁶ О. Капліна та інші, *Кримінальний процес: підручник* (О. Капліна, О. Шило ред, Право 2018) 105-8.

⁷ Андрій Бондюк, 'Процесуальні основи статусу слідчого судді у кримінальному провадженні' (дис канд юрид наук, Національна академія внутрішніх справ 2017).

⁸ Юлія Скрипіна, 'Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження)' (автореф дис канд юрид наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2008).

констатувати. Крім того, враховуючи, що відповідно до п. 18 ст. 3 КПК України⁹ слідчий суддя здійснює судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні*, якість нормативного регулювання порядку здійснення ним цієї процесуальної функції безпосередньо позначається не тільки на ефективності досудового розслідування, а й на рівні правової захищеності учасників кримінальних процесуальних відносин.

Кримінальна процесуальна компетенція слідчого судді має визначатися з урахуванням мети і завдань його процесуальної функції, адже необґрунтоване розширення меж його повноважень призводить до ускладнення досудового розслідування, порушення розумних строків, а тому перешкоджає доступу до правосуддя, зокрема, потерпілого, який внаслідок свого становища першочергово потребує ефективного судового захисту. Натомість необґрунтоване звуження меж компетенції слідчого судді має наслідком позбавлення невідкладного судового захисту учасників кримінального провадження, які дійсно його потребують. Наостанок в аспекті актуальності цієї проблематики слід згадати й зміни КПК України, які відбулися останнім часом, а також новітні рішення Європейського суду з прав людини та Верховного Суду, які наочно свідчать про те, що проблема якості законодавчого забезпечення судово-контрольної діяльності на сьогодні дійсно є надзвичайно актуальною та такою, розв'язання якої потребує подальших зусиль законодавця.

Метою дослідження є встановлення об'єктивних критеріїв, які мають визначати предмет відання слідчого судді та його процесуальні повноваження, а тому мають враховуватися законодавцем при подальшому удосконаленні нормативної моделі судово-контрольної діяльності в кримінальному провадженні, визначенні кримінальної процесуальної компетенції слідчого судді. Досягнення цієї мети передбачає необхідність вирішення низки наукових завдань, до яких слід віднести з'ясування сутності категорії "компетенція", її структурних компонентів та їх кореляційних зв'язків; встановлення тенденцій розвитку кримінального процесуального законодавства України в сегменті, що регулює компетенцію слідчого судді.

⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

* У науці кримінального процесу питання функціональної характеристики діяльності слідчого судді є гостро дискусійним. Його дослідники поділяються на тих, хто дотримується монофункціонального підходу, та тих, хто виокремлює декілька його процесуальних функцій (поліфункціональний підхід) – від розгляду його діяльності як форми здійснення правосуддя під час досудового розслідування до виконання слідчим суддею дозвільної функції, функції забезпечення законності обмеження прав і свобод людини тощо. Проте це питання не входить до предмета цієї статті, у зв'язку з чим обмежимося лише констатацією функції судового контролю як такої, що знайшла нормативне закріплення у чинному кримінальному процесуальному законодавстві.

Процесуальна функція слідчого судді є одним зі структурних елементів його кримінальної процесуальної компетенції, дослідження якої доцільно розпочати з нагадування фундаментальних теоретичних положень, що стосуються сутнісної характеристики категорії “компетенція”. Це зумовлює необхідність звернення до відомої праці Ю. Тихомирова “Теорія компетенції”, у якій, відзначаючи складність компетенції як явища, автор виокремлює такі компетенційні елементи: ‘а) нормативно встановлені цілі; б) предмети відання як юридично визначені сфери та об’єкти впливу; в) владні повноваження як гарантована законом міра прийняття рішень і вчинення дій’¹⁰.

Науковець також зазначає:

Встановлені цілі означають спосіб тривалої нормативної орієнтації суб’єктів права і стали діяльність по досягненню цих цілей. У широкому сенсі маються на увазі публічні функції, без виконання яких суспільство і держава не можуть забезпечити життєдіяльність і своє існування¹¹.

Саме такі публічні функції притаманні учасникам кримінальних процесуальних відносин, які діють *ex-officio*, зокрема, суду, слідчому судді тощо.

Мета діяльності слідчого судді встановлюється при тлумаченні п. 18 ст. 3 КПК України¹² – забезпечення дотримання прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні. Тут доречно звернути увагу на те, що запровадження інституту слідчого судді в КПК України означало модернізацію механізму здійснення судової діяльності у досудовому провадженні в кримінальному процесі, його оптимізацію та підвищення ефективності. Утім, така модернізація не викликала необхідності кардинального реформування моделі досудового слідства, оскільки йшлося не про судового слідчого, тобто суб’єкта, який безпосередньо здійснює слідчі дії, а про суддю, до компетенції якого належить здійснення судово-контрольної та дозвільної діяльності. Тому слід визнати недопустимим застосування понять “слідчий суддя” та “судовий слідчий” в одному контексті як синонімів, оскільки це зовсім різні суб’єкти кримінального процесу з різним правовим статусом й обсягом процесуальної компетенції. Судовий слідчий діяв у кримінальному процесі за Статутом кримінального судочинства 1864 р. як посадова

¹⁰ Юрій Тихомиров, *Теорія компетенції* (2001) 55-6.

¹¹ Там само.

¹² Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

особа, яку організаційно було включено до системи судового відомства*. Натомість слідчий суддя, забезпечуючи дотримання прав, свобод та інтересів осіб під час досудового розслідування, здійснює арбітральну функцію, яка притаманна саме судді як неупередженому та об'єктивному суб'єкту.

Отже, якщо під час досудового розслідування права і свободи учасників обмежуються, виникає потреба у додатковій гарантії – здійсненні слідчим суддею його процесуальної функції, яка з огляду на нормативний зміст п. 18 ст. 3 КПК України¹³ полягає у судовому контролі. При цьому важливо мати на увазі, що якщо правова природа процесуальних дій, спрямованих на обмеження прав і свобод особи, передбачає можливість застосування змагальної процедури при вирішенні правового питання, слідчий суддя стає саме тим суб'єктом процесуальної діяльності, який забезпечує її змагальну форму. Зазначеній меті та функції слідчого судді має відповідати *предмет його відання*, тобто ті правові питання, які становлять предмет його процесуальних рішень. Як зазначає Л. Лобойко:

Органи досудового слідства, прокуратури і суду мають в кримінальному процесі чітко окреслений законом предмет відання, в якості якого виступають об'єкти їхнього впливу. Останні традиційно пов'язують із повноваженнями зазначених органів щодо можливості провадження у певних кримінальних справах. Характеристики кримінальних справ покладаються в основу визначення таких понять, як належність заяв і повідомлень про злочини, підслідність і підсудність¹⁴.

Якщо нормативно визначена мета та функція слідчого судді не зазнали жодних змін із моменту прийняття КПК України, то предмет його відання поступово розширюється, що дає змогу визначити певну тенденцію розвитку законодавства. Ця теза підтверджується при встановленні напрямів діяльності слідчого судді, які на сьогодні передбачено у КПК України. З моменту його прийняття до предмета відання слідчого

* Статут кримінального судочинства Російської імперії 1864 р. поставив своїм завданням об'єднати судову організацію, надавши судовій владі належної повноти. До системи судового відомства, окрім суддів, було включено судового слідчого з підпорядкуванням судовій владі – посадову особу, діяльність якої була необхідною в інтересах безперешкодного руху судового розгляду і взагалі судового провадження. Основна ідея такого кроку законодавця полягала в передачі слідчих повноважень судовому органу із залишенням за поліцією первісних і допоміжних дій. Судовий слідчий виконував переважно функцію розслідування кримінальної справи – у певному сенсі додаткову, контрольну. Функція попереднього розслідування була спрямована на виявлення матеріальної істини. Інакше кажучи, в особі судового слідчого були зосереджені одночасно функції як обвинувача, так і захисника. Слідчий поєднував обов'язки судді, обвинувача, захисника і навіть органу судової поліції. Його діяльність являла собою дві важкосумісні функції – судді й адміністративного органу. З одного боку, слідчий здійснював слідство та піклувався про його достатню повноту; з другого – приймав рішення про певні слідчі дії та права сторін.

¹³ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

¹⁴ Леонід Лобойко, *Кримінально-процесуальна компетенція: монографія* (Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ 2006) 26.

судді входили такі напрями: 1) розгляд клопотань про застосування запобіжних заходів; 2) розгляд клопотань про застосування інших заходів забезпечення кримінального провадження; 3) розгляд скарг учасників кримінального провадження на рішення, дії чи бездіяльність слідчого та прокурора; 4) вирішення питання про відвід; 5) вирішення питання про речові докази; 6) розгляд клопотань про проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій; 7) “депонування доказів” шляхом застосування процедури, передбаченої у ст. 225 КПК України; 8) встановлення процесуальних строків у межах граничного строку для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку; 9) встановлення строку для ознайомлення з матеріалами в порядку ст. 290 КПК України; 10) прийняття рішення про використання в іншому кримінальному провадженні інформації, отриманої в результаті негласних слідчих (розшукових) дій (ст. 257 КПК України); 11) прийняття рішень при здійсненні міжнародного співробітництва під час кримінального провадження; 12) здійснення слідчим суддею загальних обов’язків, передбачених у ст. 206 КПК України.

У 2015 р. з’явився новий порядок кримінального провадження – спеціальне досудове розслідування та судове провадження (*in absentia*), яке здійснюється на підставі ухвали слідчого судді. Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” (далі – Закон) предмет відання слідчого судді знову розширено.

Так, Законом ч. 1 ст. 303 КПК України було доповнено п. 10, у якому надано можливість оскарження:

<...> повідомлення слідчого, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду із обвинувальним актом <...>¹⁵.

Також Законом було доповнено главу 24 КПК України ст. 297¹, у якій встановлено порядок продовження строку досудового розслідування слідчим суддею, а відповідно до внесених змін до статей 242–244 КПК України передбачено можливість залучення слідчим суддею експерта

¹⁵ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19> (дата звернення: 01.03.2018).

для проведення експертизи у кримінальному провадженні¹⁶. Крім того, Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час досудового розслідування” розширено предмет оскарження під час досудового розслідування завдяки наданню можливості учасникам кримінального провадження оскаржити до слідчого судді рішення прокурора про відмову в задоволенні скарги на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування¹⁷ (п. 91 ч. 1 ст. 303 КПК України).

Тож тенденція щодо поступового розширення предмета відання слідчого судді в кримінальному провадженні нині є очевидною. У зв'язку з цим виникає запитання стосовно обґрунтованості такого підходу законодавця, для надання відповіді на яке слід повернутися до критеріїв, що обумовлюють визначення компетенції, тобто до мети діяльності слідчого судді та здійснюваної ним процесуальної функції. Якщо, приміром, спеціальне досудове розслідування здійснюється заочно (*in absentia*), а тому потенційно існує досить висока загроза обмеження прав, свобод та інтересів особи, що логічно викликає необхідність судового контролю, то така новація КПК України, як залучення експерта за ухвалою слідчого судді, яка постановляється за клопотанням сторони кримінального провадження у разі, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, потрібні спеціальні знання (відповідно до порядку, передбаченого у ч. 1 ст. 244 КПК України)¹⁸, не витримує критики з огляду на ті критерії, що повинні визначати предмет його відання. Залучення експерта та проведення експертизи не потребують обмеження прав і свобод людини (за винятком судово-медичної та судово-психіатричної експертизи, порядок проведення яких і раніше передбачав необхідність здійснення попереднього судового контролю та отримання ухвали слідчого судді для примусового залучення особи до їх проведення), а тому і віднесення цього рішення до предмета відання слідчого судді не може бути визнане обґрунтованим. Ця законодавча новела викликає чимало критичних зауважень з боку фахівців і незалежно від того, чи залишить її законодавець у незмінному вигляді або вона буде інтерпретована по-іншому, важливим є те, що на її прикладі можливо чітко продемонструвати наслідки визначення предмета відання без ураху-

¹⁶ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів (н 15).

¹⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час досудового розслідування: Закон України від 16 листопада 2017 р. № 2213-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2213-19> (дата звернення: 01.03.2018).

¹⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

вання мети і сутності процесуальної функції суб'єкта, компетенція якого визначається законом. Такими наслідками є істотне ускладнення досудового розслідування, надмірне навантаження слідчих суддів, що виходить за межі їх процесуальної функції, а тому є абсолютно необґрунтованим, обмеження процесуальних можливостей сторін щодо залучення експерта для проведення експертизи.

На критичну оцінку заслуговує також розширення предмета відання слідчого судді завдяки впровадженню порядку продовження ним строку досудового розслідування (статті 294, 295¹, 297¹ КПК України). Згідно з ч. 1 ст. 294 КПК України:

Якщо досудове розслідування злочину або кримінального проступку до моменту повідомлення особі про підозру неможливо закінчити у строк, зазначений в абзаці другому частини першої статті 219 КПК, вказаний строк може бути неодноразово продовжений слідчим суддею за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, на строк, встановлений пунктами 1–3 частини другої статті 219 цього Кодексу¹⁹.

Утім, прийняття рішення про продовження строку досудового розслідування, як уявляється, має бути справою винятково прокурора як суб'єкта сторони обвинувачення, який формує обвинувачення, і з огляду на притаманну йому процесуальну функцію визначає строк досудового розслідування, достатній та необхідний для збирання майбутніх судових доказів. Віднесення вирішення цього питання до предмета відання слідчого судді порушує баланс процесуальних можливостей сторін кримінального провадження і покладає на слідчого суддю обов'язок прийняття рішень, не притаманних його процесуальній функції. Продовження строку досудового розслідування має бути предметом оцінки слідчого судді лише у разі оскарження учасником кримінального провадження зволікання із досудовим розслідуванням, порушення засади розумних строків, бездіяльності слідчого або прокурора, що перешкоджає доступу до правосуддя.

Л. Лобойко зазначає:

Щоб предмет відання міг бути повно і всебічно опрацьований тим чи іншим державним органом останній наділяється достатніми для цього владними повноваженнями, які виступають в ролі гарантованої законом міри прийняття процесуальних рішень і вчинення процесуальних дій²⁰.

Аналіз чинного законодавства в аспекті повноти правового регулювання повноважень слідчого судді дає змогу констатувати наявність

¹⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

²⁰ Лобойко (н 14) 26.

прогалин, що призводять до неоднакового правозастосування. Так, наприклад, у ст. 225 КПК України передбачено допит свідка, потерпілого слідчим суддею під час досудового розслідування у судовому засіданні. Закон допускає застосування цієї процедури лише за наявності певних умов, а саме:

У виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю отримання показань свідка чи потерпілого під час досудового розслідування, якщо через існування небезпеки для життя і здоров'я свідка чи потерпілого, їх тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити їх допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань <...>²¹.

Проте, зважаючи на зміст ст. 225 КПК України, неможливо дійти однозначного висновку стосовно необхідності прийняття слідчим суддею процесуального рішення щодо призначення запитуваного допиту або відмови у задоволенні клопотання. Відповідно, і практика слідчих суддів із цього питання є різною – одні слідчі судді, вирішуючи провести допит, приймають це рішення імпліцитно та задовольняють клопотання шляхом проведення запитуваної процесуальної дії, другі – виносять окрему вмотивовану ухвалу про задоволення клопотання, призначення дати та часу проведення допиту в судовому засіданні, після чого проводять допит у порядку ст. 225 КПК України. Останній варіант вирішення цієї процесуальної ситуації видається більш прийнятним, оскільки мотивування ухвали слідчого судді дає можливість переконатися в наявності того виняткового випадку, який відповідно до вимог ч. 1 ст. 225 КПК України є підставою для проведення слідчим суддею допиту свідка або потерпілого. Проте в контексті теми цієї статті слід звернути увагу на те, що чинне нормативне регулювання повноважень слідчого судді у цьому разі потребує істотного удосконалення, адже від його повноти та якості залежить не тільки ефективність судово-контрольної діяльності, а й забезпечення правової визначеності в питанні порядку її здійснення. Тому видається, що для законодавця пріоритетним має бути не розширення предмета відання слідчого судді в кримінальному провадженні, яке в окремих випадках, як було показано вище, є безпідставним, а удосконалення нормативного забезпечення його діяльності, алгоритмізація якої в певних межах позитивно позначається на ефективності судового захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження під час досудового розслідування.

Висновки. Проведений аналіз чинної нормативної моделі судово-контрольної діяльності в кримінальному провадженні дає змогу дійти таких висновків.

²¹ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

Компетенція слідчого судді в кримінальному процесі не є константною і зазнає постійних змін у напрямі розширення предмета відання цього суб'єкта кримінальної процесуальної діяльності, що в більшості випадків є виправданим з огляду на необхідність забезпечення невідкладним судовим захистом прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження.

Розширення меж судово-контрольної діяльності має здійснюватися з урахуванням чітких критеріїв, що дають змогу оптимально їх визначити; до таких критеріїв слід віднести мету процесуальної діяльності та правову природу кримінальної процесуальної функції слідчого судді.

Безпідставне розширення предмета відання слідчого судді призводить до невиправданого ускладнення досудового розслідування та порушення засади розумних строків, необґрунтованого збільшення навантаження на слідчих суддів, а також порушення балансу процесуальних можливостей сторін кримінального провадження щодо вирішення поставлених перед ними завдань.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Code of Criminal Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 kvitnia 2012 r. № 4651-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (accessed: 01.03.2018) (in Ukrainian).
2. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv shchodo zabezpechennia dotrymanna prav uchashnykiv kryminalnoho provadzhennia ta inshykh osib pravookhoronnykh orhanamy pid chas dosudovoho rozsliduvannia [On Amendments to Some Pieces of Legislation With Regard to Ensuring Observance of the Rights of Participants to Criminal Proceedings and Other Persons by Law Enforcement Agencies During Pre-Trial Investigation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 lystopada 2017 r. № 2213-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2213-19> (accessed: 01.03.2018) (in Ukrainian).
3. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv [On Amendments to the Economic Procedure Code of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Judicial Procedure of Ukraine and other Acts of Legislation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19> (accessed: 01.03.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

4. Hloviuk Iryna, *Kryminalno-protsesualni funktsii: teoriia, metodolohiia ta praktyka realizatsii na osnovi polozhen Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy 2012 r.:*

monohrafiia [Criminal Procedural Functions: Theory, Methodology and Implementation Practice Based on the Provisions of the Code of Criminal Procedure of Ukraine 2012: Monograph] (Iurydychna literatura 2015) (in Ukrainian).

5. Loboiko Leonid, *Kryminalno-protsesualna kompetentsiia: monohrafiia [Criminal Procedural Competence: Monograph]* (Dnipropetrovskiy derzhavnyi universytet vnutrishnikh sprav 2006) (in Ukrainian).
6. Tihomirov Jurij, *Teoriya kompetencii: monohrafiia [Theory of Competence: Monograph]* (2001) (in Russian).

Edited books

7. Kaplina O ta inshi, *Kryminalnyi protses: pidruchnyk [Criminal Procedure: Textbook]* (Kaplina O, Shylo O red, Pravo 2018) 105-8 (in Ukrainian).

Journal articles

8. Popeliushko V, 'Slidchyi suddia u kryminalnomu provadzhenni' ['Investigating Judge in Criminal Proceedings'] (2014) 9 Chasopys Natsionalnoho universytetu "Ostrozka akademiia" Pravo 1 (in Ukrainian).
9. Tatarov O, 'Slidchyi suddia yak sub'iekt zakhystu prav liudyny: deiaki problemy pravozastosuvannia ta shliakhy yikh vyrishennia' ['Investigating Judge as a Subject of Human Rights Protection: Some Law Administration Issues and Ways to Resolve Them'] (2015) 2 Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav 12 (in Ukrainian).
10. Tumanians A, 'Instytut slidchoho suddi za novym Kryminalnym protsesualnym kodeksom Ukrainy' ['Institute of Investigating Judge under the New Code of Criminal Procedure of Ukraine'] (2013) 1 Universytetski naukovi zapysky 293 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

11. Skrypina Yuliia, 'Slidchyi suddia v systemi kryminalno-protsesualnoi diialnosti (porivnialno-pravove doslidzhennia)' ['Investigating Judge in the Criminal Process System (Comparative Legal Research)'] (avtoief dys kand yuryd nauk, Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho 2008) (in Ukrainian).

Dissertations

12. Bondiuk Andrii, 'Protsesualni osnovy statusu slidchoho suddi u kryminalnomu provadzhenni' ['Procedural Foundations of the Investigating Judge Status in Criminal Proceedings'] (dys kand yuryd nauk, Natsionalna akademiia vnutrishnikh sprav 2017) (in Ukrainian).

Olha Shylo

COMPETENCE OF AN INVESTIGATING JUDGE IN CRIMINAL
PROCEEDINGS: THEORY, NORMATIVE MODEL AND LEGISLATION
DEVELOPMENT TRENDS

ABSTRACT. The normative model of the competence of an investigating judge in criminal proceedings is subject to constant changes expanding the subject matter of the competence granted to this subject of criminal process. In this regard, it would be expedient to study the theoretical foundations determining the competence of the subject of power, and to

establish whether the current legislative model of the subject matter of the investigating judge's competence is consistent with the purpose and essence of his procedural function, which is defined by the Code of Criminal Procedure of Ukraine (hereinafter – the CCP of Ukraine) as judicial control over the observance of rights, freedoms and interests of participants to criminal proceedings.

The purpose of the article is to establish objective criteria which should determine the subject matter of the investigating judge's competence in criminal proceedings and his procedural powers which, if appropriately implemented, ensure that his criminal procedural functions are fulfilled and the tasks of criminal proceedings are resolved. The legislator should take such criteria into account for further improvement of the normative model of judicial control, for determination of the criminal procedural competence of the investigating judge as the subject ensuring the implementation of the adversarial principle during pre-trial investigation and the observance of the rights and freedoms of participants to criminal proceedings in case procedural actions limiting the same are made, and also ensuring the resolution of legal conflicts arising between the participants to criminal proceedings during pre-trial investigation of criminal offenses. To achieve this goal, the author completed research tasks aimed at clarifying the essence of the category "competence", its structural components and their correlation; and also aimed at identifying the trends in the development of Ukrainian criminal procedure legislation in the segment governing the investigating judge's competence during pre-trial investigation of criminal offenses, and assessing them in terms of compliance with the essence of the investigating judge's procedural function.

The analysis of the current criminal procedure legislation of Ukraine gives the grounds to acknowledge the trend towards constant expansion of the subject matter of the investigating judge's competence; the author arrives at the conclusion that the boundaries of judicial control should be expanded with due regard for clear criteria allowing to outline them in the most optimal way. These should include the purpose of procedural activity and the legal nature of the criminal procedural function granted to the investigating judge. The author notes that if the subject matter of the investigating judge's competence is expanded without proper justification as it happens now following the recent adoption of new changes to the Ukrainian CCP in terms of the newly introduced procedure according to which an expert should be engaged to conduct an examination only based on the ruling of an investigating judge, as well as in terms of prolongation by an investigating judge of the pre-trial investigation period, this results in an unjustified complication of pre-trial investigation and entails a breach of the main principles of reasonable time limits, an unreasonably increased load on investigating judges, as well as a breach of the balance of the procedural capacity of parties to criminal proceedings in the context of implementation of their tasks.

KEYWORDS: investigating judge; competence; procedural function; subject matter of competence; powers of investigating judge.

III. Судова реформа: кадрова політика



Оксана Щербанюк

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри правосуддя
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-2535>
ResearcherID: <http://www.researcherid.com/rid/D-9287-2016>
oksanashcherbanjuk7@gmail.com

УДК 342.5

КОНКУРСНИЙ ДОБІР СУДДІВ: ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Конституційно-правова та судово-правова реформи, масова переоцінка цінностей вимагають перегляду існуючих стереотипів на процес формування іміджу органів судової влади загалом та суддів зокрема. Аналіз норм конституційного законодавства переконує в необхідності не тільки закріплення норм про конкурсні засади добору суддів, а й особливостей їхнього застосування на практиці. Враховуючи зазначене, актуальність цієї статті та перспективи подальшого дослідження теми вбачаються у її своєчасності, адже саме за допомогою конкурсного добору було сформовано Верховний Суд, призначені судді Конституційного Суду України (далі – КСУ) за квотами з'їзду суддів України та Президентом України, в майбутньому очікується конкурс до Вищого антикорупційного суду України та Вищого суду з питань інтелектуальної власності, апеляційних та місцевих судів. Крім того, актуальність дослідження проблеми конституційної реалізації конкурсного добору суддів зумовлена прагненням України шляхом проведення конституційно-правової та судово-правової реформ подолати критичне ставлення до судової влади, судового захисту прав і свобод особи та відновити довіру суспільства до суду. Попри значну кількість наукових публікацій, у яких питання добору суддівських кадрів прямо чи опосередковано зачіпаються, наукою конституційного права ще не вироблено єдиного підходу до розв'язання цієї проблеми, у результаті чого статусні закони України “Про судоустрій і статус суддів” та “Про Конституційний Суд України” не мають належного доктринального підґрунтя. Тому моніторинг застосування зазначених норм на практиці є необхідним з метою забезпечення дотримання конституційних принципів організації та функціонування державної, зокрема, судової влади.

Метою статті є аналіз сформованих у доктрині конституційного права (з урахуванням законодавчих і практичних аспектів) підходів до розуміння критеріїв організації конкурсного добору суддів для вироблення цілісного уявлення про проблеми його реалізації, а також викладення власного бачення удосконалення цієї процедури.

© Оксана Щербанюк, 2018

Встановлено, що конкурсний порядок добору суддів полягає в пошуку найбільш гідних кандидатів на суддівські посади, однак він повинен бути вдосконалений. Запропоновано визначити конкретні критерії професійної етики й добросовісності кандидата на посаду судді та передбачити перевагу професійного критерію при визначенні переможців конкурсу. При цьому спочатку має відбуватися дослідження досвіду та проведення співбесіди з кандидатом і лише потім складання іспиту, за результатами якого слід визначити переможців конкурсу.

Автор доходить висновку, що необхідно узгодити положення ст. 208⁴ Закону України “Про Регламент Верховної Ради України” зі ст. 12 Закону України “Про Конституційний Суд України” та визначити принципи проведення конкурсного відбору суддів КСУ, що дасть можливість запобігти зловживанням і забезпечити прозорий відбір правників із визнаним рівнем компетентності та високими моральними якостями. Такими принципами вбачаються: забезпечення рівного доступу, політичної неупередженості, законності, довіри суспільства, недискримінації, прозорості, добросовісності, ефективного та справедливого процесу відбору.

Ключові слова: судова реформа; конкурсний добір суддів; конкурс; кандидат на посаду судді; конкурс на посаду судді Конституційного Суду України.

Конституційно-правова та судово-правова реформи, масова переоцінка цінностей вимагають перегляду існуючих стереотипів на процес формування іміджу органів судової влади загалом та суддів зокрема. Питання формування іміджу судової влади вбудовані в проблему створення дієвої судової системи України та мають особливе значення для забезпечення права на справедливий суд. Це означає, що проблеми, які виникають, повинні вирішуватися тільки в правовому полі сильною незалежною судовою владою, якій народ може довіряти. Лише у цьому разі судова влада стає механізмом демократичної правової держави. Аналіз норм конституційного законодавства переконує в необхідності не тільки закріплення норм про конкурсні засади добору суддів, а й особливостей їхнього застосування на практиці. Враховуючи зазначене, *актуальність цієї статті та перспективи подальшого дослідження теми* вбачаються у її своєчасності, адже саме за допомогою конкурсного добору був сформований Верховний Суд, призначені судді Конституційного Суду України (далі – КСУ) за квотами з’їзду суддів України та Президентом України, в майбутньому очікується конкурс до Вищого антикорупційного суду України та Вищого суду з питань інтелектуальної власності, апеляційних та місцевих судів. Крім того, актуальність дослідження проблеми конституційної реалізації конкурсного добору суддів зумовлена прагненням України шляхом проведення конституційно-правової та судово-правової реформ подолати критичне ставлення до судової влади, судового захисту прав і свобод особи та відновити довіру суспільства до суду. Як слушно зауважує А. Селіванов:

Держава зі свого боку не має інших інструментів, крім судової системи, включаючи Конституційний Суд України, щоб через право на справедливе правосуддя отримати довіру в реальних оцінках людей до всіх управлінських, соціальних та економічних заходів, з якими кожного разу населення пов'язує добробут та захист своїх прав¹.

Попри значну кількість наукових публікацій (І. Марочкін, Л. Москвич, А. Селіванов, І. Юревич), у яких питання добору суддівських кадрів прямо чи опосередковано зачіпаються, наукою конституційного та судового права ще не вироблено єдиного підходу до вирішення цієї проблеми, у результаті чого статусні закони України “Про судоустрій і статус суддів” (далі – Закон про судоустрій) та “Про Конституційний Суд України” (далі – Закон) не мають належного доктринального підґрунтя. Крім того, процедура конкурсного добору, започаткованого конституційною реформою в частині правосуддя 2016 р., є новою для України.

Так, В. Городовенко у праці “Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні” пропонує внести зміни до законодавства про те, що на посаду судді не може бути рекомендована особа, яка скоювала проступки, що порочать її². І. Юревич досліджувала проблеми добору суддів у контексті принципу єдності судової влади та розглядала можливість створення єдиного дисциплінарного органу³. І. Марочкін ще у 2007 р. (до створення системи добору кандидатів на посаду судді) зазначав, що ‘кваліфікаційній комісії суддів необхідно визначити, чи є рівень володіння кандидатом українською мовою достатнім для виконання обов’язків судді’⁴.

Це зумовлює необхідність дослідження конкурсної процедури добору суддів як елемента конституційно-правового статусу судді.

Тому моніторинг застосування зазначених норм на практиці є необхідним з метою забезпечення дотримання конституційних принципів організації та функціонування державної, зокрема, судової влади.

Метою дослідження є аналіз сформованих у доктрині конституційного права (з урахуванням законодавчих і практичних аспектів) підходів до розуміння критеріїв організації конкурсного добору суддів для вироблення цілісного уявлення про проблеми реалізації конкурсного добору суддів, а також викладення власного бачення щодо вдосконалення цієї процедури.

¹ Анатолій Селіванов, ‘Судова влада має пройти реформу поновлення свого авторитету та довіри’ *Голос України* (Київ, 7 Листопад 2017) 4.

² Віктор Городовенко, *Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні: монографія* (Фенікс 2007) 159.

³ І Юревич, *Єдність судової влади* (Право 2014) 250.

⁴ І Марочкін, ‘Добір кандидатів на посади суддів’ (2007) І Інформаційний вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України 19.

Сучасне українське суспільство та держава перебувають на етапі глибокого усвідомлення прав і свобод людини та громадянина, а ідеологія прав людини зумовлює переоцінку діяльності всіх державних інститутів і формування державної політики винятково на основі людиноцентризму. Захист прав людини у кожній європейській країні є важливим показником рівня її інтеграції в загальноєвропейську правову культуру. Для України захист прав людини є провідним напрямом державної політики, що зумовило проведення конституційно-правової реформи в частині правосуддя для відновлення довіри до судової влади. Однією з новел було запровадження публічної процедури конкурсного добору суддів для виявлення компетентних, добросовісних і високоморальних правників. У вітчизняній правничій науці категорія “статус” досліджувалася досить широко, однак завершеної теорії правового статусу не має. Конструкції “статусу”, що пропонуються теоретиками права, пов’язуються з питаннями про права людини і громадянина, положенням органу державної влади, посадових осіб. У загальному вигляді в теорії права статус визначається як юридично (нормативно) закріплене положення суб’єкта в суспільстві; сукупність основних прав, свобод та обов’язків, які належать суб’єкту права, встановлених нормами позитивного права. У науці конституційного права поняття конституційно-правового статусу того чи іншого суб’єкта конституційних правовідносин дається через перелік складових конкретного статусу. Так, Н. Мішина і В. Міхальова вважають:

Конституційний статус суддів полягає у визначенні вимог щодо ділових та особистих якостей, незалежності, незмінюваності, недоторканості і несумісності суддів. Призначення на посаду судді має відповідати вимогам аполітичності, щоб процедура добору та призначення суддів на посади не породжувала залежність судді від інституцій які відповідальні за добір суддів⁵.

У практиці деяких зарубіжних країн (Італії, Польщі тощо) поширені вимоги щодо моральних чи особистих якостей претендента, вони сформульовані в законі та набули правового значення.

Правовий механізм добору кандидатів на посаду судді покликаний забезпечити об’єктивне оцінювання не лише їх професійних, а й особистих і моральних якостей. В. Городовенко у своїй монографії “Проблеми становлення незалежної судової влади” стверджує:

Необхідно запроваджувати нові нормативні вимоги, спрямовані на запобігання випадкам потрапляння на суддівські посади осіб, які мають низь-

⁵ Н. Мішина та В. Міхальова ред, *Конституційне право зарубіжних країн*, т 1: Загальна частина (Середняк Т К 2014) 313.

кий рівень моральних та особистих якостей, а також порушують норми суддівської етики⁶.

Внесення змін до Конституції України в частині правосуддя, ухвалення Закону про судоустрій і Закону запровадило в Україні конкурсну процедуру добору кандидатів на посаду судді. Так, відповідно до ч. 2 ст. 128 Конституції України 'призначення на посаду судді здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом'⁷. Конкурс на зайняття вакантної посади судді проводиться відповідно до закону та положення про проведення конкурсу. Метою проведення конкурсу є добір осіб, здатних професійно виконувати посадові обов'язки. Окрім цього, призначення за конкурсом дає змогу об'єктивно оцінити рівень професійної підготовки кандидатів на заміщення вакантних посад, створює конкурентне середовище, оскільки учасники змагаються за отримання вакантної посади, а також стимулює, сприяє заохоченню до оволодіння необхідними знаннями. Проведення конкурсу здійснюється відповідно до визначених у встановленому законом порядку вимог до професійної компетентності кандидата на вакантну посаду на основі оцінювання його особистих досягнень, знань, умінь, навичок, моральних якостей.

Відповідно до ч. 12 ст. 79 Закону про судоустрій 'конкурс на зайняття вакантної посади судді полягає у визначенні учасника конкурсу, який має вищу позицію за рейтингом'⁸. Критеріями кваліфікаційного оцінювання є компетентність (професійна, особиста, соціальна тощо); професійна етика; доброчесність. Як слушно зазначає Л. Москвич:

<...> зміст правосуб'єктності судді зумовлений специфікою правового статусу носія судової влади й полягає у визнаній державою за допомогою правових норм відповідності особистості судді вимогам його професійної діяльності⁹.

Так, відповідно до міжнародних стандартів у сфері судочинства та статусу суду, зокрема, до ст. 10 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 40/32 та 40/146 від 29 жовтня та 13 листопада 1985 р.:

⁶ Городовенко (н 2).

⁷ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁸ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/print> (дата звернення: 20.02.2018).

⁹ Лідія Москвич, 'Організаційно-правові проблеми статусу суддів' (автореф дис канд юрид наук, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого 2003) 12.

Особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості й здібності, а також відповідну підбору і кваліфікацію в галузі права. <...> При підборі суддів не повинно бути дискримінації щодо даної особи за ознаками раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану та ін.; однак вимога про те, щоб кандидат на юридичну посаду був громадянином відповідної країни, не повинна розглядатися як дискримінаційна¹⁰.

Сьомий Конгрес ООН з профілактики злочинності і поведження з правопорушниками рекомендував названі принципи для використання у межах національної, регіональної й міжрегіональної діяльності з урахуванням політичних, економічних, соціальних та культурних умов і традицій кожної країни, а Генеральна Асамблея запропонувала урядам дотримуватися їх та брати до уваги в межах свого національного законодавства і практики¹¹. Відповідно до Європейської хартії про закон “Про статус суддів” правила відбору та призначення на посаду суддів незалежним органом або комісією вимагають здійснення відбору на основі здатності кандидатів вільно і неупереджено оцінювати справи, які передаються на їхній розгляд, та застосовувати закон із повагою до гідності людини. Кандидату не може бути відмовлено у посаді за ознакою статі, національною приналежністю чи соціальним походженням чи за його філософськими або політичними поглядами чи релігійними переконаннями¹². Законом має бути передбачено забезпечення умов, які гарантуватимуть за допомогою висунення до кандидатів вимог щодо освітньої кваліфікації та наявності попереднього досвіду призначення на посаду саме тих осіб, які здатні здійснювати суддівські обов’язки¹³. У зв’язку з цим слід зауважити, що Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) у п. 38 Висновку щодо Закону про судоустрій від 30 червня 2017 р., нагадуючи Україні про її зобов’язання, звернула увагу на ту обставину, що відповідних суддів оцінюватимуть за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності¹⁴. При цьому у Спільному висновку Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) і Бюро ОБСЄ з демократичних інститутів

¹⁰ Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_201 (дата звернення: 20.02.2018).

¹¹ Там само.

¹² Європейська хартія про закон “Про статус суддів” від 10 липня 1998 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_236 (дата звернення: 20.02.2018).

¹³ Там само.

¹⁴ Висновок Венеціанської комісії щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 30 червня 2017 р. URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/visnovok_osce.pdf (дата звернення: 20.02.2018).

і прав людини (БДППЛ) щодо проекту змін нормативно-правової бази у сфері дисциплінарної відповідальності суддів у Киргизькій Республіці наголошується:

Наведені критерії є надто загальними; їх може бути складно оцінити на практиці. Наприклад, правила професійної етики, з огляду на їх природу та традиційне формулювання у загальних і нечітких термінах, не повинні використовуватись напряму як підстава для застосування санкцій, а надто коли це може призвести до звільнення¹⁵.

Безумовно, до осіб, які претендують на зайняття посади у вищих судах, застосовуються підвищені вимоги. Досить поширеною є вимога щодо додаткової юридичної освіти в спеціальних школах суддів, іноді в спеціальних школах, орієнтованих на підготовку керівників судової системи, академіях магістратури, суддівських коледжах, школах суддів (Франція, США, Перу). Законодавство більшості країн ставить в один ряд із професійними якостями кандидата морально-етичні характеристики.

Так, відповідно до п. 4 Кодексу поведінки суддів США ‘поведінка судді в повсякденному житті повинна бути вище будь-яких докорів’¹⁶. Цим підкреслюється особлива значущість авторитету суду для ефективного здійснення ним функції соціального контролю в суспільстві.

У засобах масової інформації та в мережі Інтернет була надана, зокрема, така оцінка проведеному конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Верховного Суду:

Міжнародні спостерігачі, оцінюючи проведення конкурсу до Верховного Суду, назвали конкурс безпрецедентно відкритим і вказували на те, що ніде у світі немає такої транспарентності у доборі суддів та публічного обговорення кандидатів. Справді, у більшості європейських держав та інших країн з розвинутою правовою системою відбір кандидатів до Верховного Суду є суто політичним процесом і ґрунтується на досить непрозорій процедурі ухвалення рішень на рівні державних високопосадовців, – стверджує координатор проекту ЄС “Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні” Довідас Віткаускас. За його словами, нерідко до остаточного затвердження кандидатури парламент влаштовує кандидатам справжній “пристрасний допит”, що є далеким від тієї

¹⁵ Joint Opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR) on the Draft Amendments to the Legal Framework on the Disciplinary Responsibility of Judges in the Kyrgyz Republic: Adopted by the Venice Commission at its 99th Plenary Session (Venice, 13–14 June 2014). URL: <http://www.legislationline.org/documents/id/19099> (accessed: 20.02.2018).

¹⁶ Code of Conduct for United States Judges. URL: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/vol02a-ch02_0.pdf (accessed: 20.02.2018).

прозорості та підзвітності процесу в цілому, який намагаються забезпечити в Україні¹⁷.

Особливу роль у конкурсі відіграє Громадська рада доброчесності, яка, дослідивши досьє та декларації кандидатів, публічні реєстри, вивчивши інформацію у відкритих джерелах, складає висновки щодо відповідності кандидата на суддівську посаду критеріям доброчесності та професійної етики. Безумовно, не всі вони були позитивними, що викликало судові процеси. На сьогодні вже є п'ять рішень Верховного Суду про відмову у задоволенні позовів до Вищої кваліфікаційної комісії суддів, третьої особи – Громадської ради доброчесності, про визнання протиправним та скасування рішення і зобов'язання вчинити певні дії¹⁸. Так, Верховний Суд у своєму рішенні зазначив:

<...> спірне рішення приймалось відповідачем колегіально за внутрішнім переконанням членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів з дотриманням конкурсної процедури відповідно до вимог Конституції та законів України, Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затвердженого рішенням Комісії 3 листопада 2016 р. № 143/зп-16. Системний аналіз наведених нормативно-правових актів дає підстави Верховному Суду для висновку, що оцінка критеріїв професійної етики та доброчесності покладається саме на членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів і ґрунтується на засадах рівноправності та співпричетності до рішення, але при цьому законодавчо визначено, що подальшу участь у конкурсі продовжує кандидат, якщо таке рішення підтримане не менше ніж одинадцятьма її членами¹⁹.

Зважаючи на це, для справжнього конкурсного відбору потрібно запровадити конкретні критерії визначення професійної етики та доброчесності кандидата на посаду судді. Як зазначає А. Бутирський:

¹⁷ “Чистилище” Верховного Суду: що вийшло з першого в історії країни конкурсу суддів’ (*Нове Время*, 3 Травень 2017) <<https://nv.ua/ukr/ukraine/events/chistilishche-verhovnogo-sudu-shcho-vijshlo-z-pershogo-v-istoriji-krajini-konkursu-suddiv-1084418.html>> дата звернення 20 Лютий 2018.

¹⁸ Рішення Верховного Суду від 1 лютого 2018 р. № 71982112 у судовій справі № 800/328/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71982112> (дата звернення: 20.02.2018); Рішення Верховного Суду від 1 лютого 2018 р. № 72029066 у судовій справі № 800/328/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72029066> (дата звернення: 20.02.2018); Ухвала Верховного Суду від 5 лютого 2018 р. № 72064913 у судовій справі № 800/228/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72064913> (дата звернення: 20.02.2018); Ухвала Верховного Суду від 6 лютого 2018 р. № 72065272 у судовій справі № 800/249/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72065272> (дата звернення: 20.02.2018); Рішення Верховного Суду від 6 лютого 2018 р. № 72065254 у судовій справі № 800/249/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72065254> (дата звернення: 20.02.2018).

¹⁹ Рішення Верховного Суду від 1 лютого 2018 р. № 72029066 у судовій справі № 800/328/17 (н 18).

Порядок проведення конкурсу до Верховного Суду є недосконалим і потребує змін, які мають передбачити перевагу професійного критерію при визначенні переможців конкурсу. При цьому спочатку має відбуватись дослідження досьє та проведення співбесіди з кандидатом і лише потім складання іспиту, за результатами якого слід визначати переможців конкурсу²⁰.

Внесені зміни до Основного Закону України в частині функцій та повноважень КСУ зумовили оновлення його нормативно-правового забезпечення, зокрема, 13 липня 2017 р. був прийнятий Закон²¹. Відповідно до частин 3, 4 ст. 148 Конституції України:

Відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України здійснюється на конкурсних засадах у визначеному законом порядку. Суддею Конституційного Суду України може бути громадянин України, який володіє державною мовою, на день призначення досяг сорока років, має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ятнадцять років, високі моральні якості та є правником із визнаним рівнем компетентності²².

У статті 12 Закону²³ “Конкурсні засади відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду” не надано визначення поняття “конкурс”, не визначені принципи його проведення, а тільки встановлюється порядок проведення відбору суддів КСУ.

Так, законом визначено три конкурсні процедури органів, які здійснюють призначення суддів КСУ. Так, відбір кандидатур на посаду судді КСУ на конкурсних засадах щодо осіб, яких призначає Президент України, здійснює Конкурсна комісія, яка була утворена Указом Президента України від 4 жовтня 2017 р. № 306/2017²⁴. Протоколом № 1 засідання Комісії від 18 жовтня 2017 р. були затверджені Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів КСУ²⁵. Згідно з пунктами 13, 16, 17 зазначених Умов:

²⁰ А Бутирський, ‘Конкурс до Верховного Суду: проблеми теорії і практики’ в Щербанюк О та інші (ред), *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Міжнародна наукова конференція* (Технодрук 2017) 13. .

²¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/print> (дата звернення: 20.02.2018).

²² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

²³ Про Конституційний Суд України (н 21).

²⁴ Про конкурсну комісію для здійснення відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України щодо осіб, яких призначає Президент України: Указ Президента України від 4 жовтня 2017 р. № 306/2017. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/306/2017> (дата звернення: 20.02.2018).

²⁵ ‘Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Конституційного Суду України, затверджені протоколом № 1 засідання Комісії від 18 жовтня 2017 року’ (Президент України Петро Порошенко: офіційне інтернет-представництво, 18 Жовтень 2017) <<http://www.president.gov.ua/news/umovi-provedennya-konkursu-na-zajnyattya-vakantnih-posad-sud-44022>> дата звернення 20 Лютий 2018.

<...> Конкурсна комісія на основі поданих документів встановлює відповідність осіб, які виявили намір обійняти посаду судді Конституційного Суду України, вимогам, встановленим Конституцією України та Законом України “Про Конституційний Суд України”.

<...> Комісія призначає дату співбесіди з кандидатами на посаду судді Конституційного Суду України та повідомляє про це кандидатів.

<...> За результатами вивчення документів та відомостей, наданих кандидатами, та співбесіди з ними конкурсна комісія ухвалює рекомендацію щодо кожного кандидата на посаду судді Конституційного Суду України²⁶.

Аналогічною є процедура конкурсу за квотою з’їзду суддів України, де організація його проведення покладена на орган суддівського самоврядування – Раду суддів України, яка оголошує про початок конкурсу для відбору кандидатур на посаду судді КСУ, початок прийняття заяв (із доданими до них документами) осіб, які виявили намір обійняти посаду судді КСУ та проводить співбесіди з кандидатами.

Безумовно, при формуванні КСУ Президентом України, Верховною Радою України, з’їздом суддів порядок, перелік документів та організація проведення конкурсу повинні бути однаковими, що зумовлюється рівним статусом претендентів у кандидати на посаду судді КСУ, принципами конституційно-правового статусу особи та нормами Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, сфера дії якого відповідно до абзацу 2 ст. 4 цього Закону поширюється на такі сфери суспільних відносин:

громадсько-політична діяльність;
 державна служба та служба в органах місцевого самоврядування; *право-суддя* (курсив мій. – О. Ш.);
 трудові відносини, у тому числі застосування роботодавцем принципу розумного пристосування;
 охорона здоров’я;
 освіта;
 соціальний захист;
 житлові відносини;
 доступ до товарів і послуг;
 на інші сфери суспільних відносин²⁷.

При цьому законодавство України повинно ґрунтуватися на принципі недискримінації, що передбачає незалежно від певних ознак:

²⁶ Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Конституційного Суду України, затверджені протоколом № 1 засідання Комісії від 18 жовтня 2017 року (н 25).

²⁷ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 6 червня 2012 р. № 5207-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. Ст. 412.

- 1) забезпечення рівності прав і свобод осіб та/або груп осіб;
- 2) забезпечення рівності перед законом осіб та/або груп осіб;
- 3) повагу до гідності кожної людини;
- 4) забезпечення рівних можливостей осіб та/або груп осіб²⁸.

Однак, на жаль, принцип рівності можливості кандидатів у конкурсі не відображається у нормах, що стосуються конкурсного відбору суддів КСУ. Відповідно до ч. 4 ст. 12 Закону:

<...> Конкурсна комісія, Комітет, Рада суддів України упродовж одного місяця з дня оголошення про початок конкурсу в межах загального строку проведення конкурсу, <...> приймає заяви від осіб, які виявили намір обійняти посаду судді Конституційного Суду України і відповідають встановленим Конституцією України вимогам²⁹.

Згідно з абзацами 2, 3 ч. 1 ст. 12 Закону:

<...> Підготовку питання щодо розгляду на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України у Верховній Раді України здійснює комітет, до предмета відання якого належать питання правового статусу Конституційного Суду України, у порядку, визначеному Регламентом Верховної Ради України, з урахуванням положень цієї статті.

<...> Підготовку питання щодо розгляду на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України з'їздом суддів України здійснює Рада суддів України³⁰.

При цьому варто звернути увагу на те, що відповідно до п. 9 розділу III “Прикінцеві положення” Закону ст. 208⁴ було доповнено Закон України “Про Регламент Верховної Ради України”³¹, у процесуальних нормах якої визначено порядок проведення конкурсу Верховною Радою України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 208⁴ Закону України “Про Регламент Верховної Ради України”:

Не пізніше як за три місяці до дня закінчення строку повноважень чи досягнення граничного віку перебування на посаді судді Конституційного Суду України або не пізніше одного місяця з дня виникнення вакансії на посаду судді Конституційного Суду України в разі, якщо повноваження судді Конституційного Суду України припинено чи його звільнено з по-

²⁸ Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні (н 27).

²⁹ Про Конституційний Суд України (н 21).

³⁰ Там само.

³¹ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 14–15, № 16–17. Ст. 13.

сади, Апарат Верховної Ради за поданням комітету, до предмета відання якого належать питання правового статусу Конституційного Суду України, оприлюднює інформацію на офіційному веб-сайті Верховної Ради та повідомляє депутатські фракції (депутатські групи) про початок прийому пропозицій депутатських фракцій (депутатських груп) щодо кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України. Депутатська фракція (депутатська група) може запропонувати по одному кандидату на кожен вакантну посаду судді Конституційного Суду України.

Право подання пропозиції щодо кандидата на посаду судді Конституційного Суду України може реалізувати також група позафракційних народних депутатів у кількості, не меншій за кількісний склад найменшої депутатської групи³².

Слід вказати, що словосполучення “може запропонувати” не означає “тільки запропонувати”, оскільки процесуальною нормою Регламенту Верховної Ради України звужується конституційне право особи, визначене Конституцією та Законом, а також порушується ст. 22 Конституції України, відповідно до ч. 1 якої ‘конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані’³³. А у частині 2 цієї статті передбачено, що ‘при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод’³⁴. У цьому разі процесуальна норма Регламенту Верховної Ради України є явно дискримінаційною, обмежує конституційне право особи брати участь в конкурсі, надаючи це право винятково депутатським фракціям (групам), порушує принцип рівності особи та встановлює додаткові вимоги до претендента ніж ті, що визначені Законом.

Так, згідно з Законом³⁵ до заяви особи, яка виявила намір обійняти посаду судді КСУ, додаються визначені Законом документи, у яких серед висунутих вимог особливий характер мають письмова згода на проведення спеціальної перевірки відповідно до закону та інші документи, передбачені Законом України “Про запобігання корупції” для проведення спеціальної перевірки. При цьому Закон не визначає серед документів, які додаються до заяви, витягу з протоколу засідання депутатської фракції (групи). Вимоги до кандидатів визначені у ч. 4 ст. 148 Конституції України, ст. 11 Закону. Тому подання пропозицій депутатських фракцій (груп) не є обов’язковою умовою та прямо суперечить вимогам до претендентів у судді КСУ, визначеним нормами Конституції України та Закону.

Зважаючи на викладене вище, хоча Конституцією України та Законом і визначається конкурсна процедура відбору кандидатів на посаду судді

³² Про Регламент Верховної Ради України (н 31).

³³ Конституція України (н 7).

³⁴ Там само.

³⁵ Про Конституційний Суд України (н 21).

КСУ, водночас привертає увагу непослідовність законодавця у забезпеченні рівних можливостей проведення конкурсного відбору уповноваженими суб'єктами.

Також слід звернути увагу на те, що невизначеними залишаються критерії встановлення високих моральних якостей кандидата та високого рівня компетентності правника в процесі конкурсу. У зв'язку з цим варто навести позицію національного радника з юридичних питань, керівника відділу верховенства права Координатора проектів ОБСЄ в Україні О. Водяннікова, який пропонує для дотримання конституційних вимог щодо визначення високих моральних якостей та визнаного рівня компетентності запровадити такі заходи:

По-перше, при оцінці кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України конкурсна комісія/Рада суддів/парламентський комітет має виходити, зокрема, з наступного: (1) необхідності забезпечити суспільну довіру і впевненість у дотриманні кандидатами на посаду судді Конституційного Суду України у випадку призначення високих стандартів конституційного правосуддя; (2) переконання у тому, що суспільна довіра і впевненість може бути забезпечена тільки якщо судді і кандидати на посаду судді дотримуються високих етичних стандартів поведінки у своєму професійному, громадському і приватному житті; (3) необхідності забезпечення сутнісної і процедурної справедливості при оцінюванні кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України.

<...> Для визначення рівня відповідності кандидата критеріям високих моральних якостей та визнаного рівня компетентності конкурсна комісія/Рада суддів/парламентський комітет:

мав би дослідити (за наявності) публікації кандидата, його експертні висновки, аналітичні матеріали, публічні промови, статті, інтерв'ю, його судові рішення (якщо кандидат був чи є суддею) тощо;

міг би опитати із дотриманням умов конфіденційності представників юридичної професії (суддів, адвокатів, науковців, тощо), які мали або мають професійні стосунки з кандидатом, журналістів з метою отримання їхньої оцінки правничої компетентності кандидата, його доброчесності, придатності до виконання повноважень судді Конституційного Суду України;

мав би дослідити публічно доступну інформацію про кандидата в засобах масової інформації.

Після цього має відбутися співбесіда з кандидатом на посаду судді з наданням йому можливості прокоментувати будь-яку негативну інформацію про нього, що стала відома комісії³⁶.

³⁶ Олександр Водянніков, 'Конкурс до Конституційного Суду від суддівської влади: рівняння з шістьма невідомими' (LB.ua, 13 Листопад 2017) <https://ukr.lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/381760_konkurs_konstitutsiyного_sudu_vid.html> дата звернення 20 Лютий 2018.

Таким чином, призначення за конкурсом суддів дає змогу об'єктивно оцінити рівень професійної підготовки кандидатів на заміщення вакантних посад, створює конкурентне середовище, оскільки учасники змагаються за отримання вакантної посади, а також стимулює, сприяє заохоченню до оволодіння необхідними знаннями.

Висновки. Аналіз сформованих у доктрині конституційного права (з урахуванням законодавчих і практичних аспектів) підходів до розуміння, критеріїв, організації конкурсного добору суддів дає змогу зробити висновки про те, що конкурсний порядок добору суддів полягає в пошуку найбільш гідних кандидатів на суддівські посади, однак він повинен бути вдосконалений. Аналіз організації конкурсного добору суддів дав підстави для вироблення цілісного уявлення про проблеми реалізації конкурсного добору суддів, а також викладення власного бачення щодо вдосконалення зазначеної процедури. Встановлено, що якщо право на участь у конкурсі закріплено законодавцем, то держава зобов'язана забезпечити гарантії його справедливої реалізації з системою спеціальних антикорупційних та антипротекційних заходів протидії зловживанням. При цьому конкурсний порядок призначення суддів потрібний не як захід, яким можна легко маніпулювати, а як незмінна та особливо охоронювана суспільством гарантія добору професіоналів. На нашу думку, потрібно запровадити конкретні критерії визначення професійної етики та доброчесності кандидата на посаду судді й внести зміни до Закону про судоустрій, які мають передбачити перевагу професійного критерію при визначенні переможців конкурсу. При цьому спочатку має відбуватися дослідження досьє та проведення співбесіди з кандидатом і лише потім – складання іспиту, за результатами якого слід визначати переможців конкурсу.

Окрім цього, пропонуємо узгодити положення ст. 208⁴ Закону України “Про Регламент Верховної Ради України” зі ст. 12 Закону. У Законі доцільно визначити принципи проведення конкурсного відбору, що дасть можливість запобігти зловживанням і забезпечити прозорий відбір правників із визнаним рівнем компетентності та високими моральними якостями. Такими принципами вбачаються: забезпечення рівного доступу, політичної неупередженості, законності, довіри суспільства, недискримінації, прозорості, доброчесності, ефективного та справедливого процесу відбору.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Code of Conduct for United States Judges. URL: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/vol02a-ch02_0.pdf (accessed: 20.02.2018) (in English).
2. Joint Opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR) on the Draft Amendments to the Legal Framework on the Disciplinary Responsibility of Judges in the Kyrgyz Republic: Adopted by the Venice Commission at its 99th Plenary Session (Venice, 13–14 June 2014). URL: <http://www.legislationline.org/documents/id/19099> (accessed: 20.02.2018) (in English).
3. Konstytutsiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
4. Osnovni pryntsypy nezalezhnostisudovykhorhaniv, skhvaleni rezoliutsiiami [Basic Principles of Independence of the Judiciary Approved by Resolutions] 40/32 ta 40/146 Heneralnoi Asamblei [of General Assembly] vid 29 lystopada ta 13 hrudnia 1985 roku. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_201 (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
5. Pro konkursnu komisiuu dlia zdiisnennia vidboru kandydatur na posadu suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy shchodo osib, yakykh pryznachaie Prezydent Ukrainy [On the Competition Committee for Selecting the Candidates for the Position of a Judge of the Constitutional Court of Ukraine Concerning the Persons Appointed by the President of Ukraine]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 4 zhovtnia 2017 r. № 306/2017. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/306/2017> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
6. Pro Konstytutsiinyi Sud Ukrainy [On the Constitutional Court of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 13 lypnia 2017 r. № 2136-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/print> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
7. Pro Rehlament Verkhovnoi Rady Ukrainy [On the Regulations of the Verkhovna Rada of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 liutoho 2010 r. № 1861-V. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2010. № 14–15, № 16–17. St. 13 (in Ukrainian).
8. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/print> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
9. Pro zasady zapobihannia ta protydii dyskryminatsii v Ukraini [On the Foundations of Preventing and Combating Discrimination in Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 chervnia 2012 r. № 5207-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2013. № 32. St. 412 (in Ukrainian).
10. Vysnovok Venetsianskoi komisii shchodo Zakonu Ukrainy “Pro sudoustrii ta status suddiv” [Conclusion of the Venice Commission on the Law of Ukraine “On the Judicial System and the Status of Judges”] vid 30 chervnia 2017 r. URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/visnovok_osce.pdf (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
11. Yevropeiska khartiia pro zakon “Pro status suddiv” [The European Charter on the Law “On the Status of Judges”] vid 10 lypnia 1998 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_236 (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).

Cases

12. Rishennia Verkhovnoho Sudu [Judgment of the Supreme Court] vid 1 liutoho 2018 r. № 71982112 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/328/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71982112> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
13. Rishennia Verkhovnoho Sudu [Judgment of the Supreme Court] vid 1 liutoho 2018 r. № 72029066 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/328/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72029066> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
14. Rishennia Verkhovnoho Sudu [Judgment of the Supreme Court] vid 1 liutoho 2018 r. № 72029066 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/328/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72029066> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
15. Rishennia Verkhovnoho Sudu [Judgment of the Supreme Court] vid 6 liutoho 2018 r. № 72065254 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/249/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72065254> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
16. Ukhvala Verkhovnoho Sudu [Ruling of the Supreme Court] vid 5 liutoho 2018 r. № 72064913 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/228/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72064913> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).
17. Ukhvala Verkhovnoho Sudu [Ruling of the Supreme Court] vid 6 liutoho 2018 r. № 72065272 u sudovii spravi [in a Court Case] № 800/249/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72065272> (accessed: 20.02.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

18. Horodovenko Viktor, *Problemy stanovlennia nezalezhnoi sudovoi vlady v Ukraini: monohrafiia [Issues of Establishment of Independent Judiciary in Ukraine: Monograph]* (Feniks 2007) (in Ukrainian).
19. Yurevych I, *Yednist sudovoi vlady [Consistency of the Judiciary]* (Pravo 2014) (in Ukrainian).

Edited books

20. Mishyna N ta Mikhalova V red, *Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain [Constitutional Law of Foreign Countries]*, t 1: Zahalna chastyna [the Common Part] (Seredniak T K 2014) (in Ukrainian).

Journal articles

21. Marochkin I, 'Dobir kandydativ na posady suddiv' ['Selection of Candidates for the Positions of Judges'] (2007) 1 Informatsiinyi visnyk Vyshchoi kvalifikatsiinoi komisii suddiv Ukrainy 19 (in Ukrainian).

Conference papers

22. Butyrskiy A, 'Konkurs do Verkhovnoho Sudu: problemy teorii i praktyky' ['Competition to the Supreme Court: Issues of Theory and Practice'] v Shcherbaniuk O ta inshi (red), *Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini: Mizhnarodna naukova konferentsiia [Modern Challenges and Relevant Issues of the Judicial Reform in Ukraine: International Scientific Conference]* (Tekhnodruk 2017) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

23. Moskvych Lidiia, 'Orhanizatsiino-pravovi problemy statusu suddiv' ['Organizational and Legal Issues of the Status of Judges'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Natsionalna yurydychna akademiia Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho 2003) (in Ukrainian).

Newspaper articles

24. Selivanov Anatolii, 'Sudova vlada maie proity reformu ponovlennia svoho avtorytetu ta doviry' ['The Judiciary Should Undergo a Reform to Restore Its Credibility and Trust in It'] *Holos Ukrainy* (Kyiv, 7 Lystopad 2017) (in Ukrainian).

Websites

25. "Chystylshche" Verkhovnoho Sudu: shcho vyishlo z pershoho v istorii krainy konkursu suddiv' ["The Purgatory" of the Supreme Court: What the Country's First-Ever Competition of Judges Resulted In'] (*Novoe Vremia*, 3 Traven 2017) <<https://nv.ua/ukr/ukraine/events/chistilishche-verhovnogo-sudu-shcho-vijshlo-z-pershogo-v-istoriji-kraini-konkursu-suddiv-1084418.html>> accessed 20 February 2018 (in Ukrainian).
26. 'Umovy provedennia konkursu na zainiattia vakantnykh posad suddiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy, zatverdzeni protokolom № 1 zasidannia Komisii ['Provisions for Holding the Competition for the Vacant Positions of Judges of the Constitutional Court of Ukraine Approved by Protocol № 1 of the Commission'] (*Prezydent Ukrainy Petro Poroshenko: ofitsiine internet-predstavnytstvo*, 18 Zhovten 2017) <<http://www.president.gov.ua/news/umovi-provedennya-konkursu-na-zajnyattya-vakantnih-posad-sud-44022>> accessed 2 February 2018 (in Ukrainian).
26. Vodiannikov Oleksandr, 'Konkurs do Konstytutsiinoho Sudu vid suddivskoi vlady: rivniannia z shistma nevidomymy' ['Competition to the Constitutional Court from the Judiciary: an Equation in Six Unknowns'] (*LB.ua*, 13 Lystopad 2017) <https://ukr.lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/381760_konkurs_konstitutsijnogo_sudu_vid.html> accessed 20 February 2018 (in Ukrainian).

Oksana Shcherbanyuk

COMPETITIVE SELECTION OF JUDGES:ISSUES OF CONSTITUTIONAL IMPLEMENTATION

ABSTRACT. Constitutional law and judicial law reforms, large-scale reassessment of values call for a revision of the existing stereotyped views on how the image of the judiciary in general and judges in particular is formed. The analysis of the constitutional legislation provisions proves that there is a need not only to entrench the provisions establishing the competitive principles of selection of judges, but also the specifics of their practical application. Given the above, the relevance of this article and the prospects of a further research into this issue are underlain by its timeliness, since the competitive selection was used to form the Supreme Court, appoint the judges of the Constitutional Court of Ukraine according to the quotas of the Congress of Judges of Ukraine and by the President of Ukraine, and in the future it is expected to hold a competition to the High Anti-Corruption Court of Ukraine and the High Court on Intellectual Property, appellate and local courts. Besides, the relevance of a research into the issue of implementation of the constitutional competitive selection of judges stems from Ukraine's intention, through constitutional law and judicial law reforms, to overcome the critical attitude to the judiciary and court protection of human rights and freedoms, and to restore public trust in courts. Along with a significant number of scientific publications which directly or indirectly touch the issue of selection of judges, the science of constitutional law has not yet developed a

uniform approach to resolve this issue, and as a result, the status laws of Ukraine “On the Judicial System and the Status of Judges” and “On the Constitutional Court of Ukraine” do not have a proper doctrinal basis. Therefore, a need has arisen to monitor the practical application of these provisions with a view to ensuring compliance with the constitutional principles of organization and operation of the government, in particular, the judiciary.

The purpose of this article is to analyze the approaches which are formed in the constitutional law doctrine (subject to the legislative and practical aspects) and used to understand the criteria based on which the competitive selection of judges is organized, with a view to outlining an overall picture of the problems associated with such selection, as well as with the aim of presenting the author’s own vision on how this procedure can be improved.

It is established that the competitive procedure of selection of judges means finding the most worthy candidates for judicial positions; however, it should be improved. The author suggests that particular criteria defining the professional ethics and honesty of a candidate for the position of a judge be determined and the priority of professional criteria for determining the successful candidates be introduced. At the same time, firstly a candidate’s dossier should be studied and the interview with him/her should be held, and only after that it is appropriate to hold the examination which should determine the winners.

The author arrives at the conclusion that there is a need to bring the provisions of Article 2084 of the Law of Ukraine “On the Regulations of the Verkhovna Rada of Ukraine” in compliance with Article 12 of the Law of Ukraine “On the Constitutional Court of Ukraine” and to determine the principles of competitive selection of judges to the Constitutional Court of Ukraine, thus making it possible to prevent abuses and ensure transparent selection of legal professionals possessing proven competence and characterized by high morals. In the author’s opinion, such principles are: assurance of equal access, political impartiality, legality, public trust, non-discrimination, transparency, honesty, and efficient and fair selection process.

KEYWORDS: judicial reform; competitive selection of judges; competition; a candidate for the position of a judge; competition for the position of a judge of the Constitutional Court of Ukraine.



Оксана Хотинська-Нор

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного, господарського права
та процесу Академії адвокатури України
(м. Київ, Україна)
oksnor79@gmail.com

УДК 347.962.6

ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ VS НЕЗАЛЕЖНІСТЬ СУДДІ: У ПОШУКАХ БАЛАНСУ

АНОТАЦІЯ. Однією з фундаментальних гарантій справедливого судового розгляду, а отже, важливою гарантією верховенства права, є незалежність суддів, що забезпечується завдяки низці законодавчо встановлених приписів. Механізм реалізації концепту незалежності суддів є складноструктурованим, передбачає сукупність елементів, що є різними за своїм змістом і характером. Чільне місце у ньому посідає спеціальний порядок притягнення суддів до відповідальності. Проте показники у цій сфері відображають не лише рівень суддівської незалежності в державі, а й ефективність функціонування судової влади, рівень суспільної довіри до неї. Остання вимагає наявності розумного балансу між незалежністю та підзвітністю представників суддівського корпусу, формою виразу якої є їхня юридична, зокрема, дисциплінарна відповідальність.

Оновлення законодавства у сфері судової влади засвідчило зміну підходів у питанні притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Оскільки дисциплінарна відповідальність суддів завжди балансує із забезпеченням їхньої незалежності, гостро постає проблема наявності належних пересторог перетворення її на засіб тиску.

Мета статті полягає у тому, аби на основі системного аналізу положень чинного законодавства з'ясувати питання, чи на сучасному етапі судової реформи досягнуто балансу у сфері забезпечення незалежності суддів і притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

Встановлено, що порівняно з попередніми періодами судової реформи, нинішній відрізняється "суворістю" запроваджених змін у сфері нормативного регулювання притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Зокрема, логіко-структурний і системний методи аналізу окремих положень чинного Закону України "Про судоустрій і статус суддів" дали змогу дійти висновку про невичерпність підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, а також, що більшість із них передбачають можливість застосування найсуворішого виду дисциплінарного стягнення – подання про звільнення судді з посади. У процесі дослідження класифіковано дисциплінарні стягнення: 1) за структурою: прості і складні; 2) за ступе-

нем впливу на можливість здійснювати повноваження судді: такі, що не впливають на здійснення суддею правосуддя, та такі, що спричиняють наслідки, які позбавлять суддю можливості здійснювати правосуддя. Окремо увагу звернуто на такий вид дисциплінарного стягнення, як подання про переведення судді до суду нижчого рівня, існування якого, на думку автора, суперечить положенням про єдиний статус судді.

Запроваджена в Україні модель дисциплінарної відповідальності суддів містить у собі високі ризики загрози їх незалежності. Тому пошук необхідного у цій сфері балансу триває.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність судді; незалежність судді; дисциплінарні стягнення; дисциплінарне провадження; підстави притягнення судді до відповідальності.

Однією з фундаментальних гарантій справедливого судового розгляду, а отже, і важливою гарантією верховенства права, є незалежність суддів. Концепт незалежності судді передбачає, що:

<...> Суддя повинен здійснювати свою судову функцію незалежно, винятково на підставі оцінки фактів, відповідно до свідомого розуміння права, незалежно від стороннього впливу, спонукання, тиску, загроз чи втручання, прямого чи опосередкованого, що здійснюється з будь-якої сторони та з будь-якою метою¹.

Серед численних складових інституту незалежності суддів чільне місце посідає спеціальний порядок притягнення їх до відповідальності, адже Конституція України, гарантуючи незалежність і недоторканність судді, встановлює, що «суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку»².

Утім, питання відповідальності суддів стосується та відображає явища значно вищого порядку – стану здійснення правосуддя й ефективності функціонування судової влади в державі. Остання безпосередньо пов'язана та залежить від суспільної довіри і поваги до суду, яка, серед іншого, формується крізь призму уявлень та оцінок поведінки судді у судовому процесі й поза ним. Недаремно міжнародні інституції акцентують увагу на тому, що:

¹ The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002. URL: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf (accessed: 15.02.2018).

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 15.02.2018).

Суспільна довіра й повага до судової влади – це гарантії ефективності роботи судової системи: цілком зрозуміло, що поведінка суддів у професійній сфері розглядається членами суспільства як невід’ємна частина довіри до судів³.

Водночас невід’ємною передумовою наявності суспільної довіри до судової влади є розумний баланс між незалежністю і підзвітністю її представників, формою виразу якої є юридична відповідальність.

Особливе місце в системі юридичної відповідальності судді посідає інститут дисциплінарної відповідальності, сутність якого полягає у можливості застосування до індивідуального носія судової влади – судді спеціально уповноваженим органом юридичних санкцій, прямо передбачених законом, за правопорушення у сфері професійної діяльності (дисциплінарні проступки), які визначені законодавством. Метою інституту дисциплінарної відповідальності судді є вирішення соціальних завдань в інтересах здійснення та підтримки необхідного суспільству рівня ефективності системи судового захисту як невід’ємної гарантії захисту прав, інтересів і свобод людини.

Як правовий інститут, дисциплінарна відповідальність суддів була предметом багатьох досліджень, зокрема й комплексних. Серед науковців, які у певних аспектах зверталися до його вивчення, варто відзначити Л. Виноградову, В. Городовенку, О. Захарову, І. Марочкіна, Л. Москвич, І. Назарова, О. Овчаренко, М. Погорецького, С. Подкопаєва, С. Прилуцького, А. Селіванова, А. Шевченко, О. Яновську та ін.

Проте оновлення законодавства у сфері організації судової влади, спонукальним мотивом якого стали вимоги суспільства, що пережило Революцію Гідності, закономірно торкнулося й сфери дисциплінарної відповідальності суддів, суттєво змінивши парадигму її розвитку порівняно з попередніми періодами реформування судової влади. Оскільки дисциплінарна відповідальність суддів завжди балансує із забезпеченням їхньої незалежності, тому гостро постає проблема наявності належних пересторог перетворення її на засіб тиску. Відтак питання, чи досягнуто балансу у цій царині на сучасному етапі судової реформи, стає провідним у нашому дослідженні, визначаючи його мету. Цей аспект досі зазначеними науковцями не розглядався.

У пошуках “істини” необхідно спершу визначити чинники, які слід вважати запобіжниками у питанні посягання на незалежність судді в кон-

³ Opinion no 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges’ professional conduct, in particular ethics, incompatible behavior and impartiality. URL: <https://rm.coe.int/168070098d> (accessed: 15.02.2018).

тексті механізму притягнення його до дисциплінарної відповідальності. Аналіз міжнародних стандартів у цій сфері дає змогу віднести до таких:

- чітке визначення у законодавстві підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності;
- справедливу процедуру притягнення судді до дисциплінарної відповідальності;
- пропорційність дисциплінарного стягнення вчиненому проступку.

Відразу зауважимо, що в межах цієї публікації ми зупинимося на оцінці лише тих елементів, які безпосередньо регулюються Законом України “Про судоустрій і статус суддів”⁴ (далі – Закон). Питання справедливої процедури притягнення судді до дисциплінарної відповідальності здебільшого належить до сфери регулювання Закону України “Про Вищу раду правосуддя”, тож залишимо його на певну перспективу.

Отже, міжнародні інституції наголошують, що:

Законодавче визначення поведінки, яка може призвести до дисциплінарного розгляду – це завдання кожної держави. <...> видається доцільним подальше визначення окремими державами-членами в законах чітких підстав для відкриття дисциплінарного провадження⁵.

Стаття 106 Закону передбачає підстави дисциплінарної відповідальності судді, яких, на перший погляд, зважаючи на структуру норми, налічується 19, і перелік яких, начебто, виглядає вичерпним, якби не одне “але”... Проте все по черзі.

Дотримуючись міжнародних стандартів і рекомендацій, законодавець зробив спробу визначити ті випадки, коли суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності, перерахувавши їх у ч. 1 ст. 106 Закону, яка охоплює 19 пунктів – підстав дисциплінарної відповідальності судді. Проте пункт 1 ч. 1, фіксуючи форму вини протиправної поведінки (умисел або недбалість), фактично охоплює шість самостійних підстав, які стосуються недотримання/порушення суддею процесуальних принципів і правил здійснення судочинства, а саме:

- а) незаконна відмова в доступі до правосуддя (у тому числі незаконна відмова в розгляді по суті позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги тощо) або інше істотне порушення норм процесуального права під час здійснення правосуддя, що унеможливило реалізацію учасниками судового процесу наданих їм процесуальних прав та виконання процесуаль-

⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 15.02.2018).

⁵ Opinion no 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behavior and impartiality (n 3).

- них обов'язків або призвело до порушення правил щодо юрисдикції або складу суду;
- б) незазначення в судовому рішенні мотивів прийняття або відхилення аргументів сторін щодо суті спору;
- в) порушення засад гласності і відкритості судового процесу;
- г) порушення засад рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості;
- г) незабезпечення обвинуваченому права на захист, перешкоджання реалізації прав інших учасників судового процесу;
- д) порушення правил щодо відводу (самовідводу)⁶;

Крім вказаних, такими, що пов'язані зі здійсненням суддею правосуддя, тобто стосуються сфери виконання ним професійних обов'язків, окреслених нормами процесуального законодавства, є такі підстави:

- <...> безпідставне затягування або невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом, зволікання з виготовленням вмотивованого судового рішення, несвоєчасне надання суддею копії судового рішення для її внесення до Єдиного державного реєстру судових рішень;
- <...> умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до істотних негативних наслідків;
- <...> розголошення суддею таємниці, що охороняється законом, у тому числі таємниці нарадчої кімнати, або інформації, що стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні⁷;

Інші підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності можна класифікувати на ті, що впливають із необхідності дотримання норм, обмежень, заборон і приписів у сфері організації судової влади (забезпечення її незалежності, професійності, ефективності) (пункти 6–8, 13, 14 ч. 1 ст. 106 Закону), і ті, що стосуються виконання суддею обов'язків, дотримання обмежень і заборон тощо як особи, уповноваженої на виконання функцій держави, зокрема й обов'язків щодо різного декларування (пункти 9–12, 15–19 ч. 1 ст. 106 Закону).

Наведена градація підстав дисциплінарної відповідальності судді є умовною, оскільки окремі з них за своїм змістом є “всеосяжними” та можуть підпадати під різні критерії (наприклад, умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рі-

⁶ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

⁷ Там само.

шення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до істотних негативних наслідків).

У будь-якому разі фактично у ст. 106 Закону передбачено не 19, а 24 випадки, в яких суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності, значна частина з яких прямо або опосередковано “дисциплінує” сферу життєдіяльності судді, що пов’язана з його доброчесністю – морально-етичною категорією, яка є символом триваючого етапу судової реформи. Але мова не про це.

Стосовно окремих підстав дисциплінарної відповідальності, зокрема тих, що передбачені пунктами 1, 4, 10 ч. 1 ст. 106 Закону, як необхідна умова відповідальності використовується форма вини – умисел, недбалість, груба недбалість.

За класичного розуміння вина характеризує ставлення особи (судді) до вчиненого нею дисциплінарного проступку. Якщо особа розуміє характер і значення своїх дій, свідомо допускаючи їх настання, має місце прямий умисел. Якщо ж особа усвідомлює настання несприятливих наслідків і допускає таку можливість, байдуже ставлячись до своїх дій (бездіяльності), то йдеться про непрямий умисел. Недбалість/груба недбалість є видом необережності, що характеризується безвідповідальним і зневажливим ставленням особи до виконання своїх обов’язків, дотримання правил, заборон, обмежень, *нехтування ними*.

Слід звернути увагу на те, що форма вини при кваліфікації дисциплінарного проступку, вчиненого суддею, набуває особливого значення з огляду на положення ч. 8 ст. 109 Закону, яка передбачає застосування до судді найсуворішого виду дисциплінарного стягнення – подання про звільнення судді з посади у випадках ‘вчинення суддею істотного дисциплінарного проступку, грубого чи систематичного *нехтування обов’язками* (курсив наш. – О. Х.-Н.), що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді’⁸. Таким чином, за наявності підстав дисциплінарної відповідальності судді, в яких акцентовано увагу на умислі, недбалості чи грубій недбалості (пункти 1, 4, 10 ч. 1 ст. 106 Закону), має бути застосовано подання про звільнення судді з посади. Проте законодавець, визначаючи у ст. 109 Закону загальні приписи щодо застосування тих чи інших видів дисциплінарних стягнень, оминає увагою цей аспект. Натомість у цій нормі зроблено досить сумнівну спробу не те що дати визначення, а швидше окреслити випадки, які слід вважати істотним дисциплінарним проступком або грубим нехтуванням обов’язками судді, що є несумісним зі статусом судді або виявляє його невідповідність займаній посаді. І тут варто зауважити, що ре-

⁸ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

дакція більшості з них за змістом є тотожною підставам дисциплінарної відповідальності, передбаченим у ст. 106 Закону. Схематично це можна зобразити так:

- п. 1 ч. 9 ст. 109 = п. 3 ч. 1 ст. 106;
- п. 3 ч. 9 ст. 109 = п. 12 ч. 1 ст. 106;
- п. 4 ч. 9 ст. 109 = п. 15 ч. 1 ст. 106;
- п. 5 ч. 9 ст. 109 = п. 14 ч. 1 ст. 106;
- п. 6 ч. 9 ст. 109 = пунктам 17–19 ч. 1 ст. 106.

Таким чином, з урахуванням зробленого вище висновку стосовно значення вказівки форми вини у формулюванні підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, в 10 із 19 передбачених у ч. 1 ст. 106 Закону випадках може бути застосовано дисциплінарне стягнення у виді подання про звільнення судді з посади.

Окремо необхідно наголосити, що згідно з п. 7 ч. 9 ст. 109 Закону істотним дисциплінарним проступком або грубим нехтуванням обов'язками судді, що є несумісним зі статусом судді або виявляє його невідповідність займаній посаді, може бути визнано будь-яке «інше грубе порушення закону, що підриває суспільну довіру до суду»⁹. Оминаючи увагою використання у цьому положенні оціночних понять, таке законодавче формулювання, на нашу думку, однозначно свідчить про невичерпність підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Отже, вже на цьому етапі нашого дослідження можна дійти таких висновків:

1) чіткого та вичерпного переліку підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності у вітчизняному законодавстві наразі немає. Використання оціночних понять у формулюваннях, відсутність об'єктивних критеріїв оцінки обставин, брак нормативної визначеності законодавчих приписів створює підґрунтя для використання інституту дисциплінарної відповідальності як засобу тиску на суддю, що перетворює його на загрозу суддівській незалежності;

2) у більшості випадків, що визначені Законом як підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, передбачено застосування найбільш суворого виду дисциплінарних стягнень – подання про звільнення судді з посади.

Відтак інститут дисциплінарної відповідальності судді може бути використано як інструмент для «очищення» суддівського корпусу, особливо зважаючи на гасла, під якими розпочиналася судова реформа сучасного формату (а «очищення» суддівського корпусу було одним із них). Окрім того, враховуючи, що Законом передбачено ще п'ять видів дис-

⁹ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

циплінарних стягнень, логічно постає питання дотримання принципу пропорційності у їх застосуванні.

Зміст принципу пропорційності в контексті нашого дослідження полягає у співмірному, справедливому співвідношенні характеру вчиненого суддею дисциплінарного проступку та застосованої санкції. У низці міжнародних документів наголошується на тому, що шкала застосовуваних до судді санкцій повинна визначатися суддівським законом і відповідати принципу пропорційності¹⁰.

В Україні система дисциплінарних стягнень, що можуть бути застосовані до судді, є градуйованою, передбачаючи шість видів дисциплінарних стягнень, розміщених у ч. 1 ст. 109 Закону за ступенем зростання їх “суворості” таким чином:

- 1) попередження;
- 2) догана – з позбавленням права на отримання доплат до посадового окладу судді протягом одного місяця;
- 3) сувора догана – з позбавленням права на отримання доплат до посадового окладу судді протягом трьох місяців;
- 4) подання про тимчасове (від одного до шести місяців) відсторонення від здійснення правосуддя – з позбавленням права на отримання доплат до посадового окладу судді та обов’язковим направленням судді до Національної школи суддів України для проходження курсу підвищення кваліфікації, визначеного органом, що здійснює дисциплінарне провадження щодо суддів, та подальшим кваліфікаційним оцінюванням для підтвердження здатності судді здійснювати правосуддя у відповідному суді;
- 5) подання про переведення судді до суду нижчого рівня;
- 6) подання про звільнення судді з посади¹¹.

Зазначені види дисциплінарних стягнень щодо судді можна класифікувати за різними критеріями.

Наприклад, за структурою їх можна поділити на: 1) прості (складаються з одного елемента) та 2) складні (охоплюють декілька елементів). До простих дисциплінарних стягнень відносяться: попередження, подання про переведення судді до суду нижчого рівня та подання про звільнення судді з посади. Три із наведених вище видів дисциплінарних стягнень є складними. Зокрема, дисциплінарні стягнення, передбачені

¹⁰ European Charter on the statute for judges, Strasbourg, 8–10 July 1998. URL: <https://rm.coe.int/16807473ef> (accessed: 15.02.2018); Opinion no 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges’ professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality (n 3); Рекомендація № (94) 12 “Незалежність, дієвість та роль суддів” (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників міністрів 13 жовтня 1994 року) в *Документи Консультативної ради європейських суддів* (Видавничий Дім “Ін Юре” 2017) 56-76.

¹¹ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

у пунктах 2, 3 ч. 1 ст. 109 Закону, передбачають такі складові: а) заходи особистого немайнового характеру (догана, сувора догана) та б) майнові санкції, які полягають у позбавленні судді права на отримання доплат до посадового окладу судді. Дисциплінарне стягнення, передбачене у п. 4 ч. 1 ст. 109 Закону, складається із трьох елементів: а) подання про тимчасове відсторонення від здійснення правосуддя; б) майнових санкцій (позбавлення права на отримання доплат до посадового окладу судді); в) заходів, спрямованих на підвищення та оцінку кваліфікації судді.

За ступенем впливу на можливість здійснювати повноваження судді дисциплінарні стягнення поділяються на: 1) такі, що не впливають на здійснення суддею правосуддя (попередження, догана, сувора догана, подання про переведення судді до суду нижчого рівня); 2) спричиняють наслідки, які позбавлять суддю можливості здійснювати правосуддя (подання про тимчасове відсторонення від здійснення правосуддя, подання про звільнення судді з посади). Класифікація дисциплінарних стягнень стосовно судді можлива й за іншими критеріями.

Проте прискіпливої уваги потребує комбінований підхід, використаний у Законі щодо визначення критеріїв застосування до судді того чи іншого виду дисциплінарного стягнення, чіткість яких є досить умовною.

За загальним правилом, яке міститься у ч. 2 ст. 109 Закону:

Під час обрання виду дисциплінарного стягнення стосовно судді враховуються характер дисциплінарного проступку, його наслідки, особа судді, ступінь його вини, наявність інших дисциплінарних стягнень, інші обставини, що впливають на можливість притягнення судді до дисциплінарної відповідальності¹².

Водночас у подальшому йдеться про:

- 1) випадки, в яких *не* застосовуються ті чи інші види дисциплінарних стягнень (частини 3 і 4 ст. 109 Закону);
- 2) випадки, в яких застосовується конкретний вид дисциплінарного стягнення (частини 8 та 9 ст. 109 Закону).

При цьому діє правило застосування більш суворого виду дисциплінарного стягнення у разі наявності у судді непогашених дисциплінарних стягнень.

Аби не вдаватися до надмірної деталізації, зазначимо, що лише у 7 із 19 випадків, які законодавчо визначені як підстави дисциплінарної відповідальності судді, уповноважений орган має право вільно обрати будь-який вид дисциплінарного стягнення відповідно до фактичних

¹² Про судоустрій і статус суддів (н 4).

обставин справи. І у будь-якому разі він може (не обмежений у можливості) застосувати подання про звільнення судді з посади.

Відтак у такій законодавчій моделі регулювання реалістичність принципу пропорційності дисциплінарного стягнення вчиненому проступку видається примарною. Додатковим аргументом цьому слугує зміст окремих заходів дисциплінарного впливу. Йдеться, зокрема, про такий вид дисциплінарного стягнення, як подання про переведення судді до суду нижчого рівня.

На законодавчому рівні відсутнє визначення поняття “рівень суду”. Проте в теорії судоустрою його прийнято тлумачити як “сукупність однотипних судів, наділених однорідними повноваженнями”¹³. Виокремлення рівнів суду пов’язано з ієрархічною організацією вітчизняної системи судів, яка виступає як узагальнена функція спільної діяльності у вигляді координації, початку загального процесу, інтеграції індивідуальних дій у ціле, та водночас передбачає розподіл повноважень між судами як по “горизонталі”, так і по “вертикалі”. Таким чином, рівні співвідносяться зі структурою системи судів, яка відповідно до ст. 17 Закону передбачає¹⁴: I. Місцеві суди. II. Апеляційні суди. III. Верховний Суд.

Наведена структура судоустрою робить очевидним той факт, що подання про переведення судді до суду нижчого рівня як вид дисциплінарного стягнення не може бути застосоване до суддів місцевих судів. Як у цьому разі бути з єдиним статусом суддів, який серед багатьох складових передбачає також єдині підходи у питанні притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності?

Також слід звернути увагу на “зворотний бік” цього виду дисциплінарного стягнення: те, що для одного судді буде покаранням, для іншого може бути бажаним кроком у кар’єрному зростанні. Тому його застосування опосередковано позбавляє інших суддів, які сумлінно та добросовісно виконують свої обов’язки, можливості зайняти посаду в іншому суді (того ж або вищого рівня).

Крім того, положення ст. 109 Закону є спеціальними стосовно загальної ст. 82 Закону (“Переведення судді до іншого суду”), ч. 3 якої регламентує досить важливий момент:

Переведення судді на посаду судді до іншого суду того самого або нижчого рівня може здійснюватися без конкурсу тільки у випадках реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду, в якому такий суддя обіймає посаду судді¹⁵.

¹³ Л Москвич, Організація судових та правоохоронних органів: навчальний посібник, ч 1 “Основи судоустрою України” (Л Москвич ред, Право 2016) 120; М Погорецький та О Яновська (ред), *Судоустрій України: підручник* (Юрінком Інтер 2014) 156.

¹⁴ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

¹⁵ Там само.

Однак логічно, що як вид дисциплінарного стягнення, яке характеризується мірою примусу, подання про переведення судді до суду нижчого рівня не може супроводжуватися проведенням конкурсу, що передбачає наявність волевиявлення судді щодо участі в ньому. Проте цей аспект залишається законодавчо невизначеним.

Наведене ставить під сумнів доцільність існування такого виду дисциплінарного стягнення, як подання про переведення судді до суду нижчого рівня. Додатково зауважимо, що за весь час його буття (з 2015 р. і донині), ані Вища рада правосуддя, ані її попередники у цьому сегменті повноважень – Вища рада юстиції та Вища кваліфікаційна комісія суддів України – жодного разу цього виду дисциплінарного стягнення до суддів не застосували.

З огляду на викладені доводи, ми пропонуємо виключити подання про переведення судді до суду нижчого рівня з переліку дисциплінарних стягнень стосовно судді, що передбачений у ст. 109 Закону.

Висновки. Насамкінець ми б хотіли зауважити, що інститут дисциплінарної відповідальності судді у різний час реформування судової влади в Україні зазнавав змін. Вони стосувалися і підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, і видів дисциплінарних стягнень, що могли бути застосовані до представників суддівського корпусу. Проте саме існуюча модель стала втіленням їх безпрецедентної кількості. Видається, що лейтмотивом такого розвитку є загальна тенденція, яка панує у сфері судової реформи, що триває, та пов'язана з її кадровою складовою. Чи буде ефективним запроваджений механізм притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, чи буде використаний як інструмент впливу на суддівський корпус, покаже лише час, оскільки, як казали стародавні римляни, *tempus omnia revelat* (“час усе виявляє”).

І наостанок. Задекларована мета нашого дослідження вимагає зробити висновок про те, що запроваджена в Україні модель дисциплінарної відповідальності суддів несе в собі високі ризики загрози їх незалежності. Тож про збалансованість у цій сфері наразі вести мову передчасно. Отже, пошуки балансу тривають...

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. European Charter on the statute for judges, Strasbourg, 8–10 July 1998. URL: <https://rm.coe.int/16807473ef> (accessed: 15.02.2018) (in English).
2. Opinion no 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules

- governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality. URL: <https://rm.coe.int/168070098d> (accessed: 15.02.2018) (in English).
3. The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002. URL: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf (accessed 15.02.2018) (in English).
 4. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]; Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 15.02.2018) (in Ukrainian).
 5. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Organization of Courts and the Status of Judges]; Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 15.02.2018) (in Ukrainian).
 6. Rekomendatsiia № (94) 12 "Nezalezhnist, diievist ta rol suddiv" [Recommendation № R (94) 12 "Independence, Efficiency and Role of Judges"] (ukhvalena Komitetom Ministriv Rady Yevropy na 518 zasidanni zastupnykiv ministriv 13 zhovtnia 1994 roku) v *Dokumenty Konsultatyvnoi rady yevropeiskyykh suddiv* (Vydavnychi Dim "In Yure" 2017) (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

7. Moskvych L, *Orhanizatsiia sudovykh ta pravookhoronnykh orhaniv: navchalnyi posibnyk [Organization of judicial and law enforcement agencies: training manual]*, ch 1 "Osnovy sudoustroiu Ukrainy" (Moskvych L red, Pravo 2016) (in Ukrainian).
8. Pohoreckii M ta Janovska O (red), *Sudoustrii Ukrainy: pidruchnyk [The Judiciary of Ukraine: Textbook]* (Jurinkom Inter 2014) (in Ukrainian).

Oksana Khotynska-Nor

DISCIPLINARY LIABILITY VS INDEPENDENCE OF A JUDGE: SEARCHING FOR THE BALANCE

ABSTRACT. Independence of judges is one of the fundamental guarantees for a fair trial and, accordingly, an essential guarantee for the rule of law, and such independence is ensured by a range of statutory provisions. The mechanism through which the concept of independence of judges is implemented is a complex structure comprising a set of elements which differ in their contents and nature. In its foreground there is a special procedure for bringing judges to liability. However, respective indicators in this connection reflect not only the level of judicial independence in the country, but also the efficiency with which the judiciary functions and the level of trust which society has in it. Such trust requires a reasonable balance between independence and accountability of members of the judiciary, and such accountability is manifested in the form of a judge's legal, in particular, disciplinary liability.

The updates to the judiciary-related legislation demonstrated a change of approaches to the application of disciplinary liability to judges. Since there is always a delicate line between disciplinary liability of judges and assurance of their independence, a genuine concern arises about the availability of proper precautions against making such liability an instrument of pressure.

As the purpose of this article, the author, drawing upon a systemic analysis of the provisions of current law, attempts at finding the answer to the question whether at the present stage of the judicial reform a balance has been achieved between assurance of the independence of judges and bringing them to disciplinary liability.

It is established that as compared with preceding periods of the judicial reform, the current stage is characterized by the “severity” of the changes introduced to statutory regulations subject to which judges are brought to disciplinary liability. In particular, based on the logical structural and systemic methods of analysis of certain provisions of the current Law of Ukraine “On the Judicial System and the Status of Judges”, the author has arrived at the conclusion that the grounds upon which a judge may be brought to disciplinary liability are inexhaustible and also that most of them may entail the strictest type of a disciplinary punishment – a motion to dismiss a judge from office. The study provides the classification of disciplinary sanctions: 1) by structure: simple and complex sanctions; 2) by a degree of influence on the ability to exercise the powers of a judge: those which have no effect on the administration of justice by a judge, and those which bring about the consequences making a judge unable to administer justice. Particular attention is drawn to the disciplinary sanction in the form of a motion to transfer a judge to a lower-level court which the author believes to be contrary to the regulations on the uniform status of a judge.

The model of disciplinary liability of judges introduced in Ukraine involves high risks of a threat to a judge’s independence. Therefore, the search for the balance needed in this domain is still underway.

KEYWORDS: disciplinary liability of a judge; independence of a judge; disciplinary sanctions; disciplinary proceedings; grounds for making a judge liable.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Сьогодні в Україні є очевидним існування системних проблем у відносинах державної влади і суспільства, які протягом останніх років призвели до надзвичайного зниження рівня довіри громадян до державних інституцій загалом та до суду зокрема. Утім, довіра громадян – це особливе джерело сили державної влади й одночасно показник її ефективності. Влада, яка не користується підтримкою населення, якій не довіряють люди, не є життєздатною. Збереження подібного становища при загальній психологічній кризі може викликати підвищення соціальної напруги в суспільстві. Ось чому серед найважливіших завдань, що стоять перед судовою владою в Україні, першочерговим є набуття довіри громадян, підвищення свого авторитету й соціального статусу у суспільстві.

Довіра до суду є станом, що формується під впливом емоційно-суб'єктивної оцінки доступності суду, його компетентності, відповідності способів прийняття рішень та їх змісту (справедливості процедури та судового рішення) загальним уявленням про судову владу. Основним аспектом формування позитивного іміджу суду є індивідуальна поведінка носія судової влади, тому до змістовних елементів, які впливають на формування довіри до суду, належать: а) незалежність та неупередженість суду при вирішенні конфлікту; б) об'єктивність і всебічність процесу пізнання, а також правильність його результату; в) справедливості судового рішення у матеріально-правовому сенсі; г) справедливості судового розгляду в процесуальному сенсі (як надання сторонам рівних можливостей для відстоювання в суді своїх інтересів); ґ) законність дій та рішень суду. Водночас під довірою до суду слід розуміти довіру не до дії, мотивів і впевненості людей, а віру в головну ідею інституту суду – прийняття загальнообов'язкового рішення щодо розглянутого спору й гарантія суспільству щодо його виконання. Інакше кажучи, замість довіри мотивам людини – довіра процедурам, методам роботи інституту суду (Лідія Москвич “Довіра до суду: стан та інструменти впливу”).

У межах теорії судової влади потрібно чітко розрізняти та співвідносити “суд” як соціальний інститут, та “суд” як інститут публічної влади. Як унікальний соціальний феномен суд існує й розвивається за правилами та законами соціального розвитку людей, іноді навіть незалежно та у розріз із позитивним правом та політикою правлячої влади. Суд зберігає та відіграє свою визначальну роль в існуванні окремих суспільств, держав, побудові новітнього глобального світопорядку. Водночас реалії вказують на те, що суспільства розкладаються, а держави руйнуються, якщо вони втратили чи не зуміли організувати соціально-правові основи справедливого суду.

Суд як особлива форма суспільних відносин із вирішення правових конфліктів, як на національному, так і на міжнародному рівнях, є важливим здобутком цивілізаційного розвитку людства. Вітчизняній правовій доктрині варто серйозно звернути увагу на філософсько-правову суперечність між положеннями ст. 124 Конституції України та положеннями ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практикою Європейського суду з прав людини, яка втілює цю норму. Такий антагонізм потребує якнайшвидшого усунення.

Вважаємо, що суд як унікальний соціально-правовий феномен становить першооснову предмета судового права як самостійної галузі права, що відродилася на тлі сучасних реформаційних перетворень правової системи України (Сергій Прилуцький “Суд як першооснова предмета судового права України”).

Реальні зміни як наслідок судової реформи можливі лише тоді, коли в державі з урахуванням традицій законотворення, фінансових можливостей, на підставі глибокого і всебічного науково-експертного аналізу та напрацювань міжнародного досвіду судової організації буде створено незалежну, дієву судову систему, яка матиме можливість використати свій потенціал задля повноцінного захисту прав і свобод людини. Нині в державі проявлено політичну волю щодо проведення повного реформування не лише антикорупційного законодавства, а й усієї державної антикорупційної політики. Утворення Вищого антикорупційного суду має позитивно вплинути на ситуацію у запобіганні корупції. Платформою для цього повинно стати застосування комплексного підходу до реформування як системи правоохоронної превенції, так і судової системи з метою повноцінного захисту прав і свобод людини, керуючись верховенством права. Індикаторами успішності роботи антикорупційного судового органу є якість правосуддя, суспільне значення судових рішень, сприйняття такого суду як дійсно потужної і незалежної перешкоди корупційним проявам.

Важливим є досягнення належного рівня незалежності суддів Вищого антикорупційного суду, оскільки для цього необхідно комплексно реалізувати низку заходів: проведення відкритого і прозорого конкурсу на зайняття кандидатами посад суддів, забезпечення інституціональної і функціональної компонент їхньої незалежності, гідний розмір суддівської винагороди, високий рівень довіри суспільства, сприйняття і реалізація суддею своєї місії як незалежного арбітра.

Питання громадського контролю на перехідному етапі судової реформи є і буде актуальним. Одним із видів контролю за діяльністю органів влади є громадський контроль як вид соціального контролю, що здійснюється громадськими об'єднаннями та окремими громадянами. Загалом він є важливою формою реалізації демократії і способом залучення

громадян до управління державою і суспільством у контексті ст. 38 Конституції України. Вирішенню підлягає низка проблем, однією з яких є, зокрема, розуміння сутності і різниці у поняттях “*crucial rule*” та “*binding rule*”, оскільки неузгодженості перекладу можуть мати вирішальне значення для визначення ролі Громадської ради міжнародних експертів у процедурі конкурсу та значення її висновка щодо невідповідності конкретного кандидата критеріям професійної етики та доброчесності (Валентин Сердюк “Проблеми створення Вищого антикорупційного суду: первинний аналіз”).

Аналіз сформованих у доктрині конституційного права (з урахуванням законодавчих і практичних аспектів) підходів до розуміння, критеріїв, організації конкурсного добору суддів дає змогу зробити висновки про те, що конкурсний порядок добору суддів полягає в пошуку найбільш гідних кандидатів на суддівські посади, однак він повинен бути вдосконалений. Слід внести зміни до Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, які мають передбачити перевагу професійного критерію при визначенні переможців конкурсу шляхом запровадження конкретних критеріїв визначення професійної етики та доброчесності кандидата на посаду судді. При цьому спочатку має відбуватися дослідження досьє та проведення співбесіди з кандидатом і лише потім – складання іспиту, за результатами якого слід визначати переможців конкурсу.

Потребує узгодження положення ст. 208⁴ Закону України “Про Регламент Верховної Ради України” зі ст. 12 Закону України “Про Конституційний Суд України”. Конституцією України та Законом України “Про Конституційний Суд України” визначається конкурсна процедура відбору кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України, водночас привертає увагу непослідовність законодавця у забезпеченні рівних можливостей проведення конкурсного відбору уповноваженими суб’єктами, невизначеними залишаються критерії встановлення високих моральних якостей кандидата та рівня компетентності правника в процесі конкурсу. У Законі України “Про Конституційний Суд України” доцільно визначити принципи проведення конкурсного відбору, що дасть можливість запобігти зловживанням і забезпечити прозорий відбір правників із визаним рівнем компетентності та високими моральними якостями. Такими принципами вбачаються: забезпечення рівного доступу, політичної неупередженості, законності, довіри суспільства, недискримінації, прозорості, доброчесності, ефективного та справедливого процесу відбору (Оксана Щербанюк “Конкурсний добір суддів: проблеми конституційної реалізації”).

Оновлення законодавства у сфері судової влади засвідчило зміну підходів у питанні притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, яка повинна балансувати із забезпеченням їхньої незалежності. Її існую-

ча модель відзначається безпрецедентною кількістю підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності і видів дисциплінарних стягнень. Останні можуть класифікуватися за: 1) структурою: прості і складні; 2) ступенем впливу на можливість здійснювати повноваження судді: такі, що не впливають на здійснення суддею правосуддя, та такі, що спричиняють наслідки, які позбавлять суддю можливості здійснювати правосуддя, а також за іншими критеріями. Видається, що лейтмотивом такої траєкторії розвитку інституту дисциплінарної відповідальності суддів є загальна тенденція, яка панує у сфері судової реформи, що триває, та пов'язана з її кадровою складовою. Запроваджена нині в Україні модель дисциплінарної відповідальності суддів містить у собі високі ризики загрози їхньої незалежності. Тож про збалансованість у цій сфері наразі вести мову передчасно (ОКСАНА ХОТИНСЬКА-НОР “Дисциплінарна відповідальність суддів vs незалежність судді: у пошуках балансу”).

В умовах реформування правосуддя і проведення судово-правової реформи в Україні верховенство права є основною засадою (принципом) цивільного судочинства, застосовуючи яку суд забезпечує справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Відсутнє універсальне визначення принципу верховенства права як у законодавстві, так і в доктрині права, його тлумачення здійснено Конституційним Судом України, Європейським судом з прав людини. Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) стан верховенства права в державі досліджує та оцінює, беручи до уваги такі елементи верховенства права: 1) законність; 2) правову визначеність; 3) заборону свавілля; 4) доступ до правосуддя перед незалежними та неупередженими судами; 5) повагу до прав людини; 6) недискримінацію та рівність перед законом. Саме зазначені властивості верховенства права й повинні бути враховані судом при здійсненні правосуддя у цивільному судочинстві.

Утвердження верховенства права і функціонування правової держави можливі за умов, коли в суспільстві послідовно і неухильно втілюються в життя такі вимоги, як повага до прав і свобод людини, верховенство Конституції, принцип поділу влади, законність, обмеження дискреційних повноважень, принцип правової визначеності, незалежність суду і суддів (ВІКТОР ГОРОДОВЕНКО “Реалізація принципу верховенства права у цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя”).

У кримінальному процесі сьогодні слідчий суддя став центральним суб'єктом досудового розслідування, який забезпечує реалізацію засади верховенства права і змагальності на цій стадії кримінального про-

вадження. Законодавець визначив мету його діяльності, процесуальну функцію, повноваження і процесуальні рішення. Проте компетенція слідчого судді в кримінальному процесі не є константною і зазнає постійних змін у напрямі розширення предмета відання цього суб'єкта кримінальної процесуальної діяльності, що в більшості випадків є виправданим з огляду на необхідність забезпечення невідкладним судовим захистом прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. Проте безпідставне розширення предмета відання слідчого судді призводить до не виправданого ускладнення досудового розслідування та порушення засади розумних строків, необґрунтованого збільшення навантаження на слідчих суддів, а також порушення балансу процесуальних можливостей сторін кримінального провадження щодо вирішення поставлених перед ними завдань.

Аналіз чинного законодавства в аспекті повноти правового регулювання повноважень слідчого судді дає змогу констатувати наявність прогалин, що призводить до неоднакового правозастосування. Проте від повноти та якості нормативного регулювання повноважень слідчого судді залежить не тільки ефективність судово-контрольної діяльності, а й забезпечення правової визначеності в питанні порядку її здійснення. Тому видається, що для законодавця пріоритетним має бути не розширення предмета відання слідчого судді в кримінальному провадженні, а удосконалення нормативного забезпечення його діяльності, алгоритмізація якої в певних межах позитивно позначається на ефективності судового захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження під час досудового розслідування.

Розширення ж меж судово-контрольної діяльності має здійснюватися з урахуванням чітких критеріїв, що дають змогу оптимально їх визначити; до таких критеріїв слід віднести мету процесуальної діяльності та правову природу кримінальної процесуальної функції слідчого судді (Ольга Шило "Компетенція слідчого судді в кримінальному провадженні: теорія, нормативна модель і тенденції розвитку законодавства").

*За редакцією
координатора актуальної теми
"Судова влада в Україні: питання організації та діяльності",
доктора юридичних наук, професора,
завідувача кафедри організації судових та
правоохоронних органів Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого
Лідії Москвич*

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ



Руслана Гаврилук

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6750-4340>
ResearcherID: <http://www.researcherid.com/rid/D-5380-2016>
r.havrylyuk@chnu.edu.ua

УДК 340.1

ПРАВОВА ПРИРОДА МЕДІАЦІЇ ЯК ВИСЛІД БУТТЄВИХ ВЛАСТИВОСТЕЙ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. У періоди глибоких якісних трансформацій – а саме такий етап розвитку переживає нині Україна – особливо зростає запит суспільства на традиційні та нові інструменти врегулювання життєвих конфліктів і замирення соціального середовища. Одним із таких найефективніших інструментів у розвинутих державах світу, передусім у країнах Європейського Союзу, Сполучених Штатах Америки та Канаді, є медіація. З метою імплементації досвіду вказаних держав у вітчизняну практику в 2017 р. було внесено необхідні зміни у процесуальне законодавство України, в результаті чого значну частину прогресивних світових практик медіації визнано обов'язковою й для відповідних вітчизняних суб'єктів. Це одразу ж породило низку світоглядних і теоретико-методологічних проблем для професіоналів і широкого загалу українців. Однією з них постала необхідність з'ясування правової природи медіації, без чого неможливо адекватно визначитись із суб'єктами, спроможними здійснювати її ефективно, й оптимальними процедурами медіації.

Метою статті є обґрунтування найфундаментальніших – іманентних людині правових детермінант медіації, що конкретизується у таких її завданнях: переосмислити з цієї точки зору основні буттєві властивості людини і їх функціональну роль у людському бутті, розкрити відмінність спонтанного (безумовного) й умовного обмінів між людьми благами та показати, як останній призводить до необхідності медіації.

Предмет, мета і завдання дослідження визначили методологію статті, а саме: практичну філософію та матеріальну феноменологію, які є найефективнішими інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, “як сфера інтерсуб'єктивності”.

Доповнено загальноприйнятий перелік буттєвих властивостей людини положенням про атрибутивну приналежність до них людських потреб у благах. Доведено, що безумовний обмін між людьми благами з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан. Ця нова якість надлишку

© Руслана Гаврилук, 2018

ПРАВО

УКРАЇНИ

людської автономії, реалізуючись у комунікативній солідарності людей, породжує внутрішньоособистісні та міжособистісні суперечності й конфлікти. Умовний обмін між людьми благами, зі свого боку, робить такі конфлікти тотальними та вкрай небезпечними для буття індивідів.

Обґрунтовано висновок, що саме останні й являють собою найголовнішу – атрибутивну людині групу детермінант, які зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів вирішення життєвих конфліктів зусиллями самих же індивідів. Доведено, що медіація має подвійну правову природу, оскільки вона, по-перше, є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, – системою взаємопов'язаних правових зобов'язань між ними, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Медіацію можна визначити як взаємний правовий самозахист індивідів.

Ключові слова: медіація; правова природа медіації; надлишок автономії людини; людські потреби у благах; обмін благами між людьми.

У періоди глибоких якісних трансформацій – а саме такий етап розвитку переживає нині Україна – особливо зростає запит суспільства на традиційні та нові інструменти врегулювання життєвих конфліктів і замирення соціального середовища. Одним із таких найефективніших інструментів у розвинутих державах світу, передусім у країнах Європейського Союзу (далі – ЄС), Сполучених Штатах Америки та Канаді, є медіація. Зокрема, Європейська Рада ще у 1999 р. закликала держави – члени ЄС до активного запровадження медіації. У 2008 р. було прийнято Директиву 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС з окремих аспектів медіації у цивільних і комерційних справах, а також низку рекомендацій та керівних принципів до неї. І хоча Директива 2008/52/ЄС де-юре поширюється на міжнародні спори, відповідно до п. 8 її Преамбули ‘ніщо не повинно заважати застосовувати ці положення також у внутрішніх медіаційних процесах’¹.

Із метою імплементації цих підходів у вітчизняну практику в 2017 р. було внесено необхідні зміни у процесуальне законодавство України, в результаті чого значну частину прогресивних світових практик медіації визнано обов'язковою й для відповідних суб'єктів в Україні. У Верховній Раді України перше читання пройшов проект спеціального Закону України “Про медіацію”. Це одразу ж породило низку світоглядних і теоретико-методологічних проблем для широкого загалу та низку запитань у правокористувачів щодо цього. Однією з найзлободенніших таких проблем постала необхідність з'ясування правової природи медіації, щоби чіткіше визначитись як із суб'єктами, спроможними здійснювати її якнайефективніше, так і з процедурами медіації.

¹ On certain aspects of mediation in civil and commercial matters: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3.

Актуальність окресленої проблематики посилюється також тим, що вітчизняні науковці питання правової природи медіації спеціально поки що не досліджували, хоча окремі намагання й було зроблено². Не приділили належної уваги вказаній проблемі і зарубіжні вчені – вони переважно аналізують техніки та технології медіації, практичний досвід її проведення³.

Метою дослідження є обґрунтування найфундаментальніших – іманентних людині правових детермінант медіації, що конкретизується у таких її завданнях: переосмислити з цієї точки зору основні буттєві властивості людини і їх функціональну роль у людському бутті, розкрити відмінність спонтанного (безумовного) й умовного обмінів між людьми благами та показати, як останній призводить до необхідності медіації. Предмет, мета і завдання дослідження визначили *методологію статті*, а саме: *практичну філософію та матеріальну феноменологію*, які є найефективнішими інструментами пізнання такого “незримого”, за свідченням М. Анрі, ‘як сфера інтерсуб’єктивності’⁴.

Детермінантами, що зумовлюють необхідність медіації, є основні властивості самої людини. Вони і породжують вічні протиріччя умов її буття. Ще основоположники антропосоціокультурного підходу до пізнання, зокрема й пізнання природи власне людини та людського світу загалом, давньогрецькі філософи-софісти устами одного зі своїх найяскравіших представників – Протагора сформулювали максимум: “Людина – міра всіх речей”⁵. Ця істина до сьогодні залишається одним із головних здобутків у сфері людинознавства.

Відтоді лише окремі пізнавальні традиції оминали тему людини та її природи, більше того, не зробили власного внеску у їх пізнання. Загалом же здобутки наукового людинознавства вагомі та динамічно примножуються. Проте чи не найголовніших результатів від часу софістів у пізнанні вказаної проблеми досягли представники практичної філосо-

² Див.: наприклад: Лариса Бурова, ‘Правова природа медіаційної угоди’ (2015) 18 Часопис цивілістики 56; Соломія Йосипенко, ‘Поняття та особливості правової природи медіації’ (2015) 3 Порівняльно-аналітичне право 89; Надія Вознюк, ‘Принципи альтернативних способів вирішення господарсько-правових спорів’ (2013) 11 Право України 373; Тетяна Кисельова, ‘Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах’ (2011) 11-12 Право України 225.

³ Nadja Alexander, ‘The mediation metamodel: Understanding practice’ [2008] 26(1) Conflict Resolution Quarterly 97; Robert A Baruch Bush and Joseph P Folger, *The promise of mediation: The transformative approach to conflict* (John Wiley & Sons 2004); Lon L Fuller, ‘Mediation – its forms and functions’ [1970] 44(2) Southern California Law Review 305; Carrie J Menkel-Meadow and Lela Porter-Love, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2014); Carrie J Menkel-Meadow, ‘The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices’ (1995) 11 Negotiation Journal 217; Carrie J Menkel-Meadow, ‘The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world’ (1996) 38 William & Mary Law Review 5; Neal Milner, ‘Mediation and political theory: A critique of Bush and Folger’ [1996] 21(3) Law & Social Inquiry 737; John Van Winkle, *Mediation: A Path Back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004).

⁴ Michel Henry, *Phenomenologie materielle* (1ere ed, Epimethee, Presses Universitaires de France 1990).

⁵ Андрей Лебедев, ‘Протагор’ в *Новая философская энциклопедия*, том 3 (Мысль 2010) 374.

фії. Ця наука становить світоглядне та методологічне ядро антропосоціокультурного підходу до пізнання. Основна мета практичної філософії згідно з її самовизнанням полягає у пошуку відповідей на фундаментальне питання людинознавства: як можливий людський світ?⁶

Один із фундаторів другої хвилі відродження німецької практичної філософії Т. Ренч щодо викладеного зазначав, що *‘автономія і комунікативна солідарність* уможливають людський образ смислу життя; вони так конституують призначення людини, адже називають смислові умови її життя’⁷.

Перша з цих умов – автономія, згідно з баченням її практичною філософією є конституентом смислу людського буття. Вона наповнюється сенсом не із зовні, не стороннім стосовно конкретного індивіда суб’єктом, а ним самим із буттєвої людської фактичності, стверджуючи цим самим людину не як чийсь проект, а як продукт власного спонтанного саморозвитку⁸.

Зі свого боку, другу смислову умову буття людини практична філософія вбачає в *‘покладанні людини на ближніх і їхню допомогу’*⁹, тобто на Іншого. *‘Я називаю його (покладання на Іншого. – Р. Г.), – резюмує Т. Ренч, – практичним горизонтом комунікативної солідарності’*¹⁰. Реалізація цих обидвох атрибутивних смислових умов буття людини відповідно до пізнавальної традиції практичної філософії і породжує її невід’ємні права. Проте як співвідносяться між собою обидві смислові умови буття людини та яке значення це має для її буття? Чи є такі умови достатніми для людського буття?

Практична філософія надає позитивну відповідь на перше запитання уже самим фактом розрізнення статусів зазначених смислових умов людського буття – вона називає автономію *конституентом смислу* його буття. За мовчазним їх розрізненням у Т. Ренча йде і їхнє словесне розмежування:

Автономне життя не ширяє як ідеальний стан над людською дійсністю, натомість саме є перспективою, в якій ми завжди живемо у первинному світі і чію дійсність оцінюємо. *Горизонт автономії є першою вирішальною формою пов’язаного з життям надлишку у реальності людського світу*¹¹.

Цей надлишок автономії індивіда у реальності людського світу згідно з концепцією Т. Ренча покликаний забезпечувати функцію пусково-

⁶ Томас Ренч, *Конституція моральності Трансцендентальна антропология і практична філософія* (В Приходько пер, Дух і літера 2010) 99, 104.

⁷ Там само 226.

⁸ Там само.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само 227.

¹¹ Там само 226.

го механізму у кожному індивідуальному людському проекті. Проте на практиці його ідеальна теоретична конструкція щодо смислових умов людського буття виявилась нежиттєдайною. Вона подібна до автомобіля без двигуна. Щоб цю конструкцію оживити, не вистачає, як мінімум, ще одного елемента – *perpetum mobile* людського буття. Надлишок автономії індивіда неспроможний ним стати, оскільки від початку існує лише потенційно, на що вказує і Т. Ренч. Потрібні додаткові чинники для приведення в дію самого надлишку автономії.

Низка пізнавальних традицій роль такого двигуна відводять людським потребам, або, якщо говорити іншою термінологією, – потребам індивідів у благах¹². До речі, саме процес задоволення потреб індивіда у благах трансформує надлишок його автономії зусиллями все того ж індивіда із потенційного у дійсний. ‘Дай мені те, що потрібно мені, і ти одержиш те, що потрібно тобі, – такий сенс життя’¹³, – писав свого часу А. Сміт. Не підозрюючи цього, він у зазначеній формулі виклав квінтесенцію спонтанного обміну благами між людьми. Індивід ‘у цьому випадку, як і в багатьох інших, – резюмував А. Сміт, – *невидимою рукою* (курсив мій. – Р. Г.) спрямовується до мети, ‘яка зовсім не входила у його наміри’¹⁴. При цьому із потенційного трансформується у реальний надлишок його автономії та набуває буттєвого наповнення комунікативна солідарність.

Значний внесок у подальший розвиток вказаної концепції реалізації індивідами власного потенціалу в ХХ ст. зробили А. Алчян¹⁵, Дж. Б’юкенен¹⁶, К. Бруннер¹⁷, В. Меклінг¹⁸, С. Лінденберг¹⁹, Д. Бараш²⁰, Ф. Гайєк²¹ та ін. Вони, зокрема, показали, що спроби пояснення задоволення людських потреб поза взаємодією індивідів засвідчують, врешті-решт, свою принципову неспроможність, і наголошували на спонтанності їх взаємодії та обміну між ними благами.

¹² Абрахам Маслоу, *Мотивация и личность* (А Татлыбаев пер, Евразия 1999) 79, 81, 99, 155 та ін.; Николай Бережной, *Человек и его потребности* (Форум 2000) 30; Алексей Самсин, *Социально-философские проблемы исследования потребностей* (Высшая Школа 1987) 58 та ін.

¹³ Адам Смит, *Исследование о природе и причинах богатства народов* (В Афанасьев пер, Эксмо 2007) 77.

¹⁴ Там само 443.

¹⁵ Armen A Alchian, ‘Uncertainty, Evolution and Economic Theory’ (1950) 58 *Journal of Political Economy* 211.

¹⁶ James M Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975).

¹⁷ Karl Brunner, ‘The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society’ (1987) 25 *Economic Inquiry* 372; Karl Brunner and William H Meckling, ‘The Perception of Man and the Conception of Government’ [1977] 9(1) *Journal of Money, Credit, and Banking* 70; Karl Brunner and Allan H Meltzer, ‘The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange’ [1971] 61(5) *American Economic Review* 784.

¹⁸ William H Meckling, ‘Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)’ (1976) 4 *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 545.

¹⁹ Siegwart Lindenber, ‘An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular’ [1985] 3(1) *Sociological Theory* 102.

²⁰ David Barrash, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) 42.

²¹ Фридрих А Хайек, *Пагубная самонадеянность: ошибки социализма* (У Бартли III ред, Новости 1992).

Що ж це за феномен – спонтанний обмін між людьми благами? Чим він є насправді – умовною чи безумовною взаємодією людей? Очевидно, враховуючи, що це поняття є категорією практичної філософії, необхідно з'ясувати його природу та призначення з її пізнавальних підходів. У практичній філософії поняття “спонтанний” і “трансцендентальний” використовуються як синоніми, що означають укорінений у співбутті людей соціальний конструкт, у якому самі по собі, без зовнішньої детермінації, переплавляються людська автономія та її ж комунікативна солідарність у нову якість – в соціальну особистість, а орієнтація особистісної ідентичності на благо виявляє цілі життєдіяльності людини.

Відомий німецький філософ права середини ХХ ст. Й. Меснер називав цей феномен ‘екзистенційними цілями людського буття’²², а вітчизняний філософ права початку ХХІ ст. А. Баумейстер резюмував, що ‘орієнтуючись на певні цінності, вибираючи певне благо, людина обирає саму себе, вирішує бути певним чином’²³.

І. Кант у праці “Основоположення метафізики моралі” пояснював це таким чином:

Людина – створіння з власними потребами, й оскільки вона належить до чуттєвого світу, не може відхилити тих вимог, які її чуттєвість ставить людському розуму (курсив мій. – Р. Г.), а саме: турбуватись про її (чуттєвості) інтереси та створювати практичні максими, орієнтовані на щастя цього, а по можливості й майбутнього життя²⁴.

При цьому, як обґрунтовував Р. Фербер, людина стоїть перед неминучістю безпосереднього чи опосередкованого ‘врахування також життєвих потреб інших людей’²⁵.

Із усієї сукупності найрізноманітніших людських потреб О. Гьоффе виділяв три їх спонтанні групи: потреби людини як тілесної живої істоти; потреби людини як істоти, наділеної мовою та здатністю мислити; потреби людини як соціальної істоти, здатної до співпраці. Таке його спостереження супроводжується двома наступними його ж застереженнями: по-перше, ‘без відповідних відносин співпраці людина не може стати людиною; по-друге, тут наявний трансцендентальний обмін’²⁶ благами.

Хоча людина, як продовжував розмірковувати О. Гьоффе, потенційно суспільна істота “від природи”, вона, утім, повинна сама *створити себе*

²² Johannes Messner, *Das Naturrecht* (Tirolia 1958) 39.

²³ Андрій Баумейстер, *Буття і благо* (О Хома ред, Т П Барановська 2014) 377.

²⁴ Immanuel Kant, *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten* (Meiner 1999) 30.

²⁵ Rafael Ferber, *Philosophische Grundbegriffe 1: Eine Einführung* [Basic Philosophical Ideas 1: Introduction] (Beck 2008) 198.

²⁶ Отфрид Гьоффе, ‘Трансцендентальний обмін – фігура легітимації прав людини?’ в Ш Госепат та Г Ломанн (ред), О Юдін та Л Доронічева (пер), *Філософія прав людини* (2-е вид, Ніка-Центр 2008) 41.

як таку, активувати приховані в собі потенційні суспільні якості, тому що суспільство виникає тільки із взаємного визнання людини людиною. У цьому завданні, як він зазначав, 'неможливо оминати прошарок природжених інтересів'²⁷ (поняття "інтереси" у О. Гьоффе використовується як синонім поняття "потреби". – Р. Г.). Він резюмував: 'Перш ніж потурбуватись про можливість самоствердження потрібно подумати про засадничі умови людського буття'²⁸. 'Те обурення та характерна пристрасть, якими позначений протест проти порушення прав людини, є справедливими саме тому, – продовжував О. Гьоффе, – що, по-перше, йдеться про природжені інтереси, визнання яких, по-друге, має характер вимоги'²⁹. 'На якій підставі я можу вимагати від інших визнання за собою безперечних інтересів?', – завершує він. І тут же сам відповідає:

Очевидною є кореляція між правами та обов'язками <...>. Накладає на себе людський *обов'язок* той, хто приймає від інших певні послуги, виконані лише за умови послуг у відповідь; і навпаки, він володіє людським правом, оскільки надає послугу, що надається лише за умови послуги у відповідь. Ця ситуація наявна там, де певний незаперечний інтерес може бути реалізований лише через взаємність. Отже, людина у своєму виборі обмежена там, де трансцендентальний момент пов'язаний із певним соціальним моментом, тобто там, де має місце вроджена взаємність або внутрішньо їй властива соціальність. Там, де інтереси стають такими, що ними не можна поступитися, і при цьому вони пов'язані із взаємністю, неможливість поступитися переходить і на взаємність: свобода вибору тут закінчується і не можна уникнути обміну³⁰.

У такому разі між ними має місце безумовний обмін благами. Він з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан і надає цій автономії буттєвості. Якщо навіть припустити, що у такому обміні благами між усіма його учасниками досягається консенсус щодо оцінки ними його результатів як справедливих чи принаймні прийнятних для кожного, то за його межами залишається, як убагацьється із наведеної класифікації людських потреб О. Гьоффе, ще значна частина таких потреб, які мають задовольнятися в умовний спосіб. У процесі умовного задоволення людей у благах уже нова якість надлишку людської автономії, реалізуючись у комунікативній їх солідарності, проявляється зовні – згідно з концепцією задоволення людських потреб А. Сміта – у людському егоїзмі, який із усіх сил прагне до самореалізації.

²⁷ Гьоффе (н 26).

²⁸ Там само 38.

²⁹ Там само 38.

³⁰ Там само 38-9.

Як та рушниця, що висить на стіні у першому акті театральної вистави і мусить вистрілити в одному з наступних її актів, так і надлишок людської автономії не може не проявитися у співбутті людини з Іншим. Такий надлишок дає відчутно знати про себе людині та Іншому на кожному кроці їх співбуття, матеріалізується передусім у вічному прагненні індивіда самореалізовуватись, самостверджуватись у своїй гідності, зокрема й завдяки таким самим прагненням і життєвим устремленням Іншого. Це породжує нездоланні у межах людської природи перманентні конфлікти між людьми, які достатньо часто переростають у відкриті протистояння та антогонізми між ними. Чисельні міфи, легенди, інші джерела людської історії переповнені свідченнями про наявність і неминучість цих агональних відносин між індивідами у соціумі, їх спірний характер. Такий конфлікт генетично вмонтований і в кожному людську особистість. Він спонтанно спричинений неможливістю буття людини поза співвіднесенням її з Іншим.

Отже, людина постійно перебуває як у зовнішньому конфлікті з Іншим, так і в особистісному конфлікті з собою. І від того, яким чином вирішуватимуться особистісні конфлікти, залежать передусім особисті долі людей, а від вирішення міжособистісних конфліктів – долі цілих людських спільнот, соціумів і навіть людства. Успішно вирішені конфлікти фахівці з конфліктології називають ‘результативними конфліктами’ та оцінюють їх як ‘силу, що працює на Вас’³¹. Невирішені у природний спосіб конфлікти неодмінно переростають у насильство, яке, як відомо, має тотальне поширення у людських спільнотах і належить до основних чинників, які вплинули на хід історії³².

Незважаючи на те, що й особистісні, й міжособистісні конфлікти породжуються, врешті-решт, одним і тим же феноменом – надлишком людської автономії стосовно самої себе чи щодо такої ж автономії Іншого – уся людська історія переконує, що основним засобом успішного вирішення особистісних конфліктів є людська мораль, а таким же засобом вирішення міжособистісних конфліктів проявило себе право³³. Зазвичай цей надлишок як у першому, так і в другому випадках настільки непомітний на перший погляд, що здебільшого ним нехтують чи недооцінюють його небезпеку. У такому разі від тріумфу надлишку людської автономії до його катастрофи один крок.

³¹ Peter T Coleman and Robert Ferguson, *Making Conflict Work: Harnessing the Power of Disagreement* (Houghton Mifflin Harcourt 2014) 9.

³² Douglass C North and John Joseph Wallis and Barry R Weingast, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (Cambridge University Press 2009).

³³ Адольф Райнах, ‘Априорные основания гражданского права’ в *Собрание сочинений* (В Куренной пер, Дом интеллектуальной книги 2001) 153; Лон Фуллер, *Мораль права* (Л Логвиненко ред, Н Комарова пер, Сфера 1999); Фридрих А Хайек, *Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики* (Б Пинскер и А Кустарев пер, ИРИСЭН 2006).

Відомий український філософ В. Малахов це промовисто унаочнив таким епізодом із оповіді священика Анатолія Жураковського про Юду Іскаріотського:

Якось Юді наснився сон: разом із іншими учнями Христа він летить у запаморочливій височині. Аж раптом десь далеко внизу його увагу привернула *крихітна чорна цяточка*: то був маленький виноградник, родовий спадок батьків, котрий він залишив, коли пішов за Вчителем. І ось – на мить, тільки на мить, начебто жаль за отим виноградником, за споминами, пов'язаними з ним, штрикнув йому у серце; саме цієї миті і трапилася “катастрофа”, розпочалося його жахливе падіння, що визначило подальший перебіг подій³⁴.

Юда зрадив себе, свого вчителя і його величну місію, у безмежній вірності яким добровільно заприсягся, тому що він вчасно не впорався із миттєвим впливом на нього мізерного надлишку – як “крихітна чорна цяточка” завбільшки – його людської автономії, якої Христос не позбавив нікого з людей.

Катастрофічніші у багато разів наслідки може мати та досить часто, як показує історичний досвід, має надлишок людської автономії у буттєвому втіленні людиною комунікативної солідарності як другої смислової умови її буття. Адже тут реалізує себе уже не одна людська автономія, а їх сукупність.

Вагомі фактичні підтвердження обґрунтованості цього припущення містять багаторічні дослідження питань соціальної антропології М. Мосса. Особливо цінною з позицій представленого дослідження є його праця “Досвід про дарунок. Форма і підстави обміну в архаїчних суспільствах”. У вступі до неї автор, зокрема, зазначає, що ‘цей тип правових та економічних відносин охоплює найрізноманітніші правила та ідеї; найважливіший серед таких духовних механізмів, очевидно, той, що зобов’язує компенсувати одержаний дарунок’³⁵. Під дарунком (подарунком) М. Мосс розуміє благо, одержане індивідом чи групою індивідів на заміну уже наданого Іншому блага чи для одержання від нього блага. Цей інститут взаємного обміну благами, який мав тотальне поширення у більшості традиційних суспільств, увійшов до людської історії під назвою “*потлач*”. У працях науковців можна знайти не одну класифікацію потлача на підставі різних критеріїв. Однак варто погодитись із М. Моссом, що, зважаючи на природу потлача як блага-зобов’язання, найбільш

³⁴ Віктор Малахов, ‘Свобода як не вимушеність’ в *Право бути собою* (Дух і Літера 2008) 289.

³⁵ Марсель Мосс, *Общества Обмен Личность: труды по социальной антропологии* (А Гофман пер, Книжный дом-Университет 2011) 144.

адекватною є його класифікація за суб'єктним складом дарувальників й обдарованих.

Аналізуючи відносини потлача, М. Мосс виділяє чотири його форми: потлач, учасниками якого є винятково або майже винятково фратрії та сім'ї вождів (тлінкіти); потлач, у якому фратрії, клани, вожді і сім'ї відіграють майже однакову роль; потлач між вождями, що виступають один проти одного кланами (цімшіани); потлач вождів і братств (квакіютлі). Проте з точки зору дотримання, як пише він, 'обов'язку давати, обов'язку брати і обов'язку компенсувати' дарунки 'усі чотири форми потлача відносно однакові'³⁶. 'У всьому цьому, – резюмує М. Мосс, – міститься сукупність прав і обов'язків споживати та компенсувати відповідним правам і обов'язкам дарувати та приймати'³⁷. Відмовитись дати дарунок, так само, як і взяти його, як підсумовує М. Мосс, 'тотожне оголошенню війни'³⁸. Така ж заборона відмовлятися від одержання дарунків та від їх компенсації під загрозою згубних втрат тими, хто так вчинив, поширювалась у традиційних суспільствах і на міжособистісні, і на групові стосунки³⁹.

Аналогічних висновків, досліджуючи відносини обміну благами в інших традиційних суспільствах, дійшов і Б. Малиновський – не менш відомий сучасник М. Мосса. На цій основі він сформулював *концепцію права як системи зобов'язань взаємопов'язаних індивідів*, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Відповідно до такої концепції такі зобов'язання учасників обміну благами в соціумі він розглядає, з одного боку, як правовідношення, що являє собою праводомагання індивіда до Іншого, а з другого – правовідношення визнавалось як атрибутивне зобов'язання Іншого. Проте в обидвох випадках вважалося за неможливе відмовитись від взаємності обміну благами під загрозою жорстких санкцій⁴⁰, інакше кажучи, внутрішнього і зовнішнього примусів.

Продовжив традицію вивчення поведінки індивідів та їх груп під час задоволення ними своїх потреб у благах, що забезпечуються поза безумовним обміном, Ф. Гайек. Він сфокусував увагу на зовсім недослідженій до нього проблемі виявлення та пізнання процесів появи абстрактних, об'єктивних у розумінні соціального конструкту, *правил поведінки індивідів* як неодмінної умови появи й існування життєздатних "розширених" суспільств, які виходять за межі окремих *емоційно пов'язаних* між собою груп людей. Ці правила і є "*право (law)*"⁴¹. Він з'ясував, що діяль-

³⁶ Мосс (н 33).

³⁷ Там само 154.

³⁸ Там само 153.

³⁹ Там само 145.

⁴⁰ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Routledge and Kegan Paul 1926) 58; Бронислав Малиновський, 'Магія и релігія' в *Релігія и общество: хрестоматія по соціальной релігії* (Наука 1994) 241.

⁴¹ Хайек (н 20).

ність індивідів в емоційно пов'язаних між собою групах первісних людей зазвичай спрямовувалась спільними для усіх них цілями, тоді як індивіди в умовах розширеного спонтанного порядку вже мали на меті різні індивідуальні цілі, але були змушені найсуворіше дотримуватися однакових правил поведінки (звичаїв)⁴².

Ф. Гайєк дослідив, що при виникненні розширеного спонтанного порядку й досягненні верховенства одних традицій і звичаїв над іншими вирішальна роль належала непрямо, суттєво віддаленим у часі результатам діяльності далеких попередників. Ці результати позначались на таких віддалених у часі одна від одної групах, про які самі їх предки не могли мати жодного уявлення, але якби певним чином, гіпотетично, й дізналися про свій вплив, то, ймовірно, він здався б їм не таким уже й позитивним, яким він став для значно пізніших поколінь. Це зумовлено тим, що система потреб кожного покоління індивідів та умови їх задоволення децю подібні, проте в основному неповторні.

Ф. Гайєк довів, що більшість із правил, які поступово формувалися та сприяли посиленню кооперації індивідів у розширеному порядку, найчастіше виявлялись відмінними від очікуваних. Для людей, які жили на ранніх чи пізніших стадіях еволюції цього порядку, вони могли б бути зовсім непридатними. У розширеному порядку до кола обставин, від яких залежить, що повинен робити кожен для досягнення своїх цілей, належать – 'і це впадає у вічі'⁴³, як резюмував Ф. Гайєк, невідомі нам рішення багатьох інших невідомих нам індивідів щодо засобів, які використовуються ними для досягнення їхніх власних цілей і задоволення їх потреб. Висновок Ф. Гайєка незвично категоричний:

Звідси випливає, що в процесі еволюції не було таких моментів, коли індивіди могли б відповідно до своїх цілей свідомо спроектувати та поставити собі на службу правила, які поступово сформували розширений порядок; тільки пізніше ми змогли приступити до вкрай орієнтовного та ретроспективного пояснення у принципі цих утворень⁴⁴.

Однак, як М. Мосс і Б. Малиновський, Ф. Гайєк був змушений визнати, що розширений порядок співіснування людей у суспільстві не запобігає суперечностям і конфліктам між індивідами в процесі задоволення ними власних потреб, навпаки, ці суперечності та конфлікти дедалі стають гострішими і для їх вирішення необхідне застосування нових дієвих інструментів, що мають стосовно індивідів зовнішній характер.

⁴² Хайєк (н 20) 32.

⁴³ Там само 126.

⁴⁴ Там само 127.

Чи залишається загроза порушення взаємності обміну благами між людьми і їх групами у сучасних суспільствах? Ця проблема постійно турбує найобдарованіших інтелектуалів і багаторазово ставала предметом їх спеціальних наукових досліджень⁴⁵. Якщо висловлюватись узагальнено, то їхні результати підтверджують обґрунтованість висновків попередників щодо цього питання. Особливо цінними є результати багаторічних досліджень відомого американського професора М. Олсона, який ретельно проаналізував спонтанний обмін між людьми благами з методологічних підходів теорії групової дії та інтересів “людини економічної”. Ось його найвагоміші висновки:

<...> 1) індивіди в групі діють у власних інтересах; 2) поведінка, спрямована на досягнення власного інтересу, зазвичай є правилом; 3) допоки не застосовуватиметься примус чи інший спеціальний механізм, що змушував би індивідів діяти у спільних інтересах, *раціональні, егоїстичні індивіди не діятимуть задля досягнення спільних або групових інтересів*⁴⁶.

Одним із найдоступніших серед таких “інших спеціальних механізмів”, що ефективно сприяє вирішенню міжособистісних і групових конфліктів, у цивілізованих країнах світу є медіація. Вона не має альтернатив як масовий спосіб вирішення буттєвих конфліктів самими ж їх учасниками за сприяння професійних медіаторів. Цей спосіб за своєю правовою природою взаємний самозахист індивідів.

Парадигмальні правові межі самозахисту ще півтора століття тому чітко окреслив відомий англійський учений-філософ Дж. Мілль:

Єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, – це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, – це запобігти шкоді для інших. Його власна користь – фізична чи моральна – не є для цього достатньою підставою. Він не може правомірно бути змушений діяти або утриматися від дії на тій підставі, що це краще для нього; що

⁴⁵ Jacob Marshak, ‘Elements for a Theory of Teams’ (1955) 1 Management Science 127; Jacob Marshak, ‘Towards an Economic Theory of Organization and Information’ in R M Thrall and C H Combs and R L Davis (eds), *Decision Processes* (John Wiley 1954) 187-220; Jacob Marshak, ‘Efficient and Viable Organization Forms’ in Mason Haire (ed), *Modern Organization Theory* (John Wiley 1959) 307-20; Roy Radner, ‘Application of Linear Programming to Team Decision Problems’ (1959) 5(2) Management Science 143; Roy Radner, ‘Team Decision Problems’ [1962] 33(9) Annals of Mathematical Statistics 857; John McGuire, ‘Some Team Models of a Sales Organization’ [1961] 7(1) Management Science 101; Oscar Morgenstern, *Prolegomena to a Theory of Organization* (RAND Research Memorandum 1951); James G March and Herbert A Simon, *The Organizations* (John Wiley 1958); Kenneth Boulding, *The Organizational Revolution* (Harper 1953).

⁴⁶ Олсон Менкур, *Логіка колективної дії: суспільні блага і теорія груп* (С Слухай пер, Лібра 2004) 11, 12.

він стане від цього щасливішим; що, на думку інших, такі дії є мудрими і навіть правильними⁴⁷.

Висновки. До буттєвих властивостей людини належать людська автономія, комунікативна солідарність і потреби у благах. Останні задовольняються під час як безумовного (спонтанного), так і умовного обмінів індивідів ними. Спонтанний обмін між людьми благами з неминучістю трансформує надлишок людської автономії із потенційного у реальний стан. Ця нова якість надлишку людської автономії, реалізуючись у комунікативній солідарності людей, породжує внутрішньоособистісні та міжособистісні суперечності, чимало з яких переростають у протиріччя та конфлікти. Саме ці останні і являють собою найголовнішу, атрибутивну людині, групу детермінант, що зумовлюють необхідність медіації як одного з ефективних засобів вирішення таких конфліктів зусиллями самих індивідів. Медіація має подвійну правову природу, оскільки, по-перше, є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, – системою взаємопов'язаних правових зобов'язань, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище. Її можна визначити як взаємний правовий самозахист індивідів.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3 (in English).

Bibliography

Authored books

2. Barrash D, *The Whisperings Within* (Harper and Row 1979) (in English).
3. Boulding K, *The Organizational Revolution* (Harper 1953) (in English).
4. Buchanan J, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (University of Chicago Press 1975) (in English).
5. Bush R and Folger J, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (John Wiley & Sons 2004) (in English).
6. Coleman P, Ferguson R, *Making Conflict Work: Harnessing the Power of Disagreement* (Houghton Mifflin Harcourt 2014) (in English).
7. Ferber R, *Philosophische Grundbegriffe 1 Eine Einführung [Basic Philosophical Ideas 1: Introduction]* (Beck 2008) (in German).
8. Henry M, *Phenomenologie materielle [Material Phenomenology]* (1ere ed, Epimethee, Presses Universitaires de France 1990) (in French).

⁴⁷ John Stuart Mill, 'On Liberty Reprint from the 1st edition (1859)' in David Bromwich and George Kateb (eds), *On Liberty John Stuart Mill* (Yale University Press 2006) 80.

9. Kant I, *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten [Groundwork of the Metaphysics of Morals]* (Meiner 1999) (in German).
10. Malinowski B, *Crime and Custom in Savage Society* (Routledge and Kegan Paul 1926) (in English).
11. March J and Simon H, *The Organizations* (John Wiley 1958) (in English).
12. Menkel-Meadow C and Porter-Love L, *Mediation: Practice, policy, and ethics* (2nd edn, Wolters Kluwer Law & Business 2014) (in English).
13. Messner J, *Naturrecht [Natural Law]* (Tirolia 1958) (in German).
14. Morgenstern O, *Prolegomena to a Theory of Organization* (RAND Research Memorandum 1951) (in English).
15. Nort D, Wallis J J, Weingast D R, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (Cambridge University Press 2009) (in English).
16. Winkle J, *Mediation: A Path Back for the Lost Lawyer* (American Bar Association 2004) (in English).
17. Berezhnoy N, *Chelovek i ego potrebnosti [The Human Being and His Needs]* (Forum 2000) (in Russian).
18. Samsin A, *Sotsialno-filosofskie problemy issledovaniya potrebnostey [Socio-philosophical Problems in Needs Research]* (Vyssh Shkola 1987) (in Russian).

Edited and translated books

19. Marshak J, 'Towards an Economic Theory of Organization and Information' in Thrall R Combs C and Davis R (eds), *Decision Processes* (John Wiley 1954) (in English).
20. – –, 'Efficient and Viable Organization Forms' in Haire M (ed), *Modern Organization Theory* (John Wiley 1959) (in English).
21. Mill J, 'On Liberty Reprint from the 1st edition (1859)' in Bromwich D and Kateb G (eds), *On Liberty John Stuart Mill* (Yale University Press 2006) (in English).
22. Baumeister A, *Buttia i blaho [Existence and Good]* (O Khoma red, T P Baranovska 2014) (in Ukrainian).
23. H'offe O, 'Transtsendental'nyy obmin – fihura lehitymatsiyi prav lyudyny?' ['Transcendental Exchange – A Figure of Legitimation of Human Rights?'] in Hosepat Sh and Lomann H (eds), Yudin O ta Doronicheva L (per), *Filosofiiia prav liudyny [Philosophy of Human Rights]* (Nika-Centr 2008) (in Ukrainian).
24. Khayek F, *Pagubnaya samonadeyannost: oshibki sotsializma [The Fatal Conceit: The Errors of Socialism]* (Bartli III U red, Novosti 1992) (in Russian).
25. – –, *Pravo, zakonodatelstvo i svoboda: sovremennoe ponimanie liberalnykh printsipov spravedlivosti i politiki [Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Policy]* (Pinsker B i Kustarev A per, IRISEN 2006) (in Russian).
26. Lebedev A, 'Protagor' ['Protogoras'] in *Novaya filosofskaya entsiklopediya, tom tretiy [New Philosophical Encyclopedia, vol three]* (Mysl 2010) (in Russian).
27. Malakhov V, 'Svoboda yak nevyumushenist' ['Freedom as Unconstraint'] in *Pravo buty soboju [The Right to be Yourself]* (Dukh i Litera 2008) (in Ukrainian).
28. Malinovskiy B, 'Magiya i religiya' ['Magic and Religion'] in *Religiya i obshchestvo: khrestomatiya po sotsialnoy religii [Religion and Society: Chrestomathy on Social Religion]* (Nauka 1994) (in Russian).
29. Maslou A, *Motivatsiya i lichnost [Motivation and Personality]* (Tatlybaev A per, Yevraziya 1999) (in Russian).
30. Moss M, *Obshchestva Obmen Lichnost: Trudy po sotsialnoy antropologii [Society Exchange Personality: Works on Social Anthropology]* (Gofman A per, Knizhnyj dom-Universitet 2011) (in Russian).

31. Olson M, *Loghika kolektyvnoji diji: suspiljni blagha i teoriya ghrup [The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups]* (Slukhai S per, Libra 2004) (in Ukrainian).
32. Raynakh A, 'Apriornye osnovaniya grazhdanskogo prava' ['The Apriori Foundations of Civil Law'] in *Sobranie sochineniy [Collected Works]* (Kurennoj V per, Dom intelektual'noj knigi 2001) (in Russian).
33. Rench T, *Konstytutsiia moral'nosti Transtsendental'na antropolohiia i praktychna filosofiiia [Constitution of Morality Transcendental Anthropology and Practical Philosophy]* (Prykhodko V per, Dukh i litera 2010) (in Ukrainian).
34. Smit A, *Issledovanie o prirode i prichinakh bogatstva narodov [An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations]* (Afanas'ev V per, Jeksmo 2007) (in Russian).

Journal articles

35. Alchian A, 'Uncertainty, Evolution and Economic Theory' (1950) 58 *Journal of Political Economy* 211 (in English).
36. Alexander N, 'The Mediation Metamodel: Understanding Practice' [2008] 26(1) *Conflict Resolution Quarterly* 97 (in English).
37. Brunner K, 'The Perception of Man and the Conception of Society: Two Approaches to Understanding Society' [1987] 25 *Economic Inquiry* 367 (in English).
38. Brunner K, Meckling W, 'The Perception of Man and the Conception of Government' [1977] 9(1) *Journal of Money, Credit, and Banking* 60 (in English).
39. Brunner K, Meltzer A, 'The Uses of Money: Money in the Theory of an Exchange Economy' [1971] 61(5) *American Economic Review* 784 (in English).
40. Fuller L, 'Mediation – Its Forms and Functions' [1970] 44(2) *Southern California Law Review* 305 (in English).
41. Lindenberg S, 'An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular' [1985] 3(1) *Sociological Theory* 99 (in English).
42. Marshak J, 'Elements for a Theory of Teams' [1955] 1 *Management Science* 127 (in English).
43. McGuire J, 'Some Team Models of a Sales Organization' [1961] 7(1) *Management Science* 101 (in English).
44. Meckling W, 'Values and the Choice of the Model of the Individual in the Social Sciences (REMM)' (1976) 4 *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 545 (in English).
45. Menkel-Meadow C, 'The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices' [1995] 11 *Negotiation Journal* 217 (in English).
46. – –, 'The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World' [1996] 38 *William & Mary Law Review* 5 (in English).
47. Milner N, 'Mediation and Political Theory: A critique of Bush and Folger' [1996] 21(3) *Law & Social Inquiry* 737 (in English).
48. Radner R, 'Application of Linear Programming to Team Decision Problems' [1959] 5(1) *Management Science* 143 (in English).
49. – –, 'Team Decision Problems' [1962] 33(9) *Annals of Mathematical Statistics* 857 (in English).
50. Burova L, 'Pravova pryroda mediatsiinoi uhody' ['Legal Nature of the Mediation Agreement'] (2015) 18 *Chasopys tsyvilistyky* 56 (in Ukrainian).
51. Kyselova T, 'Pravove rehuliuвання vidnosyn iz nadання posluh mediatsii u zarubizhnykh krainakh' ['Legal Regulation of Relations of The Provision of Mediation Services in Foreign Countries'] (2011) 11-12 *Pravo Ukrainy* 225 (in Ukrainian).
52. Vozniuk N, 'Pryntsypy alternatyvnykh sposobiv vyrishennia hospodarsko-pravovykh sporiv' ['Principles of Alternative Ways of Resolving Economic-Legal Disputes'] (2013) 11 *Pravo Ukrainy* 373 (in Ukrainian).

Ruslana Havryliuk

LEGAL NATURE OF MEDIATION
AS A CONSEQUENCE OF EXISTENTIAL FEATURES OF MAN

ABSTRACT. In the periods of deep qualitative transformations – being the stage of development Ukraine is now experiencing – society has a particularly growing demand for traditional and new instruments to resolve life conflicts and reconcile social environment. In the well-developed world, particularly in the countries of the European Union, the United States and Canada, one of such efficient instruments is mediation. In 2017, with the aim of implementing the experience of these countries in the national practice, necessary changes were made to procedural legislation of Ukraine, and as a consequence, a significant array of progressive world mediation practices have been acknowledged binding upon relevant national actors. However, this immediately entailed a range of worldview-related and theoretical methodological issues for professionals as well as for the general public in Ukraine. One of them was the need to clarify the legal nature of mediation, this being the factor crucial for identifying adequately the entities able to effectively implement mediation and determining the optimal procedures for it.

The purpose of this article is to provide justification for the most fundamental – human-immanent legal determinants of mediation which are concretized in the following objectives of mediation: from this perspective, to reconsider the basic existential features of man and their functional role in human existence; to discover the distinction of spontaneous (unconditional) and conditional exchanges of goods and reaches between people and to demonstrate how the latter entails the need for mediation.

The subject matter, goal and objective of the study defined the methodology of this article, in particular: practical philosophy and material phenomenology which are the most efficient tools for cognition of such an “invisible” phenomenon, according to M. Henri, “as the scope of inter-subjectivity”.

The generally accepted list of existential features of man has been supplemented with the provision about the attribute pertinance to this list of human needs for goods and riches. The article proves that unconditional exchange of goods and riches between people inevitably transforms the excess of human autonomy from the potential to the factual state. This new quality of human autonomy excess, being realized in communicative solidarity of people, gives rise to intrapersonal and interpersonal tensions and conflicts. In turn, the conditional exchange of goods and riches between people makes such conflicts total and extremely dangerous for existence of individuals.

The author gives a well-grounded conclusion that it is the latter that constitute the principal -attribute to humans – group of determinants, which determine the need for mediation as one of the efficient means to solve life conflicts by own efforts of individuals. It is proved that mediation has a dual legal nature, since it is, firstly, a product of fundamental (consumption-oriented) way of co-existence of individuals in society, and secondly, a system of interrelated legal obligations between such individuals, with the help of which a reconciled social environment is formed. Mediation may be defined as mutual legal self-defense of individuals.

KEYWORDS: mediation; legal nature of mediation; human autonomy excess; human needs for goods and riches; exchange of goods and riches between people.

ЦИВІЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО



Анатолій Коструба

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільного права
Навчально-наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника
(м. Івано-Франківськ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9542-0929>
ResearcherID: <http://www.researcherid.com/rid/N-1070-2017>
priminterpar@yahoo.com

УДК: 347.98

ПРЕЮДИЦІАЛЬНИЙ ЗАПИТ ЯК ІНСТИТУТ ПОХІДНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ У ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ ФРАНЦІЇ: ПИТАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ РЕЦЕПЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Формування єдиної судової практики на сучасному етапі розвитку правосуддя в Україні є методологічною проблемою, яка має відповідне емпіричне підґрунтя. В її основі лежить відсутність підходів у процесуальній діяльності Верховного Суду, якими забезпечується дотримання принципу правової визначеності. Проведеною реформою процесуального законодавства України сформовані засади здійснення правосуддя у країні, проте, в контексті наведеного, деякі практичні аспекти їх впровадження вимагають свого доопрацювання. Зазначимо, що у юридичній літературі не сформовано усталеної позиції щодо інтегрального механізму уніфікованої судової практики, невизначеними залишаються юридичні засоби забезпечення його дієвості.

Метою статті є вирішення проблеми забезпечення сталої практики Верховного Суду через обґрунтування доцільності запровадження аналогових юридичних конструкцій комунітарного процесуального права Європейського Союзу та процесуального права Франції у національну правову систему.

Встановлено, що неоднакове застосування правових норм сприяє деформації структурної єдності судової практики. Одним зі способів подолання цього процесу є впровадження інституту преюдиціального запиту в національну правову систему України. Цей інститут похідної юрисдикції набуває свого процесуального поширення не тільки в межах національного судочинства європейських країн, а й використовується як засіб уніфікації судової практики в наднаціональній юрисдикції.

Преюдиціальний запит – форма звернення суду певного рівня юрисдикції (який встановлюючи фактичні обставини, застосовує національне право) до компетентного органу судової влади національної правової системи, який переглядає судові акти першої або апеляційної інстанції в порядку касаційного провадження, для

© Анатолій Коструба, 2018

отримання його думки щодо застосування тієї чи іншої правової норми в спірних правовідносинах через делеговане тлумачення її змісту.

Правова сутність преюдиціального запиту проявляється через його формальні (судова ініціативність, інформативна доступність, строковість, дискретність) і змістовні ознаки (питання застосування права, наявність проблеми єдності правозастосування, новаційний характер проблеми правозастосування, відсутність касаційного провадження із предмета спору в межах преюдиціального запиту в суді).

Проведений аналіз процесуального законодавства Франції свідчить про необхідність вдосконалення національного законодавства в контексті конвенційних зобов'язань України. Доцільним є впровадження у правову систему України інституту преюдиціального запиту як способу формування єдиної судової практики, що дасть змогу забезпечити належне виконання вимог статей 6, 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, сприятиме підвищенню рівня правосуддя у країні. У цьому контексті розроблений в Україні законопроект щодо запровадження інституту преюдиціального запиту та уніфікації касаційного провадження вимагає свого доопрацювання з урахуванням позитивного досвіду Франції.

Ключові слова: преюдиціальний запит; конвенційні зобов'язання; єдність судової практики; процесуальне право Франції; Верховний Суд; касаційне провадження.

Створення Верховного Суду в Україні є запорукою реалізації принципу верховенства права при здійсненні правосуддя, який має ґрунтуватися на засадах передбачуваності судових рішень, розумних очікувань і збалансованості системи механізмів формування єдиної судової практики.

Оновлення процесуального законодавства України через прийняття Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”¹, як один із важливіших кроків у реалізації конституційної реформи щодо правосуддя, стає фактором забезпечення ефективного юридичного захисту прав та свобод людини в суді. При цьому недоречно лишати поза увагою позитивний досвід європейських країн у реалізації процесуальних аспектів принципу верховенства права, зокрема досвід Франції. У контексті конвенціональних вимог досягнення цієї мети передбачає законодавче закріплення певних процедур забезпечення права на справедливий суд та ефективний засіб юридичного захисту.

Питанню гармонізації цивільного процесуального права України з процесуальним правом Європейського Союзу (далі – ЄС), його окремих країн приділена значна увага у працях С. Бичкової, М. Буроменського, К. Гусарова, А. Довгерта, В. Муравйова, А. Чурпіти, М. Деменчука та ін. Водночас рецепція окремих процесуальних інституцій у національ-

¹ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Офіційний вісник України*. 2017. № 96. Ст. 2921.

ну правову систему, її доцільність та необхідність в аспекті забезпечення конвенціональних зобов'язань України, на жаль, не стали предметом наукового інтересу вітчизняних учених. Так, М. Деменчук зазначає, що інститутом преюдиціального запиту можливо було б вирішити проблему застосування правових норм ще на рівні судів першої інстанції, що, зі свого боку, забезпечить єдність судової практики². На жаль, ідея автора обмежується постановкою проблеми, визначенням кола завдань, які необхідно вирішити. Правова суть цього інституту похідної юрисдикції залишається невизначеною, як і чіткі критерії, яким має відповідати преюдиціальний запит.

На сучасному етапі розвитку процесуального законодавства країн світу шляхи подолання такої деформації достатньо диференційовані. До них слід віднести й наявність у національному законодавстві екстраординарних підстав для скасування судового акта, проведення аутентичного тлумачення правової норми, формування і впровадження в середовище юристів-практиків огляду правових позицій суду вищої інстанції. Нарешті, вирішення проблеми колізії в судовій практиці забезпечується інститутом преюдиціального запиту.

Якщо більшість із перелічених вище засобів забезпечення усталеної практики судового правозастосування відомі національній правовій системі, навіть впроваджені у сферу національного законодавства, то такий із засобів, як преюдиціальний запит, є абсолютно новою правовою конструкцією для процесуального права України. Утім, сьогодні питання його рецесії в національну правову систему актуалізується в контексті вимог ст. 14 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р.³ та Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) від 2 жовтня 2013 р.⁴.

Мета дослідження полягає у вирішенні проблеми забезпечення єдиної судової практики через обґрунтування доцільності запровадження суміжних юридичних конструкцій комунітарного процесуального права ЄС та процесуального права Франції у національну правову систему.

² Д. Деменчук, 'Преюдиціальний запит – один із засобів гармонізації судової практики' (2015) 4 Право і суспільство 14.

³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р.: ратифіковано із заявою Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Т. 1. Ст. 2125.

⁴ Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 2 жовтня 2013 р.: ратифіковано із заявою Законом України від 5 жовтня 2017 р. № 2156-VIII. *Офіційний вісник України*. 2017. № 88. Ст. 2678.

Преюдиціальний запит є інститутом похідної юрисдикції, для якого характерна публічна інформативність думки вищої судової інстанції щодо застосування правової норми при вирішенні конкретного спору судом нижчої ланки за відсутності облігаторності правової позиції касаційного суду.

За своєю правовою природою преюдиціальний запит є видом судового рішення, оскільки він передбачає процесуальну активність суду, що виражається у відповідній процесуальній формі його діяльності.

Це форма звернення суду певного рівня юрисдикції (який, встановлюючи фактичні обставини, застосовує національне право) до компетентного органу судової влади національної правової системи, який перевіряє судові акти першої або апеляційної інстанції в порядку касаційного провадження, для отримання його думки щодо застосування правової норми у спірних правовідносинах через делеговане тлумачення її змісту.

У такий спосіб місцевий чи апеляційний суд отримує від касаційного суду результати казуального тлумачення правової норми, яка застосовується судом – реципієнтом при розгляді ним справ, чим забезпечується єдність судової практики при вирішенні типових спорів. Крім того, преюдиціальний запит забезпечує процесуальну економію часу при розгляді справи судом та при визначенні стороною доцільності оскарження прийнятого судового акта за результатами розгляду справи по суті, оскільки модель правової позиції суду стає очевидною.

Ефективність такого способу забезпечення єдності судового правозастосування полягає у системно-структурному зв'язку, в якому перебувають тлумач преюдиціального запиту (касаційний суд) і реципієнт результату такого тлумачення (місцевий чи апеляційний суд) через процесуально-правові умови доцільності врахування позиції касаційного суду.

Через висловлення власної думки з окресленого кола юридичних питань, касаційний суд шляхом судового тлумачення колізійної правової норми створює опосередковані умови для вирішення юридичного казусу місцевим або апеляційним судом у визначеному ним векторі правозастосування.

На наше переконання, процедура надання висновку за результатами розгляду преюдиціального запиту має ту перевагу, що наявність консультативної думки касаційного суду щодо тлумачення права дає змогу із великим ступенем ймовірності уявити собі позицію, яку займає суд щодо тієї чи іншої правової норми, застосування якої на практиці може викликати певні труднощі. При цьому касаційний суд не впливає на принцип незалежності суду через обмеженість у нього права встанов-

лення фактичних обставин справи й перевірки їх доказами на цьому етапі його процесуальної діяльності зокрема та загалом. Таким чином, застосування цього інституту як одного з механізмів формування єдиної судової практики, який використовується у праві ЄС (Протокол № 16 до Конвенції) при вирішенні спорів судом є доцільним.

Зазначимо, що питання запровадження у процесуальне право України цього інституту похідної юрисдикції не є новим. Так, 9 лютого 2018 р. зареєстрований проект Закону України “Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо запровадження інституту преюдиційного запиту та уніфікації касаційного провадження)” (далі – законопроект № 8030), мета якого полягає в подоланні правової невизначеності та лакун, що можуть бути усунуті судовою владою⁵. Однак, незважаючи на актуальність цього питання, вітчизняному законодавцю не вдалося побудувати в законопроекті № 8030 структурну єдність ідеї забезпечення єдиної практики через інститут преюдиційного запиту. По-перше, досліджуваний нами законопроект стосується виключно цивільної юрисдикції, оскільки ним пропонуються зміни до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Логіка авторів законопроекту не зовсім зрозуміла, враховуючи те, що нова редакція чинних на сьогодні процесуальних кодексів України (ЦПК України, Господарського процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України) була запроваджена єдиним законом – Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”⁶. По-друге, автори законопроекту пропонують внести доповнення до розділу III “Позовне провадження” до глави 9 “Судові рішення”, доповнивши її ст. 261¹ із назвою “Преюдиціальний запит”. Відразу ж зазначимо, що інститут преюдиційного запиту не слід обмежувати виключно позовним провадженням. Проблема забезпечення єдності судової практики не стоїть осторонь від наказного та окремого провадження. Зміст ст. 261¹ не містить у собі визначення, хто може бути ініціатором звернення суду з преюдиціальним запитом, і відповідні права учасників судового процесу в цьому випадку. По-третє, в законопроекті № 8030 передбачено звернення з преюдиціальним запитом до касаційного суду, яким є Вер-

⁵ Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо запровадження інституту преюдиційного запиту та уніфікації касаційного провадження): проект Закону України від 9 лютого 2018 р. № 8030. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63467 (дата звернення: 01.03.2018).

⁶ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів (н 1).

ховний Суд, а вже відповідний касаційний суд вирішує питання про відкриття провадження і передачу преюдиціального запиту Великій Палаті Верховного Суду або про відмову в такому відкритті. Зі свого боку на задум законотворця Велика Палата Верховного Суду також має право або прийняти преюдиціальний запит та надати відповідний висновок, або відмовити у відповіді на такий запит. При цьому підстави, із яких суд прийматиме те чи інше процесуальне рішення, відсутні. Отже, запропонована у законопроекті № 8030 ідея запровадження преюдиціального запиту є надмірно обтяжливою незрозумілими процесуальними фільтрами доступу до касаційного суду, що, на нашу думку, ускладнює досягнення мети цього законопроекту.

На розгляді у Верховній Раді України перебували також два альтернативних наведеному законопроекти. Йдеться про законопроекти “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо повноважень Верховного Суду України” (далі – законопроект № 3356-1) і “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо повноважень Верховного Суду України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції” (далі – законопроект № 3356-2). На відміну від законопроекту № 8030, в інших законопроектах впроваджено інститут преюдиціального запиту не тільки в цивільній юрисдикції, а й у господарській, адміністративній, навіть кримінальній. Водночас у законопроекті № 3356-2 відсутні умови його застосування, суб’єкт ініціювання, процесуальні права учасників судового процесу. На щастя, законопроект № 3356-2 був відхилений профільним комітетом та не підтриманий депутатами Верховної Ради України на пленарному засіданні. Така сама доля спіткала альтернативний законопроект № 3356-1, який 17 березня 2014 р. був відкликаний суб’єктом права законодавчої ініціативи.

З огляду на сказане, на сьогодні цікавим при розгляді питання впровадження інституту преюдиціального запиту в національну правову систему є досвід європейської країни, яка вже пройшла довгий шлях впровадження цієї інституції похідної юрисдикції, а саме Франції. На думку президента Палати Касаційного суду Ж. Буффе, ‘преюдиціальний запит в процесуальному праві Франції відображає тенденцію супротиву наростаючої нормативної інфляції та плинності в тривалому, інстанційному процесі формування судової практики’⁷.

Він також вважає, що:

<...> замість того, щоб дозволити правосуддю втягнутися в помилковий шлях, чому б не дозволити вищому суду негайно повідомити

⁷ Ibon Hualde López, ‘Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés’ (2017) 9(1) Cuadernos de Derecho Transnacional 161 <<https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3618>> accessed March 5 2018.

яким чином має тлумачитися текст закону, та яким чином ця юрисдикція буде інтерпретувати закон при реалізації своєї процесуальної компетенції.⁸

Ініціатива законодавчого закріплення інституту преюдиціального запиту у Франції була схвалена законом від 15 травня 1991 р. № 91-491⁹. При цьому навіть прибічники цього процесуального нововведення висловлювалися достатньо стримано. Інші процесуалісти виявили цей процес дратівливим і хибним, наголосивши, що лише 'тривале дозрівання справи, збагаченої розбіжними думками суддів і доктринальними дебатами, дає змогу касаційному суду йти правильним шляхом'¹⁰. Дійсно, подання преюдиціального запиту судом першого чи другого ступеня свідчить про інверсію традиційної процедури вирішення казусу, оскільки призводить до того, що Касаційний суд першим висловлює власну позицію, яка закріплюється в акті суду нижчого рівня.

Відповідно до ст. 1031/1 Цивільного процесуального кодексу Франції (*Code de procédure civile*) 'надання висновку із застосування норми за результатами розгляду преюдиціального запиту віднесено до компетенції Касаційного суду'¹¹.

Процедура розгляду преюдиціального запиту також встановлена Кодексом судоустрою Франції (*Code de l'organisation judiciaire*), в якому цьому питанню приділена увага у статтях L441/1–L441/4¹².

Процедура надання висновків, відповідно до процесуального права Франції, поставлена в строгі формальні межі та має задовольняти низку процедурних умов. Сукупно вони полягають у такому.

1. Формальні ознаки преюдиціального запиту:

а) судова ініціативність. Преюдиціальний запит подається судом, який зіткнувся зі складним питанням судового правозастосування. Учасник судового провадження не є суб'єктом ініціативи запиту. Проте він має право ставити питання про доцільність звернення до касаційного суду для отримання висновку;

⁸ Jean Buffet, 'La saisine pour avis de la Cour de cassation Exposé devant les premiers présidents de cour d'appel' (*Cour de cassation*, 29 March 2000) <www.courdecassation.fr/IMG/Les%20avis%20-%20pr%C3%A9sentation%20de%20Jean%20Buffet.pdf> accessed 06 March 2018.

⁹ LOI no 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation (1). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000526330&fastPos=1&fastReqId=1119730559&categorieLien=id&oldAction=rechTexte> (accessed: 06.03.2018).

¹⁰ Buffet (n 8).

¹¹ Code de procédure civile. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=6F9B628183294A8A4DCD3F4759DCA5B9.tplgfr23s_1?idSectionTA=LÉGISCTA000006135939&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180317 (accessed: 07.03.2018).

¹² Code de l'organisation judiciaire. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=F88DE07A93ABE9469A96054E16B5B19F.tplgfr24s_1?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20180317 (accessed: 07.03.2018).

б) інформативна доступність. Суддя має повідомити учасників судового процесу про свій намір подати преюдиціальний запит до касаційного суду, встановлюючи при цьому термін подання письмових зауважень чи пропозицій. Наявність протиріч у правовій позиції сторін є аргументом на користь доцільності консультативного запиту суду.

Рішення суду про преюдиціальний запит має бути оформлене у відповідну процесуальну форму та надіслане сторонам у спосіб, що забезпечує його своєчасне отримання стороною.

Наведена формальність має суттєве значення з огляду на виключне адвокатське представництво інтересів сторони в Касаційному суді Франції (статті 973, 983 Цивільного процесуального кодексу Франції). Крім того, у Франції про преюдиціальний запит суддя повідомляє також органи прокуратури, яка виконує функції процесуального представництва інтересів держави в суді. Відповідно до французької процесуальної традиції, коли преюдиціальний запит надходить не від апеляційного суду, про намір отримати висновок касаційного суду повідомляється також Перший президент відповідного апеляційного суду та прокурор.

У наведений спосіб має забезпечуватися реалізація принципу гласності в цивільному судочинстві, рівності учасників судового процесу перед законом і судом, а також їхня змагальність.

Після опрацювання запиту, консультативний висновок касаційного суду адресується суду, який надав преюдиціальний запит. Відповідно до процесуального законодавства Франції процесуально-правове значення інституту преюдиціального запиту як способу забезпечення єдності судової практики передбачає процесуальну публічність цієї процедури. Так, висновок касаційного суду за результатами розгляду преюдиціального запиту надається, окрім суду, також органам прокуратури при цьому суді, а також Першому президенту апеляційного суду та Генеральному прокурору;

в) строковість. Розумність строків розгляду справи судом зобов'язує касаційний суд висловити позицію з питань тлумачення правової норми та її застосування у тримісячний термін із моменту надходження запиту;

г) дискретність. Висновок касаційного суду може не зобов'язувати суд, який направив преюдиціальний запит, до дотримання висловленої у ньому правової позиції з питань правозастосування. Вирішуючи спір про право, суд застосовує правову норму з урахуванням аналізу фактичних обставин справи, в дослідженні яких касаційний суд обмежений. Тому, на наше переконання, обов'язковість думки касаційного суду при наданні відповіді на преюдиціальний запит викликає сумнів.

2. Змістовні ознаки преюдиціального запиту:

а) предмет преюдиціального запиту стосується правозастосування. Преюдиціальний запит має стосуватися питання застосування правової норми до спірних правовідносин. Обмеження можливості дослідження фактів при наданні висновку касаційним судом забезпечує принцип незалежності суду від впливу. У протилежному разі касаційний суд перебере на себе повноваження суду нижчої інстанції, чим порушить право на поважний суд. Преюдиціальний запит не має містити опису конкретної ситуації, а також виключатиме можливості оцінки доказів судом;

б) наявність проблеми єдності правозастосування. Предмет преюдиціального запиту становить суттєву та неоднозначну проблему правозастосування. Поставлене питання у тексті преюдиціального запиту судом має обґрунтовано породжувати можливу розбіжність у судовому правозастосуванні. Наведене додатково може підтверджуватися численністю спорів із таких питань правозастосування. Проте наявність протилежної судової практики з питань застосування правової норми не є обов'язковою. Тривіальний характер питання правозастосування не стане предметом розгляду в касаційному суді;

в) питання застосування правової норми, викладене в преюдиціальному запиті, має новаційний характер. Таким критерієм новизни є можливе застосування положень саме нового нормативно-правового акта в повсякденному житті. Ця умова дає змогу поєднати результати тлумачення приписів права навколо нового нормативно-правового акта, з'ясувати вразливі місця відповідного акта законодавства, що сприятиме його вдосконаленню.

Критерієм новизни, відповідно до французької процесуально-правової традиції, є відсутність сталої судової практики застосування правової норми касаційним судом;

г) касаційний суд не розглядає преюдиціальний запит, якщо в його провадженні, у порядку прямої юрисдикції, перебуває касаційна скарга учасника іншого процесу з цих же питань правозастосування. Наведена умова має виключити саму можливість неоднозначного тлумачення правової норми касаційним судом, коли він вже перебуває у стадії касаційного провадження.

Свого часу, аналізуючи матеріали судової статистики, Ж. Буффе зазначив:

Із моменту впровадження інституту преюдиціального запиту в праві Франції (з 1991 р.), середня кількість звернень щороку досягає 17. Найцікавіше те, що 101 із 134 преюдиціальних запитів було подано саме судами першої інстанції. Переважно предмет преюдиціального запиту у Франції стосуєть-

ся застосування законів у сфері приватного права. До кола таких питань слід віднести питання про захист та інформацію споживачів, питання щодо цивільних правоохоронних процедур, питання сімейного права¹³.

Необхідно зазначити, що система преюдиціального запиту має багаторівневість свого процесуального впровадження. Окрім дослідженого (внутрішньонаціонального), інститут преюдиціального запиту поширений у сфері комунітарного права ЄС, а також у процесі застосування конвенціональних норм вищим судовим органом національної правової системи.

Так, з огляду на положення ст. 267 Лісабонської угоди (Доповнення до договору про ЄС та про створення Європейського Співтовариства)¹⁴ нині правом на звернення до Суду ЄС із преюдиціальним запитом володіють юрисдикційні органи всіх держав-членів, причому це може бути не тільки орган судової влади, а й позасудовий орган, який розглядав би правові конфлікти (органи адміністративної юрисдикції).

Відповідно до зазначеної статті Лісабонської угоди:

Суд Європейського Союзу повноважний виносити рішення у преюдиціальному порядку про: а) тлумачення Договорів; б) дійсність і тлумачення актів інституцій, органів або установ Союзу.

Коли подібне питання ставиться перед юрисдикційними органами держави-члена, орган, якщо вважає, що рішення з цього питання є необхідним для вирішення ним справи по суті, може запросити Суд Європейського Союзу ухвалити своє рішення з цього питання.

Зі свого боку, коли подібне питання ставиться у справі, що перебуває на розгляді в національному юрисдикційному органі, рішення якого згідно з внутрішнім правом не підлягають судовому оскарженню, цей орган зобов'язаний звернутися до Суду Європейського Союзу¹⁵.

Відповідно до Протоколу № 16 до Конвенції вищі судові інстанції договірної сторони Конвенції отримали право:

<...> звертатися до Європейського суду з прав людини щодо надання консультативних висновків з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї¹⁶.

¹³ Buffet (n 8).

¹⁴ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (13th of December, 2007). URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (accessed: 07.03.2018).

¹⁵ Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (n 4).

¹⁶ Там само.

Отже, касаційний суд, за прикладом суду першої інстанції, може звернутися із конвенціональним питанням до відповідного вищого судового органу та отримати відповідний консультативний висновок щодо конвенціонального правозастосування.

Касаційний суд звертається до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) із преюдиціальним запитом та отримує консультативний висновок за умови, якщо справа перебуває у його провадженні та існує проблемне питання застосування конвенціональної норми або сталої практики ЄСПЛ. При цьому касаційний суд обов'язково зазначає підстави свого запиту і надає інформацію щодо відповідних юридичних та фактичних обставин справи, яка перебуває у його провадженні¹⁷.

Колегія у складі п'яти суддів Великої Палати ЄСПЛ вирішує, чи приймати запит щодо надання консультативного висновку, мотивуючи будь-яку відмову у його прийнятті. Якщо колегія суддів приймає преюдиціальний запит від касаційного суду національної юрисдикції, Велика Палата ЄСПЛ надає такий консультативний висновок¹⁸.

Відповідно до встановленої конвенціональної процедури до складу колегії суддів та Великої Палати ЄСПЛ входить *ex officio* суддя, обраний від договірної сторони, до якої належить суд чи судова установа, що звертається із запитом. У разі відсутності такого судді або якщо він не може брати участь у засіданнях, Голова Суду вибирає зі списку, поданого заздалегідь цією Стороною, особу, яка засідає як суддя.

Відповідно до ст. 3 Протоколу № 16 до Конвенції:

Комісар Ради Європи з прав людини і Висока Договірна Сторона, до якої належить судова установа, що звертається із запитом, мають право подавати свої письмові зауваження і брати участь у будь-якому слуханні. Голова Суду, в інтересах належного здійснення правосуддя, може запропонувати будь-якій іншій Високій Договірній Стороні або особі також подати свої письмові зауваження або взяти участь у будь-якому слуханні¹⁹.

Згідно з Конвенцією 'консультативні висновки передаються суду, який звертається із запитом, та Високій Договірній Стороні, до якої належить така судова установа'²⁰ (ст. 4). При цьому 'консультативні висновки не мають обов'язкової сили'²¹ (ст. 5).

¹⁷ Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (н 4).

¹⁸ Там само.

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Там само.

Як вбачається, Протоколом № 16 до Конвенції²² встановлені паритетні нормативні засади забезпечення функціонування інституту преюдиціального запиту з урахуванням суб'єктної диверсифікації.

Висновки. Проведення в Україні конституційної реформи щодо правосуддя дало змогу сформуванню “нове обличчя” Верховного Суду. Цей крок є важливим на шляху утвердження принципу верховенства права в Україні, забезпечення якого має ґрунтуватися на засадах передбачуваності судових рішень, розумних очікувань і збалансованості системи механізмів формування єдиної судової практики. Процесуальним інститутом, який забезпечує таку єдність, є преюдиціальный запит. Позитивний досвід Франції довів його ефективність як інструменту правозастосування. Останнім часом цей інститут похідної юрисдикції набув свого процесуального поширення не тільки в межах національного судочинства європейських країн, а й використовується як засіб уніфікації судової практики в наднаціональній юрисдикції.

Преюдиціальный запит – форма звернення суду певного рівня юрисдикції (який, встановлюючи фактичні обставини, застосовує національне право) до компетентного органу судової влади національної правової системи, який переглядає судові акти першої або апеляційної інстанції в порядку касаційного провадження, для отримання його думки щодо застосування правової норми в спірних правовідносинах шляхом її делегованого тлумачення.

Правова сутність преюдиціального запиту проявляється через його формальні (судова ініціативність, інформативна доступність, строківість, дискретність) і змістовні ознаки (питання застосування права, наявність проблеми єдності правозастосування, новаційний характер проблеми правозастосування, відсутність касаційного провадження із предмета спору в межах преюдиціального запиту в суді).

Національне процесуальне законодавство в контексті конвенціональних зобов'язань України, закріплених у Протоколі № 16 до Конвенції, потребує свого вдосконалення. На сьогодні доцільним є впровадження у правову систему України інституту преюдиціального запиту як способу формування єдиної судової практики.

²² Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (н 4).

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Code de l'organisation judiciaire. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F88DE07A93ABE9469A96054E16B5B19F.tplgfr24s_1?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20180317 (accessed: 07.03.2018) (in French).
2. Code de procédure civile. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6F9B628183294A8A4DCD3F4759DCA5B9.tplgfr23s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006135939&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180317 (accessed: 07.03.2018) (in French).
3. LOI no 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000526330&fastPos=1&fastReqId=1119730559&categorieLien=id&oldAction=rechTexte> (accessed: 06.03.2018) (in French).
4. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (13th of December, 2007). URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (accessed: 07.03.2018) (in English).
5. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv [On Amendments to the Code of Economic Procedure of Ukraine, the Code of Civil Procedure of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and Other Pieces of Legislation]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. *Ofitsiyniy visnyk Ukrainy*. 2017. № 96. St. 2921 (in Ukrainian).
6. Pro vnesennia zmin do Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy (shchodo zaprovadzhennia instytutu preiudytsiinoho zapytu ta unifikatsii kasatsiinoho provadzhennia) [On Amendments to the Code of Civil Procedure of Ukraine (Concerning the Introduction of the Institute of a Request (Reference) for a Preliminary Ruling and Unification of Cassation Proceedings)]: proekt Zakonu Ukrainy [the Draft Law of Ukraine] vid 9 liutoho 2018 r. № 8030. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63467 (accessed: 01.03.2018) (in Ukrainian).
7. Protokol № 16 do Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod vid 2 zhovtnia 2013 r. [Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 2 October 2013]: ratyfikovano iz zaiavoiu Zakonom Ukrainy [Ratified with Declaration by the Law of Ukraine] vid 5 zhovtnia 2017 r. № 2156-VIII. *Ofitsiyniy visnyk Ukrainy*. 2017. № 88. St. 2678 (in Ukrainian).
8. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony vid 27 chervnia 2014 r. [Association Agreement between Ukraine, on the One Part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and Their Member States, on the Other Part, dated June 27, 2014]: ratyfikovano iz zaiavoiu Zakonom Ukrainy [Ratified with Declaration by the Law of Ukraine] vid 16 veresnia 2014 r. № 1678-VII. *Ofitsiyniy visnyk Ukrainy*. 2014. № 75. T. 1 St. 2125 (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

9. Ibon Hualde López, 'Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil Francés' (2017) 9 (1) Cuadernos de Derecho Transnacional 161 <<https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3618>> accessed 5 March 2018 (in Spanish).
10. Demenchuk D, 'Preiudytsialnyi zapyt – odyz iz zasobiv harmonizatsii sudovoi praktyky' [The pre-trial inquiry as one of the means of harmonizing judicial practice] (2015) 4 Pravo i suspilstvo 14 (in Ukrainian).

Websites

11. Jean Buffet, 'La saisine pour avis de la Cour de cassation Exposé devant les premiers présidents de cour d'appel' (*Cour de cassation*, 29 march 2000) <www.courdecassation.fr/IMG/Les%20avis%20-%20pr%C3%A9sentation%20de%20Jean%20Buffet.pdf> accessed 6 March 2018 (in French).

Anatoliy Kostruba

REQUEST (REFERENCE) FOR A PRELIMINARY RULING AS THE INSTITUTE OF DERIVATIVE JUSTICE IN THE LAW OF PROCEDURE OF FRANCE: AN ISSUE OF NATIONAL RECEPTION

ABSTRACT. Setting up of a consistent court practice at the current stage of development of justice in Ukraine is a methodological issue resting on a respective empirical foundation. It is underlain by the lack of approaches in the procedural activities of the Supreme Court which would ensure compliance with the principle of legal certainty. The recent reform of the Ukrainian procedural laws has formed the bases for the administration of justice in the country; however, in the context of the above, some practical aspects of their implementation require respective improvement. It should be noted that in the legal literature no well-established position still exists with regard to the integral mechanism of the uniform court practice, and it still remains uncertain which legal means should ensure its efficiency.

The purpose of the article is to find a solution to the issue of ensuring the sustainable practice of the Supreme Court by providing the rationale for introduction of analog legal structures of the EU community law of procedure and the law of procedure of France into the national legal system.

It is established that a non-uniform application of legal provisions contributes to the deformation of structural consistency of court practice. One of the ways to overcome this process is to introduce the institute of a request (reference) for a preliminary ruling into the national legal system of Ukraine. This institution of derivative justice is gaining its procedural expansion not only within the framework of national judicial procedure in the European countries, but is also used as a means for unification of court practice in supranational justice.

A request (reference) for a preliminary ruling is a form according to which a court of a certain jurisdiction level (which applies national law while establishing the factual

Анатолій Коструба

circumstances) requests a competent judicial authority of the national legal system reviewing court rulings passed at the trial or appellate level via the cassation proceedings to provide its opinion on the application of a certain legal provision in disputed legal relations by means of a delegated interpretation of its meaning.

The legal essence of a request (reference) for a preliminary ruling is manifested through the features of its form (judicial initiative, informatory availability, time limit, discreteness) and content (issue of the application of law, presence of any problem in respect of the consistency of law application, novation nature of the issue of law application, absence of cassation proceedings regarding the subject matter of the dispute within the framework of a request for a preliminary ruling).

The analysis of the law of procedure of France shows that improvement of the national legislation is needed in the context of the convention obligations of Ukraine. It is expedient to introduce into the legal system of Ukraine the institution of a request (reference) for a preliminary ruling as a means of forming the consistent court practice which will ensure appropriate implementation of the requirements of articles 6, 13 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and facilitate an enhancement of the level of justice in the country. In this context, a draft law on the introduction of the institute of a request (reference) for a preliminary ruling and unification of cassation proceedings, which has been developed in Ukraine, requires further elaboration taking into account the positive experience of France.

KEYWORDS: a request (reference) for a preliminary ruling; convention obligations; consistency of court practice; law of procedure of France; the Supreme Court; cassation proceedings.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО



Роман Мельник

доктор юридичних наук, професор,
виконувач обов'язків завідувача кафедри
адміністративного права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
r.melnik@ukr.net

УДК 340.12

ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

АНОТАЦІЯ. Точне і правильне розуміння предмета адміністративного права є важливим для сфери адміністративного судочинства, адже предмет адміністративного права надає можливість конкретизувати межі юрисдикції адміністративних судів. Предмет адміністративного права – визначальний чинник і для вивчення адміністративного права студентами та проведення адміністративно-правових досліджень. Викладене обумовлює необхідність формулювання завершеної і досконалої теорії (концепції) предмета адміністративного права.

Метою статті є формулювання авторської концепції предмета адміністративного права через призму аналізу історичного досвіду, а також критичного вивчення праць сучасних учених-адміністративістів.

Проведено аналіз наукових доробків, присвячених з'ясуванню змісту предмета адміністративного права і підготовлених радянськими вченими. Автору вдалося встановити та пояснити причини введення у науковий обіг категорії “предмет правового регулювання”, що було зроблено професором М. Аржановим на противагу західноєвропейській теорії поділу права на публічне і приватне. На думку автора статті, запропонована радянськими вченими концепція предмета та методу правового регулювання як критерій для розмежування галузей права є штучною і нежиттєздатною. Задля вирішення цього завдання, як наголошується у статті, вчені та юристи-практики мають послуговуватися розробленими європейськими авторами й апробованими практикою правозастосування відповідними теоріями, як-от: теорією субординації, спеціально-правовою теорією та двоступеневою теорією.

Доводиться неможливість включення до предмета адміністративного права суспільних відносин: які виникають у внутрішньоорганізаційній діяльності державних підприємств; пов'язаних зі здійсненням адміністративного судочинства та судовою процедурою притягнення фізичних осіб до адміністративної відповідальності. На розвиток сформульованих висновків автор обстоює необхідність суттєвого розширення предмета адміністративного права, який, на його думку, утворюється не лише з відповідних суспільних відносин.

© Роман Мельник, 2018

Як підсумок робиться висновок про те, що предмет сучасного адміністративного права утворюється за допомогою: відносин, що виникають під час безпосередньої реалізації влади Українським народом; відносин, які виникають між приватною особою та суб'єктом публічного адміністрування у разі, коли останній діє щодо приватної особи через використання одного чи сукупності адміністративно-правових інструментів; відносин, що виникають між суб'єктом публічного адміністрування й іншим суб'єктом публічної влади, з яким перший із них не перебуває у відносинах підпорядкування; відносин, які виникають у межах внутрішньоорганізаційної діяльності органу публічної влади; відносин, що виникають між суб'єктом публічного адміністрування та “особливо підпорядкованими особами”; відносин, пов'язаних із управлінням об'єктами публічної власності (публічним майном); відносин, пов'язаних із матеріальною відповідальністю суб'єкта публічного адміністрування за шкоду, завдану приватній особі рішенням (дією); регулювання фактичних дій; регулювання юридичного статусу суб'єктів адміністративно-правових відносин.

Ключові слова: адміністративне право; предмет адміністративного права; предмет і метод правового регулювання; суспільні відносини; адміністративно-правові відносини.

Предмет адміністративного права обговорюється на сторінках наукової та навчальної літератури доволі часто¹, проте досі науковці не дійшли однозначного висновку стосовно такого його розуміння, що цілком відповідало б запитам правозастосовної практики. Йдеться, власне, про потреби адміністративного судочинства, яке очікує від адміністративно-правової доктрини чіткого та зрозумілого пояснення щодо визначення меж юрисдикції адміністративних судів. Це можливо зробити лише після точного з'ясування предмета адміністративного права.

Правильне й повне визначення предмета адміністративного права є важливим також і для підготовки майбутніх юристів, які мають вивчати лише ті норми й інститути, що дійсно є адміністративно-правовими. Адже у навчальній літературі з адміністративного права достатньо часто висвітлюються питання, які не мають безпосереднього зв'язку з адміністративним правом і його предметом, що розмиває точне розуміння сутності та призначення цієї галузі права у сучасній демократичній, соціальній і правовій державі.

Безперечно, предмет адміністративного права впливає також на обсяг і спрямування фахових наукових досліджень. Приміром, інколи саме нечіткість визначення предмета адміністративного права породжує по-

¹ І Бойко, 'До питання про предмет адміністративного права' (2016) 1 Адміністративне право і процес 5; Р Ігонін, 'Предмет адміністративного права в умовах трансформації вітчизняної системи права' [2015] (2) 2 Науковий вісник Херсонського державного університету Юридичні науки 126; Т Коломоєць, 'Адміністративно-процесуальне право – самостійна галузь національного права (в аспекті пошуку нової моделі предмета адміністративного права України)' (2016) 1 Публічне право 27; С Стеценко, 'Сучасний погляд на предмет адміністративного права' (2016) 1 Публічне право 20; Є Курінний, 'Об'єкт та предмет українського адміністративного права: змістовна та аксіологічна сутність категорій' (2016) 1 Публічне право 43, тощо.

леміку серед науковців щодо того, чи можна певну дисертацію захищати за відповідною науковою спеціальністю.

Отже, правильне й однозначне розуміння предмета адміністративного права, окреслення обсягів регулювання є запорукою подальшого розвитку вказаного права як галузі, навчальної дисципліни та науки. Проте успішне вирішення сформульованого завдання потребує відкритої, активної і конструктивної дискусії, учасники якої мають бути готові як до відстоювання власної позиції, так і до визнання можливої помилковості своїх поглядів. На відміну від таких інститутів адміністративного права, як інститут адміністративного акта чи інститут адміністративного розсуду, які виникли разом із появою вказаної галузі права, категорія “предмет адміністративного права” має більш пізню історію. Уперше термін “предмет правового регулювання” у 1939 р. використав радянський правознавець М. Аржанов. Учений стверджував, що ‘саме за предметом правового регулювання розмежовуються галузі радянського права, кожна з яких спрямована на регулювання тих або інших абсолютно конкретних відносин, маючи свій визначений предмет регулювання’².

Цю концепцію, розроблену М. Аржановим на противагу буржуазній теорії поділу права на приватне та публічне, пізніше підтримали усі радянські вчені-правознавці як базову для класифікації галузей права. Так, наприклад, І. Пахомов у 1962 р. писав:

<...> норми радянського соціалістичного права поділяються на відповідні галузі залежно від предмета і методу правового регулювання. Предмет правового регулювання – це певний вид суспільних відносин, який за своїм соціально-економічним і класово-політичним змістом об’єктивно вимагає правового регулювання шляхом визначення прав, обов’язків і відповідальності учасників конкретних відносин. <...> Отже, при визначенні адміністративного права як галузі радянського права треба вказати на його предмет і метод правового регулювання³.

У той же період Г. Петров зазначав, що ‘прийнята у радянській правовій науці система галузей права, які диференціюються за предметом правового регулювання, в основному відповідає об’єктивним умовам, меті та завданням радянського правового регулювання’⁴.

Подібне ставлення до предмета правового регулювання загалом та предмета адміністративного права зокрема спостерігається певною

² М. Аржанов, ‘О принципах построения системы советского социалистического права’ (1939) 3 Советское государство и право 26.

³ І. Пахомов, *Радянське адміністративне право: Загальна частина: підручник* (Видавництво Львівського університету 1962) 24.

⁴ Г. Петров, *Сущность советского административного права* (Издательство Ленинградского университета 1959) 98.

мірою і сьогодні. Так, наприклад, І. Бойко пише, що ‘значення поняття “предмет адміністративного права” доволі важливе. За допомогою саме цієї правової категорії вирішуються питання щодо відокремлення адміністративного права від інших галузей права’⁵. Наведену точку зору підтримує С. Стеценко, наголошуючи, що ‘предмет адміністративного права є одним із критеріїв поділу правової матерії на галузі права – відносно самостійні правові утворення’⁶. Аналогічні погляди відстоюють й інші автори⁷.

Я ж виступаю категорично проти таких ідей, адже нині зрозуміло, що *за предметом і методом правового регулювання насправді не можна відокремлювати галузі українського права*, що засвідчує адміністративне судочинство, для якого практичне питання розмежування адміністративного та цивільного або господарського права є чи не найбільш болючим, адже саме від нього залежить правильне визначення юрисдикції адміністративного суду. Тож чи далеко нині просунулися вітчизняні суди у розмежуванні галузей національного права за предметом і методом правового регулювання? Для кожного судді й адвоката є очевидним, що вказані критерії убачаються штучними й абсолютно непридатними для виконання такого завдання. У цьому контексті варто зупинитися лише на двох аспектах: по-перше, категорія “предмет адміністративного права” може використовуватися винятково для позначення кола “відповідальності” адміністративного права чи, інакше кажучи, обсягу його регулятивного впливу; по-друге, для відмежування адміністративного права від інших галузей права доцільно послуговуватися розробленими європейськими авторами та апробованими практикою правозастосування відповідними теоріями, як-от: теорія субординації, спеціально-правова теорія та двоступенева теорія⁸, і аж ніяк не концепцією предмета та методу правового регулювання.

Варто зауважити, що до початку 40-х років XIX ст. цю категорію у звичному для нас розумінні науковці не вживали⁹.

Щоб аргументувати таку позицію, необхідно стисло окреслити основні наукові погляди радянських адміністративістів на предмет адміністративного права:

⁵ Бойко (н 1).

⁶ Стеценко (н 1).

⁷ Курінний (н 1); С Петков, ‘Предмет адміністративного права – константа в процесі трансформації суспільно-політичних відносин’ (2016) 1 Публічне право 35.

⁸ Р Мельник та В Бевзенко, *Загальне адміністративне право: навчальний посібник* (Р Мельник ред, Ваіте 2014) 47-56.

⁹ Іван Гриценко, ‘Становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права’ (дис д-ра юрид наук, Харківський національний університет внутрішніх справ 2008) 51.

1. Адміністративне право регулює відносини, які виникають у зв'язку з організацією органів державного управління; з встановленням прав і обов'язків державних органів і громадських організацій у галузі державного управління; відносини, які складаються у сфері організаційно-владної (виконавчої та розпорядчої) діяльності всередині апарату управління, а також між органами державного управління й іншими органами держави, громадськими організаціями і громадянами; з визначенням правових форм і методів діяльності апарату управління в процесі керівництва господарським, соціально-культурним і адміністративно-політичним будівництвом і форм залучення трудящих до державного управління; з встановленням і реалізацією прав та обов'язків громадян у процесі управлінської діяльності виконавчих і розпорядчих органів державної влади, з порядком прийняття, скасування та припинення дій актів управління; зі здійсненням контролю і перевірки виконання у сфері державного управління¹⁰.

2. Специфіка адміністративно-правових норм полягає у тому, що вони регулюють суспільні відносини, які складаються у сфері виконавчої та розпорядчої діяльності радянської держави. Ці норми: а) закріплюють порядок утворення та перетворення виконавчих і розпорядчих органів державної влади та внутрішніх підрозділів їх апарату, обов'язки, права, форми й методи їх управлінської діяльності; б) встановлюють порядок утворення, перетворення та діяльності низки громадських організацій і ланок їх апарату; в) регулюють порядок утворення та реорганізації державних і громадських організацій, підприємств, апарату їх управління, його обов'язки та права, форми і методи управління установами й підприємствами; г) визначають обов'язки та права службовців виконавчих і розпорядчих органів державної влади, громадських організацій, державних та громадських установ і підприємств у галузі управлінської діяльності та безпосереднього сприяння їй; г) встановлюють обов'язки і права громадян у сфері виконавчої та розпорядчої діяльності держави¹¹.

3. Адміністративному праву властиві певні межі правового регулювання – сфера діяльності виконавчих і розпорядчих органів та суспільні відносини управлінського характеру, які формуються у її межах. Вони виникають, розвиваються і припиняються між: вищими та нижчими органами державного управління; органами державного управління і підпорядкованими їм підприємствами, організаціями, установами; органами державного управління, які не пов'язані безпосередньою підпорядкованістю; органами управління та органами громадських організацій; органами державного управління і громадянами¹².

¹⁰ Пахомов (н 3).

¹¹ Петров (н 4).

¹² Ю Битяк и другие, *Советское административное право: учебник* (Р Павловский ред, Вища школа 1986) 3-4.

Резюмуючи, можна стверджувати, що радянським ученим-адміністративістам протягом 40–80-х років ХІХ ст. вдалося виробити цілісну концепцію, чимало положень якої, на жаль, було покладено і в основу української теорії предмета адміністративного права. Однак прикро, що сучасні дослідники вітчизняного адміністративного права у своїх працях без будь-яких застережень посилаються на праці радянських правознавців; крім того, через призму зроблених останніми висновків формулюють начебто “сучасні” погляди на предмет українського адміністративного права¹³. У цьому зв’язку постає запитання: ‘Чому теоретичні висновки про предмет сучасного українського адміністративного права містять ідеї, сформульовані за часів тоталітарної державності, у межах яких адміністративне право виконувало принципово інші соціальні завдання?!’. Такий підхід неприпустимий, адже його прихильники не розвивають вітчизняну адміністративно-правову доктрину, а фактично повертають до неї радянську ідеологію.

Критичний аналіз сучасних підходів до розуміння предмета адміністративного права. Українські науковці у працях, виданих упродовж щонайменше останніх п’ятнадцяти років, доводять, що предмет адміністративного права становлять суспільні відносини щодо:

– державного управління (публічного управління) економічною, соціально-культурною та адміністративно-політичною сферами, а також у процесі реалізації делегованих повноважень (Б. Авер’янов¹⁴, С. Стеценко¹⁵, С. Петков¹⁶);

– діяльності органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування щодо забезпечення реалізації та захисту прав громадян і юридичних осіб та виконання покладених на них обов’язків (Б. Авер’янов¹⁷, С. Стеценко¹⁸, Ю. Битяк, В. Гарашук, В. Зуй¹⁹, Р. Ігонін²⁰, О. Остапенко²¹);

– надання органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування різноманітних адміністративних (управлінських) послуг (пуб-

¹³ Ігонін (н 1); Н Панова, ‘Некоторые вопросы влияния административного права на развитие отношений государственного управления в Украине’ [2011] 24(2) Ученые записки Таврического национального университета имени В.И. Вернадского Юридические науки 144.

¹⁴ В Авер’янов та інші, *Адміністративне право України: академічний курс: підручник*, т 1: Загальна частина (В Авер’янов ред, Юридична думка 2004) 71.

¹⁵ Стеценко (н 1).

¹⁶ Петков (н 7).

¹⁷ Авер’янов (н 14).

¹⁸ Стеценко (н 1).

¹⁹ Ю Битяк та інші, *Адміністративне право: підручник* (Ю Битяк та В Гарашук та В Зуй ред, Право 2010) 28.

²⁰ Ігонін (н 1).

²¹ О Остапенко та З Кісіль та М Ковалів, *Адміністративне право України: навчальний посібник* (3-те вид, Алерта 2011) 8.

лічно-сервісна діяльність) (Б. Авер'янов²², С. Стеценко²³, І. Голосніченко²⁴, М. Тернушак²⁵, В. Колпаков²⁶, В. Галунько²⁷);

– застосування заходів адміністративного примусу, зокрема адміністративної відповідальності (Б. Авер'янов²⁸, С. Стеценко²⁹, С. Петков³⁰, Н. Гришина³¹, С. Ківалов, Л. Біла-Тіунова³², В. Галунько³³);

– реалізації юрисдикції адміністративних судів (Б. Авер'янов³⁴, С. Стеценко³⁵, С. Петков³⁶, І. Голосніченко³⁷, М. Тернушак³⁸, В. Колпаков³⁹, Р. Ляшук⁴⁰);

– внутрішньоорганізаційної діяльності апаратів усіх державних органів, адміністрацій державних підприємств, установ та організацій (Б. Авер'янов⁴¹, С. Стеценко⁴², Ю. Битяк, В. Гаращук, В. Зуй⁴³);

– проходження державної служби або служби в органах місцевого самоврядування (Б. Авер'янов⁴⁴, Н. Гришина⁴⁵, Р. Ляшук⁴⁶);

– розгляду судами справ про адміністративні правопорушення (Ю. Битяк, В. Гаращук, В. Зуй⁴⁷).

Розгляд викладеного вище дає підстави для висновку, що науковцями здійснено несистемні спроби уточнити предмет адміністративного права, ідея яких, на нашу думку, доволі часто зводилася до того, щоб адаптувати під вимоги сьогодення напрацювання радянських учених з окресленої проблематики або частково переказати праці своїх поперед-

²² Авер'янов (н 14).

²³ Стеценко (н 1).

²⁴ І Голосніченко та М Стахурський та Н Золотарьова, *Адміністративне право України: основні поняття: навчальний посібник* (І Голосніченко ред, ГАН 2005) 8-9.

²⁵ М Тернушак, 'Про предмет адміністративного права в контексті управлінської концепції в адміністративістці' [2017] 2(5) *Право і суспільство* 136.

²⁶ В Колпаков, 'Адміністративно-правові відносини: поняття та види' (2013) 1 *Юридичний науковий електронний журнал* 101.

²⁷ В Галунько, 'Предмет сучасного адміністративного права України' (2010) 2 *Форум права* 83.

²⁸ Авер'янов (н 14).

²⁹ Стеценко (н 1).

³⁰ Петков (н 7).

³¹ Н Гришина, 'Щодо розуміння предмета адміністративного права' (2015) 19 *Вісник Харківського національного університету імені В Каразіна Право* 75.

³² С Ківалов, *Адміністративне право України: навчальний посібник* (5-е вид, Фенікс 2011).

³³ Галунько (н 27).

³⁴ Авер'янов (н 14).

³⁵ Стеценко (н 1).

³⁶ Петков (н 7).

³⁷ Голосніченко та Стахурський та Золотарьова (н 24).

³⁸ Тернушак (н 25).

³⁹ Колпаков (н 26).

⁴⁰ Р Ляшук, 'Поняття предмета адміністративного права України' (2016) 4 *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції* 81.

⁴¹ Авер'янов (н 14).

⁴² Стеценко (н 1).

⁴³ Битяк (н 19).

⁴⁴ Авер'янов (н 14).

⁴⁵ Гришина (н 31).

⁴⁶ Ляшук (н 40).

⁴⁷ Битяк (н 19).

ників, особливо не намагаючись обґрунтувати новітні наукові підходи до вказаної проблематики у нових суспільних умовах. Негативно показовими у цьому ракурсі є, зокрема, праці І. Болокана⁴⁸, Р. Ігоніна⁴⁹, Р. Лящука⁵⁰, Н. Гришиної⁵¹. Як наслідок, у літературі наявні висновки, які *не узгоджуються з реальним станом справ у сфері адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, гальмуючи тим самим подальший розвиток адміністративно-правової доктрини*. У контексті наведеного варто зупинитися на їх аналізі детальніше.

1. Насамперед помилковим вважаю твердження, що норми адміністративного права регулюють суспільні відносини, які виникають у внутрішньоорганізаційній діяльності державних підприємств. Адже управлінські відносини у цій сфері абсолютно нічим не відрізняються від відносин, що мають місце у внутрішньоорганізаційній діяльності суб'єктів приватного права, скажімо, в діяльності будь-якого ТОВ. Той факт, що вони розвиваються у межах суб'єкта, створеного державою, не впливає сам по собі на їх юридичну природу, яка залишається приватноправовою. Маємо розуміти та постійно пам'ятати, що “зона відповідальності” адміністративного права не виникає лише з огляду на наявність феномена “управління”, правовою основою для якого, як уже зазначалося, можуть бути норми різної правової природи, зокрема й норми приватного права.

2. Хибним з огляду на сутність, зміст і призначення конституційного принципу поділу державної влади вбачається висновок, що норми адміністративного права регулюють порядок здійснення адміністративного судочинства та судову процедуру притягнення фізичних осіб до адміністративної відповідальності. Ідея вказаного принципу, з-поміж іншого, зводиться до того, що відокремленість і незалежність один від одного органів державної влади – парламенту, органів виконавчої влади та суду забезпечується завдяки існуванню для кожного з цих органів своєї нормативної бази діяльності. Статус парламенту і лише парламенту регулюється розділом IV Конституції України⁵² та Законом України “Про Регламент Верховної Ради України”⁵³; статус Кабінету Міністрів України визначається розділом VI Конституції України і Законом України “Про Кабінет Міністрів України”⁵⁴, останні не мають жодного

⁴⁸ І Болокан, ‘Предмет адміністративного права: питання трансформації в доктринальних підходах’ [2016] 2(6) Науковий вісник Херсонського державного університету Юридичні науки 42.

⁴⁹ Ігонін (н 1).

⁵⁰ Ляшук (н 40).

⁵¹ Гришина (н 31).

⁵² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁵³ Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. Ст. № 14–15, № 16–17. Ст. 133.

⁵⁴ Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 13. Ст. 22.

стосунку до регулювання діяльності судів, правовий статус яких встановлюється іншим розділом Конституції України та законодавством про судоустрій. Із цього випливає, що *норми адміністративного права не можуть одночасно регулювати і діяльність суб'єктів публічного адміністрування, і діяльність органів судової влади під час здійснення ними правосуддя* як у справах адміністративної юрисдикції (адміністративний процес), так і у справах про притягнення фізичних осіб до адміністративної відповідальності. Норми адміністративного права “обслуговують” винятково діяльність суб'єктів публічного адміністрування. Спробу окремих авторів ввести до предмета адміністративного права суспільні відносини, пов'язані зі здійсненням правосуддя, можна пояснити лише їх неготовністю відмовитися від радянської адміністративно-правової спадщини та повним ігноруванням сучасних конституційно-правових реалій побудови публічної влади в Україні. Ще у 2004–2005 рр.⁵⁵ я зазначав, що суспільні відносини, які виникають у зв'язку зі здійсненням правосуддя адміністративними судами (адміністративний процес), становлять предмет адміністративного процесуального права. Що ж до сфери адміністративної відповідальності, а точніше – її судової частини, то зроблений мною висновок має бути врахований під час роботи над новим кодексом про адміністративні проступки, який повинен регулювати винятково адміністративний (позасудовий) порядок притягнення фізичних та юридичних осіб до адміністративної відповідальності (такі відносини становлять предмет адміністративного права). Натомість існуючі сьогодні адміністративні правопорушення (найбільш небезпечні з них), рішення щодо яких приймає суд, мають бути переведені у групу кримінальних проступків (і тут я цілковито підтримую І. Бойко⁵⁶) із наступним віднесенням таких суспільних відносин до предмета кримінального та кримінального процесуального права відповідно. Принагідно варто зазначити, що подібні позиції відстоюють і європейські науковці, зокрема французькі та німецькі, чітко й однозначно наголошуючи на неможливості введення до предмета адміністративного права відносин, пов'язаних зі здійсненням судочинства⁵⁷.

3. Не можна погодитися також із наявними підходами до визначення кола обов'язкових учасників адміністративно-правових відносин. Переважна більшість авторів сьогодні переконана, що адміністративні

⁵⁵ Р Мельник, ‘Яким бути циклу адміністративно-правових дисциплін у юридичному навчальному закладі?’ (2004) 27 Вісник Національного університету внутрішніх справ 309; Р Мельник, ‘Адміністративно-процесуальне и административно-процедурное право как новые учебные дисциплины’ (2005) 3 Проблемы правоведения 47.

⁵⁶ Бойко (н 1).

⁵⁷ Г Брзбан, *Французское административное право* (С Боботов ред, Д Васильев и В Карпович пер, Прогресс 1988) 25-6; S Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (Verlag C H Beck 2006) 7.

правовідносини можуть виникнути лише за участю органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування або суб'єктів приватного права, яким зазначені органи делегували відповідні управлінські (владні) повноваження, та посадових осіб колективних суб'єктів публічної адміністрації. Сукупно таких суб'єктів пропонується об'єднати у межах категорії 'органи (суб'єкти) публічної адміністрації'⁵⁸.

Неприйнятність такого підходу пояснюється передусім його неповнотою, адже адміністративно-правові відносини можуть виникати і реально виникають за участю й інших суб'єктів публічного права, про які чомусь зазначені вище автори не згадують. Маються на увазі: а) органи державної влади, що, не будучи органами виконавчої влади, здійснюють управлінську діяльність – Президент України, Національний банк України, національні комісії з регулювання природних монополій, Вища кваліфікаційна комісія суддів України тощо; б) державні установи, які не мають статусу органу державної влади, проте виконують управлінські функції, наприклад: Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, Фонд соціального захисту інвалідів; в) органи влади Автономної Республіки Крим, причому як представницький орган (Верховна Рада Автономної Республіки Крим), так і виконавчі органи, приміром: уряд, республіканські міністерства, комітети; г) суди у межах виконання зовнішніх позапроцесуальних функцій (надання доступу до публічної інформації); г) Верховна Рада України в межах виконання зовнішніх функцій, не пов'язаних із законодавчою діяльністю (розгляд звернень громадян). Усі ці органи разом із органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування, а також суб'єктами делегованих повноважень становлять категорію "суб'єкти публічного адміністрування". Принагідно доцільно зазначити, що категорію "суб'єкт публічного адміністрування" варто розглядати не з інституційної, а з *функціональної точки зору*. Інакше кажучи, визначальним для віднесення того або іншого органу (особи) до кола суб'єктів публічного адміністрування є не його місце у системі публічної влади, а функції, які він виконує, і такі функції мають бути пов'язані з реалізацією публічного адміністрування (публічного управління).

4. Необґрунтованим убачається і висновок про те, що адміністративне право регулює тільки ті управлінські відносини, які виникають (складаються), розвиваються і припиняються у сфері державного управління⁵⁹. А чому ж лише у сфері *державного управління*? Цілком очевидно, що державне управління сьогодні є різновидом управлінської діяльності, становлячи зміст категорії більш загального порядку – публічного

⁵⁸ Стеценко (н 1); Галуцько (н 27).

⁵⁹ Петков (н 7).

адміністрування. *Публічне адміністрування, або публічне управління* (ці категорії є синонімічними) складається з: народного управління (управління, що здійснюється безпосередньо народом); державного управління (управління, яке здійснюється органами державної влади та державними установами); республіканського управління (управління, що здійснюється органами влади Автономної Республіки Крим); муніципального управління (управління, яке здійснюється органами місцевого самоврядування); делегованого управління (управління, що здійснюється суб'єктами делегованих повноважень). Таким чином, не лише відносини, які виникають у процесі реалізації державного управління, а й усі ті з них, що проявляються у межах інших підвидів публічного адміністрування (управління), регулюються нормами адміністративного права, тобто становлять його предмет.

5. На особливу увагу в контексті розгляду видів суспільних відносин, що регулюються нормами адміністративного права, заслуговують відносини, пов'язані з реалізацією “*народного управління*”, тобто управління, яке здійснюється безпосередньо народом на підставі ч. 2 ст. 5 та ст. 38 Конституції України⁶⁰. Окремо варто зауважити, що йдеться не лише про референдум та (чи) вибори, а й про всі інші можливі форми впливу народу на владу, приміром, мирні зібрання, протест (опір гнобленню⁶¹), обговорення проектів нормативних актів, громадську антикорупційну експертизу. Такі форми діяльності народу (народне управління) не можуть перебувати поза межами правового регулювання, адже на народ, як і на владу, поширює свою дію принцип верховенства права, який виключає (забороняє) юридичну невизначеність, свавілля, порушення основоположних прав учасників суспільних відносин, незалежно від того, хто є ініціатором тих чи інших відносин або їх учасником.

Думка про необхідність поширення адміністративно-правового регулювання на сферу народного управління не нова. Одним із перших її висловив А. Єлістратов ще на початку ХХ ст., вказавши, що для надання громадянину можливості безпосередньо висловлюватися щодо допустимості чи недопустимості прийнятих палатою законопроектів створюється інститут плебісциту або референдуму. Водночас складається й інший інститут – інститут народної ініціативи, за допомогою якого певна кількість громадян може змусити законодавче зібрання розробити та поставити на референдум проект щодо того чи іншого предмета⁶². Спроби поширити предмет адміністративного права на цю сферу робили деякі

⁶⁰ Конституція України (н 52).

⁶¹ С. Погребняк і Е. Уварова, ‘Сопротивление угнетению Восстание Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека)’ (2013) 2 Право і громадянське суспільство 4.

⁶² А. Елистратов, *Основные начала административного права* (Издание Г. А. Лемана 1914) 9.

автори і за радянських часів. Так, І. Пахомов вважав, що ‘предмет адміністративного права становлять відносини, пов’язані із залученням трудящих до державного управління’⁶³.

Отже, з огляду на те, що, по-перше, адміністративне право є конкретизованим конституційним правом⁶⁴; по-друге, у правовій державі, де визнається та діє принцип верховенства права, не може бути форм діяльності, виведених за межі правового регулювання; по-третє, народне управління має на меті не приватні, а публічні цілі, – суспільні відносини, які виникають у зв’язку з безпосередньою реалізацією влади Українським народом, мають бути введені до предмета адміністративного права⁶⁵.

6. Тривалий час у літературі доводиться необхідність розмежування у предметі адміністративного права управлінської (владної) та публічно-сервісної (невладної) складових. Автором такого підходу, що його підтримує багато сучасних авторів, вважається В. Авер’янов⁶⁶. Висловлюючи власне ставлення до цієї ідеї, наголошу на такому. Утвердження і забезпечення прав та свобод людини (основа концепції людиноцентризму), як вказано у ч. 2 ст. 3 Конституції України, є головним обов’язком держави, що у сфері, яка підпадає під адміністративно-правове регулювання, виконується суб’єктами публічного адміністрування. З наведеного конституційного положення випливає очевидний висновок про те, що утвердження і забезпечення прав та свобод людини має проявлятися не в якійсь одній сфері функціонування вказаних суб’єктів, а в усіх існуючих. Інакше кажучи, концепція людиноцентризму має реалізовуватися не тільки у межах публічно-сервісної діяльності суб’єктів публічного адміністрування, а й там, де має місце обмеження правового статусу приватної особи. ‘Примус також може та повинен мати людське обличчя!’⁶⁷.

Тож я виступаю проти штучного поділу адміністративно-правових відносин на управлінські (владні) та публічно-сервісні (невладні) й виділення у межах предмета адміністративного права їх відповідних підвидів. На моє переконання, усі суспільні відносини, які регулюються нормами адміністративного права, є управлінськими, тобто такими, що виникають у сфері публічного адміністрування (публічного управління). При цьому варто пам’ятати, що адміністрування (управління) не є синонімом слів “влада”, “примус”. Адміністрування (управління) – це лише

⁶³ Пахомов (н 3).

⁶⁴ F Werner, ‘Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht’ (1959) DVBI 527.

⁶⁵ Р Мельник, ‘Громадянське суспільство, держава та адміністративне право’ (2013) 8 Право України 227.

⁶⁶ В Авер’янов, ‘Нова доктрина українського адміністративного права: концептуальні позиції’ (2006) 5 Право України 11.

⁶⁷ Р Мельник, ‘Концепція людиноцентризму у сучасній доктрині адміністративного права’ (2015) 10 Право України 157.

одна з трьох основних форм діяльності (дві інші – законотворення та правосуддя) частини представників публічної влади⁶⁸, яка здійснюється шляхом застосування (використання) як примусових (позбавлення ліцензії, застосування штрафу тощо), так і непримусових (приміром, адміністративний договір, надання дозволу) інструментів. З огляду на це немає жодних підстав для того, щоби розглядати адміністрування (управління) як явище, не сумісне із сучасним адміністративним правом та демократичною й правовою державою, і відділяти його (та відповідні відносини) від інших напрямів діяльності представників публічної влади. Таке розмежування не сприятиме цілісному розумінню як діяльності суб'єктів публічного адміністрування, так і адміністративного права, які, як уже наголошувалося, завжди й усюди мають сприяти утвердженню та забезпеченню прав і свобод людини. Що ж до розмежування різних за своєю спрямованістю та ставленням до прав і свобод людини та громадянина видів діяльності суб'єктів публічного адміністрування, то його необхідно робити лише у контексті аналізу інструментів їх діяльності, і насамперед адміністративних актів, які можуть бути обтяжуючими та сприяючими⁶⁹. Ці особливості інструментів діяльності суб'єктів публічного адміністрування є важливими у контексті адміністративно-процедурного кодексу (закону), в якому (в тих країнах, де його прийнято) встановлені різні порядки для видання обтяжуючих та сприяючих актів⁷⁰. При цьому відносини, що виникають у процесі видання різних видів актів, залишаються однотипними – адміністративно-правовими (управлінськими).

Оновлення розуміння предмета адміністративного права – вимога сьогодення. Сучасне адміністративне право виконує ті завдання, які були невідомі цій галузі права попереднього історичного періоду розвитку нашої правової системи. Концепція людиноцентризму, орієнтація на практику Європейського суду з прав людини, євроінтеграційні прагнення України, принцип верховенства права – це лише частина юридичних явищ і категорій, які визначають мету адміністративного права, впливають на внутрішню структуру та формують предмет його регулювання. Тому подальші кроки на шляху вдосконалення теоретичного арсеналу адміністративного права, – наголошує Є. Курінний, – потребують використання нестандартних, оригінальних підходів, наукової креативності

⁶⁸ Мельник та Бевзенко (н 8).

⁶⁹ Там само.

⁷⁰ Кымбат Дикамбаева, 'Правовая природа административного акта и его содержание' *Ежегодник публичного права 2016: Административный акт* (Инфотропик Медиа 2015) 37-45; Ларс Брокер, 'Отмена административных актов в соответствии с немецким законодательством' *Ежегодник публичного права 2016: Административный акт* (Инфотропик Медиа 2015) 196-205.

та відповідних їм інтелектуальних проривів⁷¹, що і має стати основою для оновлення розуміння предмета адміністративного права.

Осмислюючи предмет адміністративного права, науковці, як впливає, зокрема, з викладеного вище, одностайно наголошують на тому, що його (предмет) утворюють відповідні групи суспільних відносин. Тобто робиться висновок, що адміністративне право (норми адміністративного права) можуть регулювати винятково суспільні відносини, які виникають щонайменше між двома суб'єктами права. Ми всі так звикли до цієї ідеї, що навіть не сумніваємося у її достовірності й обґрунтованості, сприймаємо як аксіому.

Проте такий підхід до розуміння предмета адміністративного права вбачається деякою мірою вузькоглядним (неповним), оскільки залишає за межами відповідальності цієї галузі права чималу кількість правових явищ, які потребують регулювання саме нормами адміністративного права. У цьому аспекті я підтримую І. Бойко, яка слушно наголошує, що:

<...> норми права можуть закріплювати також повноваження суб'єктів, які здійснюють владні управлінські функції. Наприклад, низка законів зобов'язує органи, які здійснюють функції публічного управління, приймати підзаконні акти нормативно-правового характеру <...>. Виконуючи приписи законодавчих актів, уповноважені органи здійснюють певні дії, що мають односторонній характер і полягають у виконанні покладених на орган обов'язків. Вважаємо, що при цьому суб'єкти правотворчості не вступають у суспільні відносини з іншими суб'єктами права. Вони тільки виконують передбачені законодавством повноваження за певними правилами <...>. Таким чином, можемо стверджувати, що діяльність як сукупність активних дій із реалізації повноваження здійснюється як у правовідносинах, так і поза ними <...>. Це означає, що суспільні відносини, які є предметом галузі права, можуть існувати як у формі правовідносин, так і у вигляді діяльності уповноважених суб'єктів, фізичних і юридичних осіб⁷².

Наведене твердження І. Бойко повною мірою узгоджується з висловленими мною раніше міркуваннями щодо необхідності розширення предмета адміністративного права за допомогою відносин "усіченого" виду, які формуються у сфері управління об'єктами публічної власності⁷³, тобто державним, республіканським (яке перебуває у віданні органів влади Автономної Республіки Крим) і муніципальним майном, яке разом ще називається "публічне майно". Цей напрям адміністративної діяльності є особливим, адже вплив із боку суб'єктів публічного адміністрування

⁷¹ Курінний (н 1).

⁷² Бойко (н 1).

⁷³ Мельник та Бевзенко (н 8).

спрямовується не на приватних осіб, не на інших суб'єктів публічної влади, а саме на майно, тобто об'єкти матеріального світу. У межах зазначених відносин відбувається вирішення юридичної долі таких об'єктів (наприклад: передача в оренду; забезпечення доступу до них приватних осіб; знищення; приватизація), що супроводжується виданням відповідного юридичного акта уповноваженим суб'єктом публічного адміністрування. Юридичною підставою для таких рішень є, приміром, Закон України «Про управління об'єктами державної власності»⁷⁴, який визначає повноваження органів виконавчої влади щодо, наприклад, передачі об'єктів державної власності у комунальну власність, згоди на передачу об'єктів із комунальної у державну власність тощо.

Висновки. Викладене вище уможливило висновок, що предмет адміністративного права на сучасному етапі розвитку цієї галузі права становлять зазначені нижче відносини.

Відносини, що виникають під час безпосередньої реалізації влади Українським народом.

Відносини, що виникають між приватною особою та суб'єктом публічного адміністрування у разі, коли останній діє щодо приватної особи через використання одного чи сукупності адміністративно-правових інструментів*. Однак, якщо суб'єкт публічного адміністрування виконує покладені на нього функції з використанням не адміністративно-правових інструментів, а інструментів приватного права, наприклад цивільних чи господарських правочинів, то відносини, які виникають між ним і приватною особою, не будуть адміністративно-правовими, тож і не входять до предмета адміністративного права.

Відносини, що виникають між суб'єктом публічного адміністрування та іншим суб'єктом публічної влади, з яким перший із них не перебуває у відносинах підпорядкування (приміром, відносини між місцевою радою та місцевою державною адміністрацією щодо реалізації останньою повноважень, делегованих їй радою на підставі ст. 34 Закону України «Про місцеві державні адміністрації»⁷⁵). Такі відносини визнані адміністративно-правовими і законодавцем, а саме у Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України)⁷⁶, у п. 3 ч. 1 ст. 19 якого встановлено, що спори між суб'єктами владних повноважень з приводу

⁷⁴ Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21 вересня 2006 р. № 185-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 46. Ст. 456.

* Під адміністративно-правовими інструментами або інструментами діяльності суб'єкта публічної адміністрації розуміється: нормативно-правовий акт; адміністративний акт; адміністративний договір; акт-план; фактична дія (акт-дія).

⁷⁵ Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 вересня 1999 р. № 586-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 20. Ст. 190.

⁷⁶ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. Ст. 35–37. Ст. 446.

реалізації їхньої компетенції у сфері управління розглядаються за правилами цього Кодексу, що пояснюються, зокрема, публічно-правовою (адміністративно-правовою) природою відповідних спірних відносин.

Відносини, що виникають у межах внутрішньоорганізаційної діяльності органу публічної влади. Питання організації функціонування органу публічної влади, розподілу компетенції між структурними підрозділами, надання повноважень тощо – усі вони визначаються нормами адміністративного права. При цьому ще раз варто наголосити, що йдеться лише про ті відносини, які виникають у внутрішньоорганізаційній діяльності не будь-якого суб'єкта права, а лише того, який має статус органу публічної влади, причому незалежно від того, йдеться про орган виконавчої чи законодавчої влади або про орган влади, який не віднесено до жодної з трьох гілок влади (наприклад, Національний банк України).

Відносини, що виникають між суб'єктом публічного адміністрування та "особливо підпорядкованими особами" щодо зміни їх правового статусу (приміром, звільнення, покарання, встановлення обмежень). Корисним для розуміння адміністративно-правової природи цієї групи суспільних відносин убачається європейський досвід відповідного правового регулювання. Так, в Адміністративно-процесуальному кодексі Латвії передбачено, що у випадках, коли стосовно *особливо підпорядкованих адміністративній установі осіб*, тобто тих, хто більше за інших підлягає правилам внутрішнього розпорядку (публічні службовці, військовослужбовці, судді, студенти, школярі, користувачі громадських установ (бібліотек, музеїв тощо)), приймаються розпорядження (вказівки), які тягнуть за собою встановлення, зміну або припинення їх правового статусу, то у цьому разі мають місце адміністративно-правові відносини. Такі рішення вважаються адміністративними актами, адже вони суттєво зачіпають права та правові інтереси відповідних осіб. Зазначене означає, що ці рішення впливають на відповідну особу не лише як на працівника установи чи особу, яка особливо підпорядкована установі, або як на особистість, а й мають зовнішній вплив⁷⁷.

Сформульований висновок надзвичайно корисний, наприклад, у контексті відповіді на запитання, поставлене свого часу Вищим адміністративним судом України перед членами науково-консультативної ради: 'Чи поширюється юрисдикція адміністративних судів на спори щодо оскарження дій посадових осіб виправної колонії, які розкривають та

⁷⁷ Кристине Коре-Перконе, 'Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов' *Ежегодник публичного права 2016: Административный акт* (Инфотропик Медиа 2015) 51.

переглядають адресовану засудженому кореспонденцію?⁷⁸. Щоб надати правильну відповідь, необхідно насамперед з'ясувати правову природу відносин, які виникають між посадовою особою виправної колонії та засудженим. І якщо ці відносини є адміністративно-правовими (входять до предмета адміністративного права), то такі справи мають розглядатися за правилами КАС України. На визначення правової природи зазначених відносин не впливає той факт, що особа відбуває покарання за злочин, тобто раніше була учасником кримінально-правових і кримінально-процесуальних відносин, адже останні закінчилися у момент набрання судовим рішенням законної сили. З моменту перебування у виправній колонії засуджений “знаходиться в особливому підпорядкуванні” суб'єкта публічного адміністрування, останній своїм рішенням обмежує (змінює) правовий статус приватної особи, втручаючись в її конституційне право на таємницю кореспонденції. Такі відносини з огляду на це необхідно визнати адміністративно-правовими, включивши їх до предмета адміністративного права. Захист права приватної особи, порушеного у межах вказаних відносин, має здійснюватися за правилами КАС України.

Відносини, пов'язані з управлінням об'єктами публічної власності (публічним майном), як-то: 1) публічними речами загального користування (природні об'єкти загального користування, дороги загального користування, площі, мости тощо); 2) публічними речами спеціального користування (водні ресурси для спеціального використання); 3) публічними речами, що перебувають у розпорядженні суб'єктів публічного адміністрування (навчальні заклади, музеї, лікарні тощо); 4) службовим майном (наприклад, службові будівлі, зброя працівника поліції); 5) грошовими коштами (приміром, бюджетні кошти); 6) корпоративними права держави, Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування; 7) публічною інформацією⁷⁹.

Відносини, пов'язані з матеріальною відповідальністю суб'єкта публічного адміністрування за шкоду, завдану приватній особі рішенням (дією). Вказаний вид суспільних відносин у контексті предмета адміністративного права не можна назвати зовсім новим, адже він уже піддавався відповідному аналізу у працях А. Єлістратова (1914 р.)⁸⁰, О. Євтіхієва

⁷⁸ Визначення юрисдикції спорів щодо розгляду справ про оскарження дій посадових осіб виправної колонії, які розкривають та переглядають адресовану засудженому кореспонденцію: узагальнений науково-консультативний висновок Науково-консультативної ради при Вищому адміністративному суді України. URL: http://www.vasu.gov.ua/nkr/pravovi_vusnovky/vipravni_kolonii/ (дата звернення: 28.02.2018).

⁷⁹ Р. Мельник и другие, *100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учебное пособие* (Р. Мельник ред, Юринком Интер 2017) 222-5.

⁸⁰ Елистратов (н 62).

(1925 р.)⁸¹, М. Карадже-Іскрова (1936 р.)⁸² та ін. Розглядаючи матеріальну відповідальність представників влади, учені переконували, що цей інститут має регулюватися нормами саме адміністративного права. Однак належно визнаною і закріпленою у радянській доктрині та практиці нормативного регулювання ця теорія не була, оскільки не узгоджувалася з концепцією тоталітарної держави, яка виключала відповідальність влади перед приватною особою.

Необхідність урегулювання відносин, пов'язаних із матеріальною відповідальністю суб'єктів публічного адміністрування за шкоду, завдану приватній особі рішенням (дією), нормами адміністративного права, впливає з різних обставин. *По-перше*, правовою основою зазначеного інституту є ст. 56 Конституції України, якою встановлено, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями або бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень. Таке конституційне положення, враховуючи те, що воно регулює взаємовідносини приватної особи із суб'єктами публічного адміністрування, має бути конкретизоване саме нормами адміністративного права, бо цивільне право визначає умови й порядок позадоговірної відповідальності за завдану шкоду, яка виникає у межах відносин між суб'єктами права, що мають однаковий правовий статус. На переконання європейських авторів, норми адміністративного права у цій сфері більш ефективно, ніж норми цивільного, сприятимуть тому, щоб постраждала особа не залишилася ні з чим через можливу відсутність майна у чиновника, який завдав шкоду; адже держава завжди здатна нести відповідальність. Окрім того, такий особливий (адміністративний) порядок матеріальної відповідальності слугує й інтересам чиновника, оскільки останній нічим не ризикує, якщо може виникнути обов'язкова особиста відповідальність, і тому він готовий приймати рішення при виконанні ним публічних завдань⁸³. Побіжно варто зазначити, що у цій сфері спостерігається одночасна дія норм і адміністративного, і цивільного права, які у певних межах доповнюють одна одну. *По-друге*, як свідчить досвід західноєвропейських країн, інститут матеріальної відповідальності суб'єктів публічного адміністрування закріплено у межах Загального

⁸¹ А Евтихийев, *Основы советского административного права* (Юридическое издательство НКЮ УССР 1925) 325-31.

⁸² N Karadsche-Iskrow, 'Das Verwaltungsrecht in der Sowjetunion (Russland) seit 1917' (1936) 23 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 136.

⁸³ М Демкова та інші, *Відшкодування в позасудовому порядку шкоди, завданої державою або органами влади* (Д Український ред, Конус-Ю 2007) 39-44.

адміністративного права⁸⁴. *По-третє*, на необхідність запровадження саме публічно-правового механізму відшкодування завданої приватній особі шкоди рішеннями (діями) суб'єктів публічного адміністрування вказується також і у документах Ради Європи⁸⁵.

Регулювання фактичних дій. Суб'єкти публічного адміністрування під час виконання покладених на них повноважень вчиняють (здійснюють) різноманітні фактичні дії, які не викликають юридичних наслідків, зокрема й для приватних осіб, тож у цьому разі не виникає і жодних правовідносин. Фактичні дії, таким чином, викликають лише фактичні (реальні), а не юридичні наслідки. Йдеться, наприклад, про: патрулювання вулиць поліцією; інформування населення про поширення інфекційної хвороби. Проте такі фактичні дії не можуть здійснюватися у довільному порядку, оскільки це суперечило б ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка вимагає, щоб будь-які дії суб'єктів публічного адміністрування здійснювалися на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України. Викладене й обумовлює необхідність їх регулювання нормами адміністративного права, а отже, і включення до предмета зазначеної галузі права.

Регулювання юридичного статусу суб'єктів адміністративно-правових відносин. Йдеться про ту частину норм адміністративного права, які закріплюють за суб'єктами публічного адміністрування повноваження і надають приватним особам права та (чи) покладають на них обов'язки адміністративно-правового характеру, якими вони можуть і не скористатися (не виконати) або виконувати без вступу у правовідносини з іншими суб'єктами⁸⁶. Проте регулювання юридичного статусу є важливим та необхідним для потенційного виникнення правовідносин, тому він (статус) має знайти закріплення у нормах адміністративного права.

Насамкінець хотілося б закликати наукову спільноту не боятися критично підходити до напрацювань наших попередників, активно генерувати нові концепції, але час від часу переглядати їх на відповідність постійно змінюваним запитам практики правозастосування. Переконаний, що це є найкращим способом формування цілісної і змістовної правової доктрини адміністративного права.

⁸⁴ Detterbeck (n 57).

⁸⁵ Рекомендація R (84) 15 Комітету Міністрів державам-членам стосовно публічно-правової відповідальності за причинену шкоду 28 лютого 1984 р.: прийнята Комітетом Міністрів 11 вересня 1984 року на 375-й нараді заступників міністрів. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_126 (дата звернення: 01.03.2018).

⁸⁶ Бойко (n 1).

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy [The Code of Administrative Judicial Procedure of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lypnia 2005 r. № 2747-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy* 2005. № 35–37. St. 446 (in Ukrainian).
2. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
3. Pro Kabinet Ministriv Ukrainy [On the Cabinet of Ministers of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 27 liutoho 2014 r. № 794-VII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy* 2014. № 13. St. 22 (in Ukrainian).
4. Pro mistsevi derzhavni administratsii [On Local Public Administrations]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 9 veresnia 1999 r. № 586-XIV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy* 1999. № 20. St. 190 (in Ukrainian).
5. Pro Rehlament Verkhovnoi Rady Ukrainy [On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 10 liutoho 2010 r. № 1861-VI. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy* 2010. № 14, № 14–15, № 16–17. St. 133 (in Ukrainian).
6. Pro upravlinnia ob'iektamy derzhavnoi vlasnosti [On the Management of State Property]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 21 veresnia 2006 r. № 185-V. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2006. № 46. St. 456 (in Ukrainian).
7. Rekomendatsiia R (84) 15 Komitetu Ministriv derzhavam-chlenam stosovno publichno-pravovoi vidpovidalnosti za prychnenu shkodu 28 liutoho 1984 r. [Recommendation R (84) 15 of the Committee of Ministers to Member States Relating to Public Liability for the Inflicted Damage February 28, 1984]: pryiniata Komitetom Ministriv 11 veresnia 1984 roku na 375-i naradi zastupnykiv ministriv [Adopted by the Committee of Ministers on September 11, 1984 at the 375th Meeting of the Ministers' Deputies]. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_126 (accessed: 01.03.2018) (in Ukrainian).

Cases

8. Vyznachennia yurysdyksii sporiv shchodo rozghliadu sprav pro oskarzhennia dii posadovykh osib vypravnoi kolonii, yaki rozkryvaiut ta perehliadaiut adresovanu zasudzhenomu korespondentsiiu [Determining the Jurisdiction of Disputes Relating to Consideration of Cases Appealing Against Actions of Penal Colony Officers Who Open and Review the Correspondence Addressed to a Prisoner]: uzahalnenyi naukovo-konsultatyvnyi vysnovok Naukovo-konsultatyvnoi rady pry Vyshchomu administratyvnomu sudi Ukrainy [Summarized Scientific Advisory Opinion of the Scientific Advisory Council at the Higher Administrative Court of Ukraine]. URL: http://www.vasu.gov.ua/nkr/pravovi_vusnovky/vipravni_kolonii/ (accessed: 28.02.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

9. Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (Verlag CH Beck 2006) (in German).

10. Elistratov A, *Osnovnye nachala administrativnogo prava [Basic Principles of Administrative Law]* (Izdanie G A Lemana 1914) (in Russian).
11. Evtihiev A, *Osnovy sovetskogo administrativnogo prava [Foundations of Soviet Administrative Law]* (Juridicheskoe izdatel'stvo NKJu USSR 1925) (in Russian).
12. Kivalov S, *Administratyvne pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Administrative Law of Ukraine: Training Manual]* (5-e vyd, Feniks 2011) (in Ukrainian).
13. Ostapenko O ta Kisl Z ta Kovaliv M, *Administratyvne pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Administrative Law of Ukraine: Training Manual]* (3-te vyd, Alerta 2011) (in Ukrainian).
14. Pakhomov I, *Radianske administratyvne pravo: Zahalna chastyna: pidruchnyk [Soviet Administrative Law: General Section: Textbook]* (Vydavnytstvo Lvivskoho universytetu 1962) (in Ukrainian).
15. Petrov G, *Sushhnost' sovetskogo administrativnogo prava [The Essence of Soviet Administrative Law]* (Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta 1959) (in Russian).

Parts of the books

16. Kymbat Dikambaeva, 'Pravovaja priroda administrativnogo akta i ego sodержanie' ['Legal Nature of Administrative Act and Its Contents'] *Ezhegodnik publichnogo prava 2016: Administrativnyj akt* (Infotropik Media 2015) (in Russian).
17. Lars Broker, 'Otmena administrativnyh aktov v sootvetstvii s nemeckim zakonodatel'stvom' ['Abolition of Administrative Acts under German Law'] *Ezhegodnik publichnogo prava 2016: Administrativnyj akt* (Infotropik Media 2015) (in Russian).
18. Kristine Kore-Perkone, 'Priznaki administrativnogo akta: v ponimanii Administrativno-processual'nogo zakona Latvii i praktiki sudov' ['Signs of an Administrative Act: in the Understanding of Latvia's Administrative Procedural Law and Court Practice'] *Ezhegodnik publichnogo prava 2016: Administrativnyj akt* (Infotropik Media 2015) (in Russian).

Edited and translated books

19. Aver'ianov V ta inshi, *Administratyvne pravo Ukrainy: akademichnyi kurs: pidruchnyk [Administrative Law of Ukraine: Academic Course: Textbook]*, t 1: Zahalna chastyna [General Section] (Aver'ianov V red, Yurydychna dumka 2004) (in Ukrainian).
20. Bitjak Ju i drugie, *Sovetskoe administrativnoe pravo: uchebnik [Soviet Administrative Law: Textbook]* (Pavlovskij R red, Vishha shkola 1986) (in Russian).
21. Brjeban G, *Francuzskoe administrativnoe pravo [French Administrative Law]* (Bobotov S red, Vasil'ev D i Karpovich V per, Progress 1988) (in Russian).
22. Bytiak Yu ta inshi, *Administratyvne pravo: pidruchnyk [Administrative Law: Textbook]* (Bytiak Yu ta Harashchuk V ta Zui V red, Pravo 2010) (in Ukrainian).
23. Demkova M ta inshi, *Vidshkoduvannia v pozasudovomu poriadku shkody, zavdanoi derzhavoiu abo orhanamy vlady [Extrajudicial Compensation of the Damage Caused by the State or Public Authorities]* (Ukrainskyi D red, Konus-Iu 2007) (in Ukrainian).
24. Holosnichenko I ta Stakhurskyi M ta Zolotarova N, *Administratyvne pravo Ukrainy: osnovni poniattia: navchalnyi posibnyk [Administrative Law of Ukraine: Basic Concepts: Training Manual]* (Holosnichenko I red, HAN 2005) (in Ukrainian).
25. Melnyk R ta Bevenko V, *Zahalne administratyvne pravo: navchalnyi posibnyk [Common Administrative Law: Training Manual]* (Melnyk R red, Vaite 2014) (in Ukrainian).
26. Mel'nik R i drugie, *100 otvetov na 100 voprosov po Obshhemu administrativnomu pravu: uchebnoe posobie [100 Answers to 100 Questions on Common Administrative Law: Training Manual]* (Mel'nik R red, Jurinkom Inter 2017) (in Russian).

Journal articles

27. Karadsche-Iskrow N, 'Das Verwaltungsrecht in der Sowjetunion (Russland) seit 1917' (1936) 23 Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 136 (in German).
28. Werner F, 'Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht' (1959) DVBI 527 (in German).
29. Arzhanov M, 'O principah postroenija sistemy sovet'skogo socialisticheskogo prava' ['On the Principles Underlying the System of Soviet Socialist Law'] (1939) 3 Sovetskoe gosudarstvo i pravo 26 (in Russian).
30. Aver'ianov V, 'Nova doktryna ukrainskoho administratyvnoho prava: kontseptualni pozytsii' ['A New Doctrine of Ukrainian Administrative Law: Conceptual Positions'] (2006) 5 Pravo Ukrainy 11 (in Ukrainian).
31. Boiko I, 'Do pytannia pro predmet administratyvnoho prava' ['On the Issue of the Subject Matter of Administrative Law'] (2016) 1 Administratyvne pravo i protses 5 (in Ukrainian).
32. Bolokan I, 'Predmet administratyvnoho prava: pytannia transformatsii v doktrynalnykh pidkhodakh' ['Subject Matter of Administrative Law: Issues of Doctrinal Approaches Transformation'] [2016] 2(6) Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu Yurydychni nauky 42 (in Ukrainian).
33. Halunko V, 'Predmet suchasnoho administratyvnoho prava Ukrainy' ['Subject Matter of Modern Administrative Law of Ukraine'] (2010) 2 Forum prava 83 (in Ukrainian).
34. Hryshyna N, 'Shchodo rozuminnia predmeta administratyvnoho prava' ['On the Understanding of the Subject Matter of Administrative Law'] (2015) 19 Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu imeni V Karazina Pravo 75 (in Ukrainian).
35. Ihonin R, 'Predmet administratyvnoho prava v umovakh transformatsii vitchyznanoi systemy prava' ['Subject Matter of Administrative Law in the Context of the National Law System Transformation'] [2015] (2) 2 Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu Yurydychni nauky 126 (in Ukrainian).
36. Kolomoiets T, 'Administratyvno-protsesualne pravo – samostiina haluz natsionalnoho prava (v aspekti poshuku novoi modeli predmeta administratyvnoho prava Ukrainy)' ['Administrative Procedural Law as an Independent Branch of National Law (from the Perspective of Searching for a New Model of the Subject Matter of Administrative Law in Ukraine)'] (2016) 1 Publichne pravo 27 (in Ukrainian).
37. Kolpakov V, 'Administratyvno-pravovi vidnosyny: poniattia ta vydy' ['Relations at Administrative Law: Concepts and Types'] (2013) 1 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 101 (in Ukrainian).
38. Kurinnyi Ye, 'Ob'iekt ta predmet ukrainskoho administratyvnoho prava: zmistovna ta aksiolohichna sutnist katehori' ['The Object and Subject Matter of the Ukrainian Administrative Law: Substantive and Axiological Essence of Categories'] (2016) 1 Publichne pravo 43 (in Ukrainian).
39. Liashuk R, 'Poniattia predmeta administratyvnoho prava Ukrainy' ['The Concept of the Subject Matter of Administrative Law in Ukraine'] (2016) 4 Aktualni problemy vitchyznanoi yurysprudentsii 81 (in Ukrainian).
40. Melnyk R, 'Iakym buty tsykladu administratyvno-pravovykh dystsyplin u yurydychnomu navchalnomu zakladi?' ['What Should the Cycle of Administrative Law Disciplines be at a Law School?'] (2004) 27 Visnyk Natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav 309 (in Ukrainian).
41. – –, 'Administrativno-protsesual'noe i administrativno-procedurnoe pravo kak novye uchebnye discipliny' ['Administrative Process and Administrative Procedure Law as New Academic Disciplines'] (2005) 3 Problemy pravovedeniya 47 (in Russian).

42. – –, ‘Hromadianske suspilstvo, derzhava ta administratyvne pravo’ [‘Civil Society, the State and Administrative Law’] (2013) 8 Pravo Ukrainy 227 (in Ukrainian).
43. – –, ‘Kontseptsiiia liudynotsentryzmu u suchasni doktryni administratyvnoho prava’ [‘The Human-Centrism Concept in the Modern Administrative Law Doctrine’] (2015) 10 Pravo Ukrainy 157 (in Ukrainian).
44. Panova N, ‘Nekotorye voprosy vlijanija administrativnogo prava na razvitie otnoshenij gosudarstvennogo upravlenija v Ukraine’ [‘Some Issues of the Impacts of Administrative Law on the Development of Public Administration Relations in Ukraine’] [2011] 24(2) Uchenye zapiski Tavricheskogo nacional'nogo universiteta imeni V I Vernadskogo Juridicheskie nauki 144 (in Russian).
45. Pietkov S, ‘Predmet administratyvnoho prava – konstanta v protsesi transformatsii suspilno-politychnykh vidnosyn’ [‘Subject Matter of Administrative Law as a Constant in the Process of Socio-Political Relations Transformation’] (2016) 1 Publichne pravo 35 (in Ukrainian).
46. Pogrebnjak S i Uvarova E, ‘Soprotivlenie ugneteniju Vosstanie Revoljucija (teoretiko-pravovoj analiz v svete doktriny prav cheloveka)’ [‘Resistance to Oppression Uprising Revolution (Theoretical and Legal Analysis from the Perspective of the Human Rights Doctrine)’] (2013) 2 Pravo i gromadjans'ke suspil'stvo 4 (in Russian).
47. Stetsenko S, ‘Suchasnyi pohliad na predmet administratyvnoho prava’ [‘Modern View on the Subject Matter of Administrative Law’] (2016) 1 Publichne pravo 20 (in Ukrainian).
48. Ternushchak M, ‘Pro predmet administratyvnoho prava v konteksti upravlinskoj kontseptsii v administratyvistitsi’ [‘On the Subject Matter of Administrative Law in the Context of the Management Concept in Administrativistics’] [2017] 2(5) Pravo i suspilstvo 136 (in Ukrainian).

Dissertations

49. Hrytsenko Ivan, ‘Stanovlennia i rozvytok naukovykh pohliadiv na osnovni instytuty vitchyznianoho administratyvnoho prava’ [‘Establishment and Development of Scientific Views on the Main Institutions of National Administrative Law’] (dys d-ra yuryd nauk, Kharkivskyi natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav 2008) (in Ukrainian).

Roman Melnyk

SUBJECT MATTER OF ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT. Accurate and appropriate understanding of the subject matter of administrative law is crucial for the administrative justice domain, since the subject matter of administrative law allows setting precise limits of jurisdiction of administrative courts. The subject matter of administrative law is also the determining factor for the purpose of administrative law study by students and for making of administrative law research. All this necessitates the formulation of a complete and perfect theory (concept) of the subject matter of administrative law.

The purpose of this article is to formulate the author's conception of the subject matter of administrative law from the perspective of the analysis of historical experience and in the context of a critical study of works by modern administrative law scholars.

The article offers the analysis of scientific works by Soviet scholars focused on the essence and contents of the subject matter of administrative law. The author succeeded in establishing and explaining the reasons for introduction of the category “subject matter of legal regulation” into the scientific use which was done by Professor N. Arzhanov in contrast to the Western theory dividing law into public and private. The author believes that the concept of subject matter and method of legal regulation proposed by Soviet scholars as a criterion for differentiation of branches of law is far-fetched and unsustainable. To resolve this issue, as noted in the article, scholars and legal practitioners should be guided by relevant theories developed by European authors and tested by law administration practice, such as the theory of subordination, the special legal theory and the two-stage theory.

The author proves that it is impossible to include into the subject matter of administrative law social relations arising within intra-organizational activities of public enterprises; as well as those associated with the implementation of administrative justice and the judicial procedure of making individuals liable under administrative law. Elaborating on the formulated conclusions, the author emphasizes the need for a significant expansion of the subject matter of administrative law, which, in the author’s opinion, is comprised not only by respective social relations.

Finally, the conclusion is made that the subject matter of modern administrative law is made up by: relations arising in the course of direct exercise of power by the Ukrainian people; relations arising between an individual and a subject of public administration when the latter acts with regard to an individual using one or a combination of legal administrative instruments; relations arising between a subject of public administration and another subject of public authority, with which the former is not in the relations of subordination; relations arising within the framework of intra-organizational activities of a public body; relations arising between a subject of public administration and “special subordinates”; relations associated with management of items of public property (public assets); relations relating to pecuniary liability of a public administration subject for the damage caused to an individual by a decision (action); regulation of factual actions; regulation of legal status of subjects of relations at administrative law.

KEYWORDS: administrative law; subject matter of administrative law; subject matter and method of legal regulation; social relations; relations at administrative law.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Юрій Шеляженко

аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Університету економіки та права “КРОК”
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-3101-3878>
yuriy.sheliashenko@gmail.com

УДК 340.1:004

ОСОБИСТА АВТОНОМІЯ У ПРАВІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

АНОТАЦІЯ. Реалізація автономії волі в правових відносинах завдяки інформаційним технологіям зумовлює появу нових форм індивідуальності та інтересів, зокрема штучних, за межами усталених підходів до правового регулювання. Сучасні інформаційні технології створюють нові можливості реалізації та захисту прав людини, криптографічного забезпечення безпеки приватного життя людини, однак стають також інструментами вчинення правопорушень. Автоматичне прийняття рішень спрощує юридичні процедури, але несправедливі алгоритми насаджують нерівність, відчуження та гноблення.

Метою статті є з'ясування змісту поняття особистої автономії у сфері ІТ-права та прогнозування його перспектив, опис існуючих і необхідних правових гарантій індивідуального самоконтролю в цифрову епоху.

Аналіз практики Верховного Суду США, Європейського суду з прав людини та Європейського Суду справедливості показує, що здійснення правосуддя в умовах експансії інформаційних технологій у правові відносини потребує збереження усталеної рівноваги прав та обов'язків, пристосування існуючих правових механізмів до нових реалій, застосування фундаментальних принципів права для розвитку правових механізмів тоді, коли старі правові технології вже не допомагають ефективно утверджувати верховенство права.

Специфікою особистої автономії у праві інформаційних технологій є мінливість і безпрецедентність її проявів, що вимагає створення нових правових механізмів для утвердження верховенства права на основі субсидіарності правозастосування, довіри та невтручання в автономні суспільні відносини у сфері інформаційних технологій за винятком випадків правомірної необхідності, наприклад, у разі нездатності осіб уникати очевидних загроз, вирішувати проблеми і конфлікти.

Враховуючи зростаюче значення роботів (тобто машин, які автоматично працюють в інтересах людей) у житті цивілізованого суспільства та успішні розробки штучного інтелекту, здатного приймати самостійні рішення у правових відносинах,

© Юрій Шеляженко, 2018

Юрій Шеляженко

слід розглянути можливість визнання конституційних прав роботів, зокрема, прав на існування, належне функціонування, захист законом, пов'язаних із обов'язками роботів служити людям. Необхідно не тільки подбати про відповідальність людей за своїх роботів та відповідальність роботів за протиправне функціонування, наприклад, у формі деактивації, а й включати у програмне забезпечення розумних машин технічні гарантії правомірного функціонування, етичні передумови на зразок трьох законів роботехніки А. Азімова, що мають бути невід'ємною частиною системи прийняття машиною самостійних рішень, штучної особистої автономії, тобто правової автономії штучного інтелекту. При цьому критерії правосуб'єктності штучного інтелекту можуть бути встановлені законодавством і застосовуватися судами та правоохоронними органами, за необхідності, із залученням фахівців зі штучного інтелекту для вирішення питання примусової деактивації робота, подібно до проведення судово-психіатричної експертизи для перевірки кримінальної деліктоздатності та цивільної дієздатності фізичної особи.

Ключові слова: особиста автономія; IT-право; приватність; штучний інтелект; правове регулювання інформаційних відносин; закони роботехніки; права людини; права роботів.

Автономія як принцип права, розкритий у класичних працях І. Канта, П. Юркевича та Дж. Ролза, потребує переосмислення в умовах сучасних інформаційних технологій, коли автономія механізмів, як і автономія людини, формує правові відносини.

П. Бернал у монографії “Права на приватне життя в інтернеті: захист автономії” зазначає, що в ‘цифровому світі приватність має вирішальне значення для захисту особистої автономії, тобто здатності особи приймати самостійні рішення, вільно мислити і діяти’, за висловом Дж. Раза, бути “автором власного життя”¹. Також автор наводить міркування Г. Ніссенбаум стосовно того, що:

Повсюдне спостереження, збір та аналіз інформації розширює сферу впливу влади та бізнесу <...>. Постає проблема збереження приватності у трьох сферах <...>. По-перше, контроль над особистою інформацією <...>. По-друге, підтримання атмосфери невимушеності суспільних відносин, в якій люди не бояться, що за ними слідкують та ловлять на помилках <...>. По-третє, можливість робити вибір і слідувати своєму вибору без перешкод².

Автором цієї публікації у попередній статті “Штучна особиста автономія і концепція прав роботів” зазначалося:

Поняття “автономія” має грецьке походження (αυτοξ νομος) й означає “свій закон”, що може являти собою як правову свідомість людини,

¹ Paul Bernal, *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy* (Cambridge University Press 2014) 328.

² Там само.

так і правову програму комп'ютера або робота – особливого механізму (інструменту), що виконує певні функції (роботу) автоматично, автономно, замість людини; оскільки сучасне суспільство довіряє роботам виконувати складні та важливі обов'язки, в тому числі державно-правові, необхідно визнати права роботів, такі як право на існування, належне функціонування, правовий захист³.

Х. Ашраф'ян, автор філософського обґрунтування прав та обов'язків роботів⁴, у впливовому міжнародному науковому тижневику “*Nature*” пише, що машинна свідомість впливає на суспільство і розумні роботи захищають права людини, а також, з огляду на свою розумність, не можуть ігнорувати права іншої розумної машини; окрім того, машини заслуговують на права як потенційно розумніші за тварин, права яких вже визнані та захищені у цивілізованих країнах⁵. М. Кокельберг, аналізуючи аргументи “за” і “проти” визнання прав роботів, досліджує людське ставлення до роботів і визнає, що штучні істоти у суспільстві стали чимось більшим, ніж просто інструменти, а отже, можуть наділятися певними правами⁶. Правник О. Радутний раціонально розглядає можливість кримінальної відповідальності штучного інтелекту⁷, тоді як лідери ІТ-бізнесу Е. Шмідт і Дж. Коен емоційно стверджують, що ‘роботів не можна віддати під військовий трибунал, притягнути до відповідальності чи допитати’⁸.

Е. Мюррей у книзі “Право інформаційних технологій: закон і суспільство” звертає увагу на те, що американські юристи часто ‘акцентують на необхідності вільних і безперешкодних висловлювань для здійснення особистої автономії, аргументуючи, що свобода слова є необхідною передумовою індивідуальності, самореалізації і самодостатності’⁹.

Колектив авторів монографії “ІТ-право: поняття та сутність” за редакцією О. Харитонової, Є. Харитонова зазначає у передньому слові, що нове покоління інтернет-користувачів використовує технології шифрування та інші інформаційні технології, створюючи альтернативний світ, який живе за своїми законами і ховає індивідуальний простір за криптографічною завісою, що технічно обмежує нові можливості влади із то-

³ Y Sheliazhenko, ‘Artificial Personal Autonomy and Concept of Robot Rights’ (2017) 1 European Journal of Law and Political Sciences 17.

⁴ H Ashrafian, ‘Artificial intelligence and robot responsibilities: innovating beyond rights’ (2014) 21 Science and Engineering Ethics 317.

⁵ H Ashrafian, ‘Intelligent robots must uphold human rights’ (2015) 7544 Nature 391.

⁶ M Coeckelbergh, ‘Robot rights? Towards a social-relational justification of moral consideration’ (2010) 12 Ethics and Information Technology 209.

⁷ Радутний Д, ‘Суб’єктність штучного інтелекту у кримінальному праві’ (2018) 1 Право України 123.

⁸ E Schmidt and J Cohen, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses, and Our Lives* (Vintage 2014) 368.

⁹ A Murray, *Information Technology Law: The Law and Society* (Oxford University Press 2016) 696.

Юрій Шеляженко

тального стеження за людьми, гарантує свободу волевиявлення і вільний доступ до інформації¹⁰.

Мета дослідження полягає у тому, щоб з'ясувати зміст поняття особистої автономії у сфері ІТ-права та окреслити його перспективи, існуючі та необхідні правові гарантії індивідуального самоконтролю в цифрову епоху.

Інформаційні технології створюють потужний інструментарій реалізації автономії волі в правових відносинах як у ставленні суб'єкта волевиявлення до себе як об'єкта волевиявлення, формуванні власної індивідуальності, так і в ставленні до інших об'єктів волевиявлення, у формуванні власних та спільних інтересів. Суб'єктивна індивідуальність та інтереси набувають об'єктивної правомірності в разі згоди інших суб'єктів із певним суб'єктивним волевиявленням, відповідно до формули соціальної філософії прагматизму, яку батько американської психології В. Джеймс сформулював так: 'Індивідуальна ініціатива завмирає без підтримки суспільства. Суспільство завмирає без індивідуальної ініціативи'¹¹.

На нашу думку, специфікою особистої автономії у праві інформаційних технологій є мінливість і безпрецедентність її проявів, що ускладнює правове регулювання за усталеними схемами та потребує повернення від конкретних звичних методів правового регулювання до найбільш загальних принципів права і конструювання нових ефективних методів правового регулювання. При цьому слід наголосити, що право інформаційних технологій створюється на основі успішного вирішення конфліктів, учасники яких виявляють нездатність впорядкувати своє життя суто технічними засобами та потребують відновлення верховенства права за допомогою традиційної державно-правової системи. Коли суспільні відносини у сфері інформаційних технологій стають об'єктом юридичного процесу, технічний інструментарій вирішення конфлікту, як правило, вже з'ясований і після невдалих спроб самостійного врегулювання конфлікту зацікавлені особи готові довірити ці інструменти фахівцям із права.

Скажімо, кожна комп'ютерна гра певною мірою захищена від порушення її правил, але цей захист завжди має вразливі місця, і недобросовісні гравці можуть цим користуватися, руйнуючи довіру до правил гри та зменшуючи прибуток розробників. У результаті, розробники змушені звертатися до суду, щоб захистити свій бізнес. Так, у справі «*Epic Games v Charles Vraspir*», що розглядалася Округним судом Східного

www.pravoua.com.ua

¹⁰ О Харитонов та Є Харитонов (ред), *ІТ-право: поняття та сутність* (Фенікс 2017) 316.

¹¹ W James, *The Will to Believe: And Other Essays in Popular Philosophy* (The Floating Press 2010) 379.

округу штату Північна Кароліна в США, корпорація – розробник гри притягла до суду гравця-обманщика, що продавав за межами ігрової системи засоби нечесного виграшу. Відповідно до опублікованого рішення суд затвердив мирову угоду між сторонами, за якою відповідач зобов'язався не втручатися у гру¹².

Із комп'ютерними іграми пов'язані й конфлікти, що виникають через серйозне ставлення учасників гри до ігрових предметів та ресурсів, торгівлі ними за межами ігрових систем. У разі порушення взаємних зобов'язань виникає необхідність у державному примусі до виконання договору. Крім того, реальна цінність віртуального добра притягує злочинців, а неувага розробників до проблем безпеки ігрової системи спонукає гравців звертатися до суду. Відомий випадок, коли Чаоянський районний народний суд Пекіна зобов'язав розробника платної гри повернути гравцю віртуальні виграші, викрадені хакерами через недостатню захищеність ігрових серверів¹³.

Інформаційні технології дають змогу продукувати і штучні інтереси, такі як право власності на об'єкти віртуального світу, і штучну індивідуальність. Машини достатньо складні, щоб поряд із відповідальністю фізичних та юридичних осіб за дії цих машин ставити питання про власну відповідальність машини за дії, вчинені в автоматичному режимі, не передбачені розробниками чи власниками – з яких, звичайно, не знімається відповідальність за недбалість, попри виникнення більш фундаментального питання про правові стандарти належного функціонування машин, їхній правовий статус і правові норми регулювання та саморегулювання технологій. Якщо технології дають можливість створювати машини, здатні повторювати людську працю, поведінку, мислення, зокрема й логіку та емоції (скажімо, розряджений смартфон “пищить від голоду”), чи маємо ми до певної міри поважати автономію цих машин? І якщо ми відкинемо можливість поважати машини за їхні заслуги, чи не стануть люди менше поважати один одного, кажучи про практичні досягнення: “Нічого особливого, це міг зробити і робот”? Законодавство та судова практика поки не дають чіткої відповіді на питання правового статусу штучного інтелекту, але у січні 2017 р. Європейський Парламент схвалив доповідь про цивільно-правове регулювання роботехніки¹⁴, у п. 59(f) якої Європейській комісії пропонується у майбутньому перед-

¹² C Hall, 'Fortnite cheater and Epic Games settle lawsuit' (*Polygon*, 6 December 2017) <<https://www.polygon.com/2017/12/6/16741978/epic-fortnite-cheater-settlement-vraspir-dmca>> accessed 21 February 2018.

¹³ J Lyman, 'Gamer Wins Lawsuit in Chinese Court Over Stolen Virtual Winnings' (*Tech News World*, 19 December 2003) <<https://www.technewsworld.com/story/32441.html>> accessed 21 February 2018.

¹⁴ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN> (accessed: 21.02.2018).

бачити особливий правовий статус електронної особи, відповідальної за свої дії, для найскладніших автономних роботів, і застосовувати цей статус у справах, де роботи приймають самостійні рішення у взаємодії з третіми особами.

На нашу думку, у змісті рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) у справах стосовно блокування доступу до соціальних мереж також можна прослідкувати логіку виведення прав роботів із прав людини. Обмеження доступу до певного сайту, який діє автоматично як модератор спілкування між людьми, можна порівняти з арештом людини як запобіжним заходом, що унеможлиблює протиправну поведінку в порядку державного примусу і при цьому перериває зв'язки людини із суспільством. У разі арешту суд перевіряє дотримання прав людини, оскільки суспільство зацікавлене у збереженні зв'язків з людиною і стандарт верховенства права захищає людину від свавільного позбавлення волі. Аналогічно, у випадку блокування доступу до сайтів *Google Sites* та *YouTube*, ЄСПЛ визнав, що таке посягає на інформаційні права широкого кола користувачів цих сайтів. У § 54–57 рішення від 1 грудня 2015 р. у справі “*Cengiz and Others v. Turkey*” Суд визнав, що заборона доступу до сайтів, якими люди активно користуються, позбавляє користувачів таких сайтів суттєвого змісту права на свободу одержувати і передавати інформацію, передбаченого у ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, і становить втручання у здійснення цього права, тому люди мають право оскаржувати порушення права на свободу вираження поглядів, навіть якщо заборона не була адресована їм особисто¹⁵. Подібна правова позиція висловлюється у рішенні ЄСПЛ від 18 грудня 2012 р. у справі “*Ahmet Yildirim v. Turkey*”¹⁶. На нашу думку, визнаючи право невизначеного кола осіб на інформаційні відносини за посередництва цих сайтів та обмежуючи втручання держави у відповідні відносини, Суд захистив право роботів (механізмів сайтів) на належне функціонування у суспільстві.

Розвиток інформаційних технологій спонукає шукати нові підходи для їх правового регулювання. О. Керр у статті “Економічне розуміння права на обшук та вилучення” пояснює, як Верховний Суд США, реагуючи на технологічні новації, міняє доктрину застосування четвертої поправки до Конституції США, якою передбачені гарантії недоторканності особи:

Суд зберігає баланс між повагою до приватності та необхідністю розслідувати злочин. Коли нові технології розширюють можливості держави,

¹⁵ *Cengiz and Others v Turkey* App nos 48226/10 and 14027/11 (ECtHR, 1 December 2015).

¹⁶ *Ahmet Yildirim v Turkey* App no 3111/10 (ECtHR, 18 December 2012).

суд встановлює необхідні правові обмеження; коли нові технології звужують можливості держави, суд прибирає зайві правові обмеження <...>. Наприклад, у багаторічній практиці судів США була сформована доктрина, відповідно до якої зовнішнє спостереження поліції за помешканням не є обшуком, для проведення якого потрібен ордер <...>. Однак після того, як в оперативних заходах почали застосовуватися тепловізори, що дають можливість бачити контури людей і предметів у помешканні, Верховний Суд США змінив цю доктрину і постановив, що застосування тепловізора становить обшук та потребує отримання судового ордера¹⁷.

Аналогічні зміни викликані розвитком технології телефонного зв'язку:

Перший час телефонами користувалися лише у бізнесі та для екстрених дзвінків, і Верховний Суд США у низці рішень не визнавав прослуховування телефону втручанням у сферу особистої недоторканності <...>. Після того, як телефони поширилися і стали часто використовуватися у приватному спілкуванні, суд постановив, що для прослуховування телефону потрібен ордер¹⁸.

О. Керр звертає увагу на прийняте в 2014 р. рішення Верховного Суду США у справі “*Riley v. California*”, яким визнано неконституційність вилучення поліцією та вивчення змісту мобільного телефону без судового дозволу. У рішенні голова суду Дж. Робертс відніс телефон до захищеної законом сфери особистої автономії як “інформаційне помешкання” людини:

Обшук мобільного телефону, вилученого з кишені, зазвичай може відкрити поліції більше, ніж навіть дуже прискіпливий обшук оселі. Телефон не тільки містить у цифровій формі багато чутливих записів, які раніше можна було знайти у будинку, він також містить широкий масив приватної інформації, яку в жодній домівці не можна знайти ні за яких обставин <...>. Сучасні мобільні телефони не простий продукт технологій, їх зміст дає змогу американцям контролювати особисте життя. Той факт, що технології дають змогу особі тримати всю цю інформацію на долоні, не робить інформацію менш цінною чи менш вартою правового захисту. Тому поліція має отримувати дозвіл на обшук мобільного телефону¹⁹.

Прикладом поширення особистої автономії на інформаційні відносини є і рішення ЄСПЛ у справі “*Bărbulescu v. Romania*”. Заявник скаржив-

¹⁷ O Kerr, ‘An Economic Understanding of Search and Seizure Law’ (2016) 164 University of Pennsylvania Law Review 591.

¹⁸ O Kerr, ‘An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment’ (2011) 125 Harvard Law Review 476.

¹⁹ Case 13-132 *Riley v California* (U S Supreme Court, 25 June 2014).

Юрій Шеляженко

ся, що румунські суди в порушення його права на приватне життя не задовольнили позов стосовно незаконного розірвання трудового контракту та звільнення з роботи за прямо заборонене роботодавцем користування робочим комп'ютером у приватних цілях, зокрема, спілкування через мережу Інтернет із братом та невісткою за допомогою програми *Yahoo Messenger*. У рішенні Великої палати ЄСПЛ було висловлено таку правову позицію:

Стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод захищає право на розвиток особистості та особистої автономії <...>. Стаття 8 гарантує право на приватне життя у широкому сенсі, включаючи право на приватне соціальне життя, розвиток своєї суспільної ідентичності. У цьому розумінні це право закріплює можливість спілкуватися з іншими для створення та підтримання соціальних зв'язків <...>. Служби швидких повідомлень у мережі Інтернет необхідні людям для спілкування, що дає змогу керувати приватним соціальним життям. Відправка та отримання таких повідомлень підпадає під охорону таємниці кореспонденції, навіть якщо вони відправлені з комп'ютера роботодавця <...>. Однак суд зауважує, що роботодавець вказував заявнику у цій справі та іншим працівникам утримуватися від будь-якої особистої діяльності на робочому місці <...> і встановив систему моніторингу використання інтернету працівниками <...>. Процес і зміст спілкування заявника у цій справі відстежувався та записувався <...>, зокрема й обмін приватними повідомленнями із невісткою та братом. Деякі з цих повідомлень мали інтимну природу <...>. У жодному разі вказівки роботодавця не можуть звести до нуля приватне соціальне життя на робочому місці <...>. Суд бере до уваги, що національні суди у цій справі зважували інтереси, з одного боку, заявника, зацікавленого у повазі до свого приватного життя, а з другого – роботодавця, зацікавленого здійснювати моніторинг та вживати дисциплінарні заходи для належного управління працею <...>. Суд вважає, що на національному рівні не було забезпечено належний захист права заявника на повагу до приватного життя та кореспонденції і в результаті не дотримано чесного балансу між зважуваними інтересами. Отже, було порушено статтю 8 Конвенції²⁰.

Той факт, що в конфлікті автономії роботодавця при визначенні правил трудової дисципліни та особистої автономії найманого працівника (див. § 70 рішення) при самостійній організації свого життя, праці, інформаційних відносин ЄСПЛ захистив автономію працівника, підтверджує справедливість раніше висловлених автором цієї статті доводів на користь подальшого доопрацювання проекту Трудового кодексу

www.pravoia.com.ua

²⁰ *Bărbulescu v Romania* App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017).

України, для першої редакції якого характерне ‘перебільшення автономії роботодавців в ущерб автономії працівників та профспілок’²¹.

Можна наводити й інші приклади, коли правосуддю доводилося розсіювати сумніви у легальності переформатування правових відносин за допомогою інформаційних технологій. Європейський Суд справедливості у рішенні від 22 жовтня 2015 р. у справі C-264/14 на запит Вищого адміністративного суду Швеції роз’яснив, що надання послуг із обміну реальних валют на віртуальну валюту “біткойн” відповідно до Директиви 2006/112/ЄС є транзакціями, які не оподатковуються податком на додану вартість²². Той же суд в іншій справі поширив правові гарантії національно-професійної автономії особи на доступ до інформаційних технологій у професійній практиці: відповідно до рішення від 18 травня 2017 р. у справі C-99/16 відмова компетентних органів у країні – члені Європейського Союзу (далі – ЄС) надати роутер для доступу до приватної віртуальної мережі юристів ліцензованому в іншій країні ЄС юристу з підстав, що він не ліцензований у цій країні ЄС, становить обмеження свободи надання послуг, передбаченої у ст. 4 Директиви 77/249/ЄЕС і статтях 56, 57 Лісабонської угоди про функціонування ЄС²³.

Як слушно зазначає О. Бусол, ‘безпека штучного інтелекту має бути пріоритетом в його розробці’²⁴. Наслідками недостатньої уваги до проблем кібербезпеки є те, що інформаційні технології стають інструментами гібридної війни, популізму, тероризму та інтернаціональної злочинності, використовуються для розробки і поширення комп’ютерних вірусів та деструктивних для нормальних суспільних відносин інформаційних продуктів.

Зупинити розвиток інформаційних технологій неможливо; як цензура не зупинила книгодрукування і, зрештою, була заборонена практично в усіх цивілізованих країнах через антидемократичність. Амбіційні прагнення американського адвоката Д. Томпсона перекласти провину за підліткову злочинність на розробників та продавців комп’ютерних ігор закінчилися тим, що він був оштрафований та позбавлений адвокатської ліцензії Верховним Судом Флориди²⁵. Крім того, одним із актуальних питань сьогодення є застосування штучного інтелекту в правосудді.

²¹ Ю Шеляженко, ‘Автономія суб’єктів трудового права у контексті практики Європейського Суду з прав людини та проекту Трудового кодексу України’ у Л Джурак (ред), *Проблеми забезпечення прав і свобод людини, їх захисту в країнах Європи: III міжнародна конференція* (Вежа-Друк 2016) 105.

²² Case C-264/14 *Skatteverket v David Hedqvist* [2015] ECJ.

²³ Case C-99/16 *Jean-Philippe Lahorgue v Ordre des avocats du barreau de Lyon and Others* [2017] ECJ.

²⁴ О Бусол, ‘Потенційна небезпека штучного інтелекту’ (2015) 14 Інформація і право 120.

²⁵ A Leigh, ‘Anti-Game Lawyer Jack Thompson Permanently Disbarred’ (*Gamasutra*, 25 September 2008) <https://www.gamasutra.com/view/news/111358/AntiGame_Lawyer_Jack_Thompson_Permanently_Disbarred.php> accessed 21 February 2018.

М. Селіванов пропонує вирішувати судові справи машинним способом, щоб зменшити судові витрати, зокрема, 'замінити рішення суддів висновками статистичних, евристичних алгоритмів'²⁶. Е. Фергюсон у книзі "Розвиток полісінгу великих даних" вказує, що алгоритми автоматичного обчислення ризиків у США використовуються поліцією при прийнятті рішень щодо арешту та суддями для визначення умов звільнення під заставу; ці алгоритми та вихідні дані іноді містять фактори соціально-економічної дискримінації, недооцінюють здатність людини контролювати власне життя всупереч принципу поваги до особистої автономії. Закладені в алгоритми упередження за расою, віком, статтю, рівнем доходів тощо важко довести, бо розробники відмовляються розкрити алгоритми навіть на запити судів, і судді схильні задовольнятися посиланнями на комерційну таємницю. Е. Фергюсон пояснює це тим, що ріст злочинності в умовах економічної рецесії спонукає до непродуманих заходів: замість створення кращої та доступнішої освіти, рівних можливостей та надій на майбутнє технократи пропонують "кота в мішку", дешеві обіцянки всемогутності нових технологій без належної прозорості та підзвітності²⁷.

В. Юбенкс у праці "Автоматизована нерівність"²⁸ попереджає про небезпеку перетворення електронного урядування на "цифровий притулок для бідних", програмування злиднів та безправ'я через непосильні умови доступу до правосуддя, освіти та інших суспільних благ, упередженість даних і методів статистики, тестування та прогнозування, несправедливі алгоритми, які придушують особисту автономію, почуття людської гідності, віру у власні здібності, знання, досвід і волю досягати мети.

О. Золотар слушно стверджує, що інформаційне суспільство потребує запровадження глобальних стандартів демократії та прав людини, щоб не потрапити у "кіберрабство" цифрової диктатури²⁹. Небезпеку крайнощів "кібертиранії" та "кіберанархії" видно на прикладах поширення систем стеження за людьми, нав'язливого збирання персональних даних і маніпулювання ними для задоволення політичних та економічних амбіцій, блокування соціальних мереж, жорстокого конфлікту між транснаціональною індустрією розваг та "піратами" навколо копіювання продуктів інтелектуальної власності, які рекламуються навіть у країнах, де переважна більшість мешканців матеріально неспроможна легально

²⁶ М Селіванов, 'Електронний суд: ІТ-технології в судовому процесі як спосіб покращення прогнозованості судових рішень' (2018) 1 Право України 114.

²⁷ A Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement* (New York University Press 2017) 272.

²⁸ V Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor* (St Martin's Press 2018) 272.

²⁹ О Золотар, 'Електронна демократія і цифрова диктатура' (2017) 23 Інформація і право 16.

придбати подібні продукти або їх аналоги. Спеціальні доповідачі Ради Організації Об'єднаних Націй з прав людини в галузі культурних прав попереджають про небезпечне для особистої автономії звуження доступу до науки та культури³⁰, критикують міжнародно-правове регулювання інтелектуальної власності за відірваність від парадигми прав людини, надання переваги економічним інтересам похідних правовласників, що мають більший за творців вплив на законодавчий процес, на шкоду особистій автономії авторів, креативній та академічній свободі³¹. Також постає проблема фіктивності автономії волі при укладенні договору шляхом натискання кнопки з написом на зразок “Погоджуюся з умовами угоди [V]” при інсталяції програмного забезпечення (далі – ПЗ) чи реєстрації на сайті в мережі Інтернет під тиском поширених у суспільстві уявлень про нормальність та необхідність таких дій, за умов, коли користувач натискає цю кнопку, не читаючи складного для розуміння тексту ліцензійної або користувацької угоди, згідно з яким розробник ПЗ чи сайту не несе відповідальності за його належне функціонування та може бути притягнутий до суду лише у віддаленій юрисдикції – наприклад, офшорі, де зареєстрована корпорація-розробник для мінімізації податків. Такі юридичні “пастки” можна виявити в англійських документах за допомогою правового робота *Lawbot.co*³² чи аналогічних.

Л. Лазебний у замітці “Від знання кодексів – до розуміння коду”³³, коментуючи підсумки конференції з ІТ-права Асоціації правників України та Міжнародної конференції юридичних інновацій *Legal Tech Kiev*, вказує на експансію інформаційних технологій у сфері права і висловлює думку, що частина завдань юристів-людей, зрештою, відійде до юристів-роботів, таких як *DoNotPay*, *OpenDataBot*, *SmartDoc*, *PatentBot*, *GobseckBot*, *OblavaBot* та ін. На думку Т. Оріоли, розробникам такого ПЗ нарівні з видавцями юридичної літератури має бути гарантована свобода вираження думки як (у Великій Британії уряд у 1987 р. ліквідував монополію юристів на складання правової документації) та критично аналізує рішення деяких судів США, наприклад, у справі “*New York County Lawyers’ Association v. Dacey*”, де суд вирішив, що неюрист може видати книгу зі зразками заповнення документів, та у справі “*Reynoso v. Frankfurt Digital Services*”, де суд вирішив, що автоматична система заповнення стандартних форм у процедурі банкрутства порушує забо-

³⁰ UNHRC, ‘Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights’ (2016) UN Doc A/HRC/31/59. URL: <http://undocs.org/A/HRC/31/59> (accessed: 21.02.2018).

³¹ UNHRC, ‘Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed’ (2014) UN Doc A/HRC/28/57. URL: <http://undocs.org/A/HRC/28/57> (accessed: 21.02.2018).

³² Lawbot, ‘Analyze contracts in 2 minutes’ <<http://www.lawbot.co>> accessed 21 February 2018.

³³ Л. Лазебний, ‘Від знання кодексів – до розуміння коду’ (2017) 177 Адвокат 2.

Юрій Шеляженко

рону на неліцензовану юридичну практику, оскільки надає персоналізовані поради³⁴.

Наскільки самостійними можуть бути машини у правових відносинах, визначатимуть законодавці та суди. Вирішення питань цивільної дієздатності роботів, подібно до обмеження та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи в порядку окремого провадження, потребуватиме експертизи фахівців, які мають дійти згоди у питанні суб'єктності машин. Адже якщо В. Яценко у монографії “Штучний інтелект: теорія, моделювання, застосування”³⁵ в окремому розділі під назвою “Штучна особа” наводить численні приклади самостійних програм з ознаками суб'єктності, то В. Касьянов у монографії “Суб'єктивний аналіз” категорично прив'язує суб'єктність до людяності:

Скоріш за все, буде створено штучний інтелект, який у певних якостях буде досконалішим та ефективнішим за людський інтелект, скажімо, за здатністю обчислювати <...>. Принципово навіть може бути створений комп'ютер, що “живе” власним “життям”, здатний вийти з-під контролю людини <...>. Але навіть такий комп'ютер буде лише “продовженням” людського інтелекту і не зможе зрівнятися із людиною через нездатність до спонтанної творчості та ірраціональної віри³⁶.

Парадоксально, але саме на основі моделі суб'єктності В. Касьянова дослідниця Л. Николайчук запатентувала корисну модель “Інформаційна нейромодель суб'єкта права”³⁷, у якій функції основного “інтелектуального атрибута” можуть виконуватись як людиною-оператором, так і кібернетичним засобом зі штучним інтелектом³⁸.

У книзі “Роботехніка: правові, етичні та соціально-економічні впливи” питання відповідальності роботів досліджується на основі “трьох законів роботехніки” А. Азімова, які зобов'язують робота дбати про безпеку людини і служити їй, та етичних принципів А. Вінфілда щодо цілковитої відповідальності людей за дії роботів; сам А. Вінфілд зізнається, що в своїй книзі у 2012 р. писав, що роботи не можуть бути етичними, але у 2013 р., ознайомившись із новими науковими публікаціями про навчання штучного інтелекту етиці та праву, змінив свою

³⁴ T Oriola, ‘The use of legal software by non-lawyers and the perils of unauthorised practice of law charges in the United States: a review of Jayson Reynoso decision’ (2010) 18 Artificial Intelligence and Law 285.

³⁵ В Яценко, *Искусственный интеллект: теория, моделирование, применение* (Логос 2013) 289.

³⁶ В Касьянов, *Субъективный анализ* (Национальный авиационный университет 2007) 512.

³⁷ Л Николайчук, ‘Інформаційна нейромодель суб'єкта права: патент України на корисну модель № 117659’ (*Цифрова патентна бібліотека*, 10 Липень 2017) <<https://library.uipv.org/eng/document?fund=28&id=237213>> дата звернення 21 Лютий 2018.

³⁸ Л Николайчук та А Вирховська, ‘Інформаційні моделі оператора комп'ютеризованої системи як суб'єкта права’ (2017) 15 Математичне та комп'ютерне моделювання 138.

думку та став вважати обов'язком людини створення етичних, відповідальних роботів³⁹.

При обговоренні правового статусу розумних машин науковці часто посилаються на “Три закони роботехніки”, сформульовані у збірці фантастичних оповідань А. Азімова “Я, робот”. На честь автора і його законів роботехніки у США за рішенням Палати представників Конгресу США щороку відзначається Національний тиждень роботехніки⁴⁰. Відповідно до футуристичного бачення А. Азімова конструктори роботів мають включати в кожен механічний мозок три непорушні правила поведінки:

Перший закон – робот не може завдати шкоди людині або своєю бездіяльністю допустити, щоб людині було завдано шкоду; другий закон – робот має підкорятися наказам людини, крім тих, які суперечать першому закону; третій закон – робот має дбати про власну безпеку, поки це не суперечить першому та другому закону⁴¹.

В оповіданні “Докази” з циклу “Я, робот” А. Азімов продемонстрував схожість людської етики та “законів роботехніки”, описавши робота, який працює прокурором, успішно балотується на посаду міського голови і при цьому розсіює сумніви громадськості, вороже налаштованої до роботів. Моделюючи застосування трьох законів роботехніки А. Азімова до державного механізму для запобігання несправедливим алгоритмам, автором цієї публікації у попередній праці було сформульовано “Три закони державотворення” для електронного уряду:

Перший закон – держава не може порушити права людини чи своєю бездіяльністю допустити, щоб права людини були порушені; другий закон – держава має задовольняти потреби людини, поки це не суперечить першому закону; третій закон – держава має дбати про самозбереження, поки це не суперечить першому та другому закону⁴².

Наведені формулювання відповідають принципам верховенства права, безпеки людини та нелегітимності тиранії.

Висновки. Нові інформаційні технології, змінюючи форму і сутність широкого кола правових відносин, зумовили неефективність значної кількості застарілих правових механізмів та створили необхідність шир-

³⁹ G Dekoulis (ed), *Robotics – Legal, Ethical and Socioeconomic Impacts* (InTech 2017) 180.

⁴⁰ Resolution Supporting the designation of National Robotics Week as an annual event (H Res 1055 – 111th Congress, 9 March 2010). URL: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-resolution/1522/text> (accessed: 21.02.2018).

⁴¹ Isaac Asimov, *I, Robot* (Gnome Press 1950) 253.

⁴² Y Sheliashenko, ‘Computer Modeling of Personal Autonomy and Legal Equilibrium’ (Cybernetics and Algorithms in Intelligent Systems: 7th Computer Science On-line Conference, Zlin, April 2018).

шого застосування, а іноді й переосмислення фундаментальних принципів права, у новій галузі права – ІТ-праві (праві інформаційних технологій), об'єктом якого є технічно розвинуті суспільні відносини, зокрема й застосування машин (роботів) для автоматичного виконання роботи в інтересах людей, наприклад, вирішення завдань юридичної практики. Один із основних принципів філософії права – принцип особистої автономії, тобто здатності особи бути джерелом і суб'єктом власного права, контролювати своє життя та поведінку, формувати відповідно до власної волі свою індивідуальність та інтереси – у сфері права інформаційних технологій виявляється в розширенні кола можливостей правомірної реалізації та захисту особистої автономії, у формуванні нових технічних форм особистої автономії, штучних інтересів та індивідуальних ідентичностей, штучних осіб, які потребують визначення правового статусу та правового регулювання. Щоб бути ефективним, таке правове регулювання має здійснюватися на основі субсидіарності, тобто довіряти особам самостійно організувати і контролювати користування інформаційними технологіями та втручатися лише у разі нездатності осіб уникати очевидних загроз, вирішувати проблеми і конфлікти. Не посягаючи на автономність суспільних відносин, де застосовуються інформаційні технології, необхідно утверджувати в них верховенство права шляхом опанування інструментарію захисту прав людини, визначення і розвитку безпечних форм технологічної свободи, виявлення, упередження та подолання небезпек і зловживань в ІТ-сфері. Також, враховуючи зростаюче значення роботів у нормальному житті цивілізованого суспільства та успішні розробки в сфері штучного інтелекту, здатного приймати самостійні рішення у правових відносинах, слід розглянути можливість визнання конституційних прав роботів, зокрема, прав на існування, належне функціонування, захист законом, пов'язаних із обов'язками роботів служити людям. У дискусії про права роботів сформувалися два підходи до вирішення питання їх правового статусу, які однаково заслуговують на увагу: по-перше, це відповідальність людей, що створюють і програмуєть роботів, користуються та володіють ними; по-друге, це необхідність вбудовувати в програму кожного робота технічні гарантії правомірного функціонування, що мають бути невід'ємною частиною системи прийняття машиною самостійних рішень, яка може розглядатись як штучна особиста автономія машини. Для примусового притягнення розумних машин до відповідальності за неправомірне функціонування може застосовуватися часткова чи повна деактивація у різних формах: обмеження доступу та (або) функціональних можливостей, переведення у режим ручного управління та ремонту, блокування, відключення,

ліквідація, заборона тощо. Правосуддя, стикаючись з експансією інформаційних технологій у правові відносини, має за прикладом Верховного Суду США, Європейського Суду справедливості та ЄСПЛ дбати про збереження усталеної рівноваги прав та обов'язків, пристосовуючи існуючі правові механізми до нових реалій, застосовуючи фундаментальні принципи права для розвитку правових механізмів тоді, коли старі правові технології вже не допомагають ефективно утверджувати верховенство права.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN> (accessed: 21.02.2018) (in English).
2. Resolution Supporting the designation of National Robotics Week as an annual event (H Res 1055 – 111th Congress, 9 March 2010). URL: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-resolution/1522/text> (accessed: 21.02.2018) (in English).

Cases

3. Case 13-132 *Riley v California* (U S Supreme Court, 25 June 2014) (in English).
4. *Bărbulescu v Romania* App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017) (in English).
5. *Cengiz and Others v Turkey* App nos. 48226/10 and 14027/11 (ECtHR, 1 December 2015) (in English).
6. *Ahmet Yıldırım v Turkey* App no 3111/10 (ECtHR, 18 December 2012) (in English).
7. Case C-264/14 *Skatteverket v David Hedqvist* [2015] ECJ (in English).
8. Case C-99/16 *Jean-Philippe Lahorgue v Ordre des avocats du barreau de Lyon and Others* [2017] ECJ (in English).

United Nations documents

9. UNHRC, 'Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed' (2014) UN Doc A/HRC/28/57. URL: <http://undocs.org/A/HRC/28/57> (accessed: 21.02.2018) (in English).
10. UNHRC, 'Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights' (2016) UN Doc A/HRC/31/59. URL: <http://undocs.org/A/HRC/31/59> (accessed: 21.02.2018) (in English).

Bibliography

Authored books

11. Asimov Isaac, *I, Robot* (Gnome Press 1950) (in English).
12. Bernal P, *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy* (Cambridge University Press 2014) (in English).
13. Eubanks V, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor* (St Martin's Press 2018) (in English).

14. Ferguson A, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement* (New York University Press 2017) (in English).
15. James W, *The Will to Believe And Other Essays in Popular Philosophy* (Auckland 2010) (in English).
16. Murray A, *Information Technology Law: The Law and Society* (3rd edn, Oxford University Press 2016) (in English).
17. Schmidt E and Cohen J, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses, and Our Lives* (Vintage 2014) (in English).
18. Jashhenko V, *Iskusstvennyj intellekt: teoriya, modelirovanie, primenenie [Artificial Intelligence: Theory, Modeling, Application]* (Logos 2013) (in Russian).
19. Kas'janov V, *Sub'ektivnyj analiz: monografija [Subjective Analysis: Monograph]* (National Aviation University 2007) (in Russian).

Edited books

20. Dekoulis G (ed), *Robotics – Legal, Ethical and Socioeconomic Impacts* (InTech 2017) (in English).
21. Kharytonova O ta Kharytonov Y (eds), *IT-pravo: poniattia ta sutnist: monografiiia [IT Law: Concept and Essence: Monograph]* (Fenyks 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

22. Ashrafian H, 'Artificial intelligence and robot responsibilities: innovating beyond rights' (2014) 21 *Science and Engineering Ethics* 317 (in English).
23. – – , 'Intelligent robots must uphold human rights' (2015) 519 (7544) *Nature* 391 (in English).
24. Coeckelbergh M, 'Robot rights? Towards a social-relational justification of moral consideration' (2010) 12 *Ethics and Information Technology* 209 (in English).
25. Kerr O, 'An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment' (2011) 125 *Harv L Rev* 476 (in English).
26. – – , 'An Economic Understanding of Search and Seizure Law' (2016) 164 *Pa L Rev* 591 (in English).
27. Oriola T, 'The use of legal software by non-lawyers and the perils of unauthorised practice of law charges in the United States: a review of Jayson Reynoso decision' (2010) 18 *Artificial Intelligence and Law* 285 (in English).
28. Sheliashenko Y, 'Artificial Personal Autonomy and Concept of Robot Rights' (2017) 1 *European Journal of Law and Political Sciences* 17 (in English).
29. Busol O, 'Potentsiina nebezpeka shtuchnoho intelektu' ['Potential Danger of Artificial Intelligence'] (2015) 14 *Informatsiia i pravo* 120 (in Ukrainian).
30. Lazebnyi L, 'Vid znannia kodeksiv – do rozuminnia kodu' ['From Knowledge of the Codes – to Understanding of the Code'] (2017) 177 *Advokat* 2 (in Ukrainian).
31. Nykolaichuk L and Vyrkhovska A, 'Informatsiini modeli operatora kompiuteryzovanoi systemy yak subiekta prava' ['Information Models of a Computerized System Operator as the Entity at Law'] (2017) 15 *Matematychni ta kompiuterne modeliuвання* 138 (in Ukrainian).
32. Radutnyi D, 'Subiektivist shtuchnoho intelektu u kryminalnomu pravi' ['Artificial Intelligence as a Subject in Criminal Law'] (2018) 1 *Pravo Ukrainy* 123 (in Ukrainian).
33. Selivanov M., 'Elektronnyi sud: IT-tekhnologii v sudovomu protsesi yak sposib pokrashchennia prohnnozovanosti sudovykh rishen' ['Electronic Court: Using it in Judicial Process to Increase Predictability of Judgments'] (2018) 1 *Pravo Ukrainy* 114 (in Ukrainian).
34. Zolotar O, 'Elektronna demokratiia i tsyfrova dyktatura' ['E-Democracy and Digital Dictatorship'] (2017) 23 *Informatsiia i pravo* 16 (in Ukrainian).

Conference papers

35. Sheliashenko Y, 'Avtonomiia subiektiv trudovoho prava u konteksti praktyky Yevropeiskoho Sudu z prav liudyny ta proektu Trudovoho kodeksu Ukrainy' ['Autonomy of the Entities at Labor Law in the Context of the European Court of Human Rights' Case Law and the Draft Labor Code of Ukraine'] *Problemy zabezpechennia prav i svobod liudyny, yikh zakhystu v krainakh Yevropy: III mizhnarodna konfereniia konferenciia [Issues of Ensuring Human Rights and Freedoms, and Their Protection in the European Countries: Third International Conference]* (Vezha-Druk 2016) (in Ukrainian).

Theses

36. Sheliashenko Y, 'Computer Modeling of Personal Autonomy and Legal Equilibrium', (Cybernetics and Algorithms in Intelligent Systems: 7th Computer Science On-line Conference, Zlin, April 2018) (in English).

Websites

37. Hall C, 'Fortnite cheater and Epic Games settle lawsuit' (*Polygon*, 6 December 2017) <<https://www.polygon.com/2017/12/6/16741978/epic-fortnite-cheater-settlement-vraspir-dmca>> accessed 21 February 2018 (in English).
38. Lawbot, 'Analyze contracts in 2 minutes' <<http://www.lawbot.co>> accessed 21 February 2018 (in English).
39. Leigh A, 'Anti-Game Lawyer Jack Thompson Permanently Disbarred' (*Gamasutra*, 25 September 2008) <https://www.gamasutra.com/view/news/111358/AntiGame_Lawyer_Jack_Thompson_Permanently_Disbarred.php> accessed 21 February 2018 (in English).
40. Lyman J, 'Gamer Wins Lawsuit in Chinese Court Over Stolen Virtual Winnings' (*Tech News World*, 19 December 2003) <<https://www.technewsworld.com/story/32441.html>> accessed 21 February 2018 (in English).
41. Nykolaichuk L, 'Informatsiina neiromodel subiekta prava: patent Ukrainy na korynsnu model № 117659' ['Information Neuromodel of the Entity at Law: Patent of Ukraine for Utility Model'] UA patent no 117659 (*Patent Digital Library*, 10 July 2017) <<https://library.uipv.org/eng/document?fund=2&id=237213>> accessed 21 February 2018 (in Ukrainian).

Yurii Sheliashenko

PERSONAL AUTONOMY
IN THE INFORMATION TECHNOLOGY LAW

ABSTRACT. Implementation of the autonomy of will in legal relations through information technologies leads to the origination of new forms of individuality and interests, in particular, the artificial ones outside of the established approaches to legal regulation. Modern information technologies offer new opportunities for the exercise and protection of human rights and for cryptographic security of human privacy, but they also may become the tools used to commit offenses. Automatic decision-making simplifies legal procedures, but unfair algorithms impose inequality, exclusion and oppression.

The purpose of this article is to explore the concept of personal autonomy in IT- law and to make a forecast of its prospects, to describe the existing and necessary legal guarantees of individual self-control in the digital age.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 3 • 183-200

Юрій Шеляженко

The analysis of the practice of the US Supreme Court, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice demonstrates that administration of justice in the context of IT-expansion into legal relations creates the need to maintain the balance of rights and obligations, to adapt the existing legal mechanisms to new realities and apply the fundamental principles of law with a view to developing the legal mechanisms under the conditions when the old legal technologies are no longer able to efficiently facilitate the establishment of the rule of law.

One of the specific features of personal autonomy in the IT-law is the variability and unprecedented nature of its manifestations, and this requires that new legal mechanisms be created for the establishment of the rule of law based on the subsidiarity of law enforcement, trust and non-interference with the autonomous social relations in the IT-field, except for cases when it is required by law, for example, in case a person is unable to avoid obvious threats or solve problems and conflicts.

Given the increasing significance of robots (i.e. machines automatically working in the interests of humans) in the life of civilized society and the successful development of artificial intelligence able to make independent decisions with regard to legal relations, a need arises to consider the possibility of recognizing the constitutional rights of robots, in particular, the rights to existence, proper operation and protection under law which are linked to the duties of robots to serve humans. It is necessary to take care not only of the responsibility of humans for their robots and of robots for illegal operation, for example, in the form of deactivation, but also to ensure that the software of intelligent machines incorporates technical guarantees of legitimate operation and ethical prerequisites like the three laws of A. Azimov's robotics, which should be an integral part of the machine's system for independent decision-making and artificial personal autonomy, i. e. legal autonomy of artificial intelligence. In this context, the criteria of legal capacity of artificial intelligence may be established by law and applied by courts and law enforcement agencies, if necessary, with the involvement of artificial intelligence experts for the purpose of addressing the issue of a robot's forced deactivation, similarly to a forensic psychiatric expert examination to check the criminal delictual dispositive capacity and civil legal capacity of an individual.

KEYWORDS: personal autonomy; IT-law; privacy; artificial intelligence; legal regulation of information relations; laws of robotics; human rights; rights of robots.

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ*

Правові позиції Верховного Суду

Цивільна юрисдикція

ПРО ЗАХИСТ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ПРАВА КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ**

У статті 41 Конституції України вказано, що “ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним”.

Право користування є складовою права власності (ст. 89 Цивільного кодексу УРСР, ч. 1 ст. 317 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)).

Право власності та право користування земельною ділянкою набуваються у порядку, визначеному у Земельному кодексі України (далі – ЗК України), який також передбачає вичерпний перелік підстав для припинення таких прав.

Крім того, громадянин України, який у межах, наданих законодавством України набув права на земельну ділянку, не може нести негативних наслідків у зв'язку з порушенням процедури прийняття рішення органами влади чи місцевого самоврядування, які, як презюмується, діють у межах правового поля.

Так, у липні 2015 р. О. звернулася до суду з позовом, у якому просила зобов'язати відповідача здійснити на свою користь приватизацію земельної ділянки, посилаючись на те, що на виконання постанови Черкаського районного суду Черкаської області від 20 грудня 2007 р. у її власність перейшов житловий будинок, але у здійсненні державної реєстрації речових прав на спірний будинок було відмовлено, оскільки земельна ділянка не приватизована.

О. просила суд зобов'язати голів сільської ради, на території якої розміщений будинок, здійснити приватизацію земельної ділянки.

Рішенням Черкаського районного суду Черкаської області від 12 листопада 2015 р. у задоволенні позову відмовлено з тих підстав, що земельна ділянка не перебуває у складі земель комунальної власності сільської ради.

* Рубрика функціонує під егідою Єдиного порталу аналітики судової практики RATIO DECIDENDI.

** Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 квітня 2018 р. у справі № 707/1580/15-ц, провадження № 14-70цс18.

Ухвалою Апеляційного суду Черкаської області від 24 грудня 2015 р. рішення Черкаського районного суду Черкаської області від 12 листопада 2015 р. скасовано, провадження у справі закрито, оскільки сільський голова під час вирішення питання щодо надання земельної ділянки діяв як суб'єкт владних повноважень, тому спір повинен розглядатися адміністративним судом.

Перевіривши матеріали справи, Велика Палата Верховного Суду встановила такі обставини та дійшла висновків.

Постановою Черкаського районного суду Черкаської області від 20 грудня 2007 р. задоволено позов О. та зобов'язано ДП “Черкаське лісове господарство” провести приватизацію житлового будинку з господарськими спорудами на користь О., який перебував на балансі ДП “Черкаське лісове господарство” і відповідно до статей 1, 2 Закону України “Про приватизацію державного житлового фонду” був об'єктом приватизації, а позивачка зареєстрована і проживала у цьому будинку, тому мала право на його приватизацію.

За змістом мотивувальної частини постанови вказані житловий будинок і прибудинкові будівлі та споруди зведені у період з 1993 р., а до цього на вказаній земельній ділянці також розміщувався будинок лісника.

Також у постанові зазначено, що з 1991 р. позивачка користується вказаним житловим будинком, а відповідно, і земельною ділянкою, на якій він розташований, і правомірність користування О. цією земельною ділянкою не спростовано ані у постанові суду від 20 грудня 2007 р., ані при розгляді цієї справи.

Суд апеляційної інстанції, закриваючи провадження у справі, яка переглядається Великою Палатою Верховного Суду, зазначив, що спір про приватизацію земельної ділянки стосується здійснення органом місцевого самоврядування владних повноважень, пославшись при цьому на рішення Конституційного Суду України від 1 квітня 2010 р. у справі № 10-рп/2010.

Однак апеляційний суд не врахував, що при вирішенні питання щодо компетенції суду слід врахувати критерій суб'єктного складу спірних правовідносин, одним із яких є участь суб'єкта владних повноважень, визначити характер правовідносин, із яких виник спір, і кінцеву мету пред'явлення позову.

За своїм змістом земельний спір, що виник із розпорядження органом місцевого самоврядування землею комунальної власності, є складним і комплексним із правової точки зору. При прийнятті рішення про передачу земельної ділянки у власність ці органи, з одного боку, перебувають у статусі суб'єкта владних повноважень, а з другого – реалізують право власності на землю територіальної громади. Крім того, таке рішення як

правовий акт індивідуальної дії є підставою, з якої виникає речове право власності чи користування землею у суб'єктів приватного права.

Оспорювання рішення органу місцевого самоврядування поглинається спором про речове, приватне право, яке як могло належати особі до звернення до органу місцевого самоврядування, так і виникнути в результаті реалізації рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування, але захист якого відбувається у порядку цивільного судочинства у спосіб, характерний для приватноправових відносин.

Тобто можна зробити висновок, що земельні спори за участю фізичної особи можуть розглядатись як у порядку адміністративного, так і цивільного судочинства.

Підстав для визначення цього спору як адміністративного не вбачається, оскільки ч. 1 ст. 188 ЗК України від 2001 р. передбачає особливості набуття земельної ділянки у власність (її приватизацію) громадянами у разі, якщо вказана земельна ділянка перебуває у їх правомірному користуванні. Тобто у позивачки виникли відповідні цивільні права, які підлягають судовому захисту у порядку цивільного судочинства.

Оспорювання рішення органу місцевого самоврядування у цьому разі поглинається спором про речове, приватне право, яке належить особі до звернення до органу місцевого самоврядування. Таке право виникає і в результаті реалізації рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування, але його захист відбувається у порядку цивільного судочинства (ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України) у спосіб, характерний для приватноправових відносин.

З огляду на вказані норми Велика Палата Верховного Суду скасувала ухвалу суду апеляційної інстанції, а справу направила до цього суду для продовження розгляду.

Господарська юрисдикція

ПРО ОСКАРЖЕННЯ НАКАЗІВ УПОВНОВАЖЕНОЇ ОСОБИ ФОНДУ ГАРАНТУВАННЯ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ У ЧАСТИНІ ВИЗНАННЯ НІКЧЕМНИМИ ДОГОВОРІВ*

У липні 2016 р. ТОВ “ФК “Централ Капітал”” звернулося до Господарського суду міста Києва з позовом до ПАТ “Банк Петрокоммерц-Україна” (далі – Банк) про визнання недійсним одностороннього

* Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 квітня 2018 р. у господарській справі № 910/12294/16, провадження № 12-9зг18.

правочину Банку, оформленого наказом Уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (далі – Фонд), на здійснення тимчасової адміністрації Банку від 15 квітня 2016 р. про визнання нікчемними договорів; визнання недійсним цього ж наказу в частині визнання нікчемними договорів; визнання відсутнім права Банку вчиняти дії щодо застосування наслідків недійсності договорів, які визнані нікчемними.

Господарський суд міста Києва рішенням від 17 серпня 2016 р., залишеним без змін постановами Київського апеляційного господарського суду від 14 листопада 2016 р. та Вищого господарського суду України від 20 лютого 2017 р., позов задовольнив повністю.

10 травня 2017 р. Банк звернувся із заявою про перегляд Верховним Судом України і скасування вказаних судових рішень із підстав неоднакового застосування судами касаційних інстанцій норм матеріального та процесуального права, а також з підстав необхідності відступу судом касаційної інстанції від правових позицій Верховного Суду України при визначенні юрисдикції спору.

Велика Палата Верховного Суду, переглянувши судові рішення, дійшла таких висновків.

Згідно з правилами визначення юрисдикції адміністративних судів, визначальною ознакою справи адміністративної юрисдикції є характер спору. Публічно-правовим спором, на який поширюється юрисдикція адміністративних судів, є спір між учасниками публічно-правових відносин, що стосується саме цих відносин. Спір є приватноправовим, якщо до порушення приватного права чи інтересу призвели управлінські дії суб'єктів владних повноважень.

Так, Фонд відповідно до ст. 3 Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб” (далі – Закон) не є органом державної влади, а є установою, що виконує спеціальні функції у сфері гарантування вкладів фізичних осіб і виведення неплатоспроможних банків з ринку. Аналіз функцій Фонду, викладених у статтях 4, 37 Закону, свідчить, що він бере участь у правовідносинах у різних статусах: з одного боку, ухвалює обов'язкові для банків рішення, а з другого – здійснює повноваження органів управління банку, який виводиться з ринку.

У межах повноважень Фонду діє Уповноважена особа Фонду (ч. 4 ст. 37 Закону).

Зокрема, за положеннями частин 1 та 2 ст. 38 Закону Фонд зобов'язаний забезпечити збереження активів банку, забезпечивши перевірку правочинів (зокрема й договорів), вчинених (укладених) банком протягом одного року до дня запровадження тимчасової адміністрації банку, на предмет виявлення правочинів (зокрема й договорів), що є нікчемними з підстав, визначених у ч. 3 цієї статті.

У цій справі встановлено, що за результатом внутрішньої перевірки правочинів Банку оспорюваним наказом уповноваженої особи Фонду деякі правочини Банку віднесено до нікчемних.

Проте цей наказ є внутрішнім документом Банку, обов'язковим для виконання працівниками, і не породжує обов'язків у контрагентів Банку, оскільки обов'язок повернути майно (кошти) виникає у контрагентів не на підставі наказу про виявлення нікчемних правочинів, а на підставі закону (ч. 2 ст. 215 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)). Таке майно (кошти) може бути повернуто або добровільно, або у примусовому порядку на підставі судового рішення.

Щоб застосувати наслідки нікчемного правочину, Банк як сторона такого правочину повинен звернутися з відповідним позовом до суду. Вказане свідчить про відсутність у Фонду та його уповноваженої особи повноважень відносно контрагентів Банку у правочинах, віднесених у наказі до нікчемних.

Оскільки позивач оскаржує наказ про віднесення правочинів до нікчемних, виданий уповноваженою особою Фонду не як суб'єктом владних повноважень, а як органом управління Банком, що здійснює заходи із забезпечення збереження його активів і запобігання втрати майна та грошових коштів, такий спір не є публічно-правовим.

Водночас Велика Палата Верховного Суду вказала, що спір, який розглядається, не підвідомчий господарським судам відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) як справа про банкрутство.

Цей спір пов'язаний із процедурою визнання банку неплатоспроможним і його ліквідацією в порядку Закону, а не Закону України від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, і не є спором про банкрутство, а отже, має вирішуватися за правилами господарського судочинства з інших підстав, ніж передбачено наведеною нормою ГПК України, адже спори, які пов'язані з процедурою виведення неплатоспроможного банку з ринку, зокрема шляхом ліквідації, а також оскарження наказів Фонду щодо виявлених нікчемних правочинів, нетотожні спорам у справах про банкрутство.

Також Велика Палата Верховного Суду дійшла таких висновків.

Банк, який виводиться з ринку, до моменту припинення його державної реєстрації не позбавлений правосуб'єктності і може бути учасником різних правовідносин. Виконуючи функції виконавчого органу Банку (керівника Банку), від його імені у цих правовідносинах діє уповноважена особа Фонду.

Отже, відносини між сторонами господарських договорів, у яких бере участь Банк, якого як керівник представляє Уповноважена особа Фонду,

є приватноправовими. У цих правовідносинах Фонд та його Уповноважена особа, діючи від імені Банку, не має жодних владних повноважень щодо іншої сторони цих правочинів, не виступає у цих правовідносинах як самостійний суб'єкт, а Фонд не набуває самостійних прав та обов'язків, оскільки діє на підставі Закону від імені Банку.

Оспорюваний у цій справі наказ видано на підставі даних внутрішньої перевірки, проведеної працівниками Банку. Накази уповноваженої особи Фонду є обов'язковими для виконання виключно працівниками Банку (п. 2 ч. 4 ст. 37 Закону України "Про гарантування вкладів фізичних осіб"), такі накази не можуть містити жодних приписів, адресованих третім особам, зокрема контрагентам Банку.

З огляду на наведені вище положення законодавства та враховуючи те, що оспорюваним наказом визнані нікчемними договори, стороною яких є Банк, і Уповноважена особа Фонду не виступає у цих правовідносинах як суб'єкт владних повноважень, а діє від імені Банку, суди правильно визначили, що саме Банк є належним відповідачем у справі.

Щодо визнання наказу про нікчемність правочинів недійсним як одностороннього правочину, то Велика Палата Верховного Суду зазначила, що, дійсно, згідно з частинами 1 та 2 ст. 38 Закону Фонд зобов'язаний забезпечити збереження активів Банку, а саме забезпечити перевірку правочинів (зокрема договорів), вчинених (укладених) Банком протягом одного року до дня запровадження тимчасової адміністрації, на предмет виявлення правочинів (зокрема договорів), що є нікчемними з підстав, визначених у ч. 3 цієї статті.

Виявлені такі правочини є нікчемними з моменту укладення з огляду на закон (ч. 2 ст. 215 ЦК України та ч. 3 ст. 38 Закону) незалежно від того, чи була проведена передбачена у ч. 2 ст. 38 Закону перевірка правочинів Банку і виданий відповідний наказ. Такий наказ не може бути одностороннім правочином.

Проте при виявленні таких правочинів Фонд, його Уповноважена особа чи Банк не наділені повноваженнями визнавати або встановлювати правочини нікчемними.

Правочин є нікчемним відповідно до закону, а не наказу Банку, підписаного Уповноваженою особою Фонду. Тому сам факт видання наказу про нікчемність правочину не може вважатися порушенням прав іншої сторони правочину.

Наслідки нікчемності правочину також настають для сторін відповідно до вимог закону. Обов'язок повернути все одержане за нікчемним договором (правочином) виникає з огляду на вимоги закону, а не наказу чи повідомлення банку.

Відтак підстав для задоволення позову в частині визнання недійсним наказу як одностороннього правочину немає.

Крім того, у ч. 2 ст. 20 Господарського кодексу України до способів захисту прав і законних інтересів віднесено також визнання відсутності прав. Водночас, як зазначено вище, якщо сторона договору, укладеного з банком, не погоджується з правовою оцінкою банку такого правочину як нікчемного, банк вправі звернутися до суду про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину. Процесуальне право кожної особи на звернення до суду гарантоване законом, а його реалізація не може порушити прав позивача. Отже, позовна вимога про визнання відсутнім права Банку вчиняти дії щодо застосування наслідків недійсності договорів, які віднесено до категорії нікчемних, також не підлягає задоволенню.

За результатами розгляду заяви Велика Палата Верховного Суду з підстав неправильного застосування судом (судами) норм матеріального права, що призвело до неправильного вирішення спору, задовольнила заяву про перегляд, а судові рішення, що оскаржуються, – скасувала з прийняттям нового рішення про відмову в задоволенні позову.

Адміністративна юрисдикція

ПРО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПІВ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ, СЕРЕД ЯКИХ – РІВНІСТЬ УСІХ УЧАСНИКІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ ПЕРЕД ЗАКОНОМ І СУДОМ*

Порушення гарантій справедливого судового розгляду, а саме принципу рівності сторін, згідно з яким кожній стороні має бути надана можливість представити справу, включаючи докази у справі, за таких умов, щоб сторона не перебувала у гіршому становищі, ніж інша, є прямим порушенням ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Так, адміністративна справа заявниці С. про визнання протиправними дій управління Пенсійного фонду України (далі – ПФ України) та зобов'язання перерахувати пенсію згідно зі статтями 40 та 42 Закону України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” із застосуванням показника середньої заробітної плати за 2010 р., розглядалася у суді з травня 2011 р.

* Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 7 лютого 2018 р. у справі № 2а-3683/11.

Постановою Ленінського районного суду міста Дніпропетровська від 20 липня 2011 р. адміністративний позов С. задоволено. Дії управління ПФ України в Ленінському районі міста Дніпропетровська визнано протиправними та зобов'язано провести перерахунок пенсії.

Проте постановою Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 17 липня 2012 р. постанову Ленінського районного суду міста Дніпропетровська від 20 липня 2011 р. скасовано та прийнято нове рішення, яким у задоволенні позову відмовлено.

Справа в суді розглядалася у порядку скороченого провадження, передбаченого у ст. 183² Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України; тут і далі посилення на Кодекс у редакції, чинній на момент розгляду справи в суді першої та апеляційної інстанцій), рішення у справі судами обох інстанцій було прийнято без виклику сторін та без їх повідомлення про дату засідання за наявними у справі матеріалами, рішення суду апеляційної інстанції в касаційному порядку не переглядалося і набрало законної сили з моменту ухвалення.

Згодом С. подала до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) заяву проти України, у якій скаржилася на порушення своїх прав відповідно до ст. 6, а саме на те, що національний суд не повідомив її про здійснення апеляційного провадження у справі, у зв'язку з чим вона була позбавлена можливості подати заперечення стосовно поданої апеляційної скарги.

27 червня 2017 р. ЄСПЛ ухвалив рішення у справі “Лазаренко та інші проти України”, зокрема й за заявою С., № 15901/13, яким постановив, що Україна порушила стосовно заявниці п. 1 ст. 6 Конвенції – право на справедливий суд у зв'язку з недотриманням принципу рівності сторін. Рішення ЄСПЛ набуло статусу остаточного 27 вересня 2017 р.

13 листопада 2017 р. представник С. – А. подав до Верховного Суду України заяву про перегляд постанови Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 17 липня 2012 р. у справі № 2а-3683/11. Заяву мотивовано тим, що під час прийняття рішення апеляційним судом було порушено принцип рівності сторін, оскільки С. не було повідомлено про відкриття апеляційного провадження у справі, у зв'язку з чим у неї не було можливості скористатися правом подати заперечення на апеляційну скаргу і викласти доводи на підтримку своєї позиції; апеляційний суд порушив вимоги норм процесуального права, якими встановлено обов'язок направлення копії ухвали про відкриття апеляційного провадження особам, які беруть участь у розгляді справи, з метою надання заперечень на апеляційну скаргу, що, зі свого боку, вплинуло на змагальність сторін, рішення, прийняте за результатами апеляційного роз-

гляду справи, також не було направлено на її адресу. Отже, оскаржувана С. постанова суду апеляційної інстанції прийнята без дотримання вимог п. 1 ст. 6 Конвенції, про що вказано в рішенні ЄСПЛ від 27 червня 2017 р. у справі “Лазаренко та інші проти України”.

Розглянувши у судовому засіданні заяву С., заслухавши доводи її представника, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що заява підлягає задоволенню.

ЄСПЛ у рішенні від 27 червня 2017 р. у справі “Лазаренко та інші проти України” постановив, що національними судами було порушено п. 1 ст. 6 Конвенції, де визначено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

Також ЄСПЛ у цьому ж рішенні, вказуючи на порушення Україною п. 1 ст. 6 Конвенції, виходив із того, що національне законодавство України містить спеціальні норми щодо забезпечення інформування сторін процесу про основні процесуальні дії і дотримання таким чином принципу рівності сторін та зберігання відповідної інформації, оскільки загальна концепція справедливого судового розгляду охоплює фундаментальний принцип змагальності процесу.

У пункті 36 рішення у цій же справі ЄСПЛ звернув увагу, що принцип рівності сторін вимагає надання кожній стороні розумної можливості представляти свою справу за таких умов, які не ставлять одну зі сторін у явно гірше становище порівняно з протилежною стороною (рішення у справах “Домбо Бехеер Б. В. проти Нідерландів” та “Авотінш проти Латвії”). Кожній стороні має бути забезпечена можливість ознайомитися із зауваженнями або доказами, наданими іншою стороною, зокрема й із апеляційною скаргою, та надати власні зауваження з цього приводу. Під загрозою стоїть впевненість сторін у функціонуванні правосуддя, яке ґрунтується, зокрема, на усвідомленні того, що вони мали змогу висловити свої думки щодо кожного документа в матеріалах справи (рішення у справі “Беер проти Австрії”).

За змістом п. 37 цього рішення ЄСПЛ ст. 6 Конвенції не можна тлумачити як таку, що встановлює певну форму обслуговування судової кореспонденції (ухвали щодо прийнятності заяв у справах від 5 лютого 2004 р. “Богонос проти Росії” та від 24 січня 2017 р. “Бац проти України”). Від національних органів влади також не вимагається забезпечення бездоганного функціонування поштової системи (рішення у справі від 7 червня 2007 р. “Загородніков проти Росії”). Водночас загальна концепція справедливого судового розгляду охоплює фундаментальний принцип змагальності процесу (рішення у справі від 23 червня 1993 р.

“Руїз-Матеос проти Іспанії”), вимагає, щоб особу, щодо якої порушено провадження, було поінформовано про цей факт (рішення у справі від 4 березня 2014 р. “Діліпак та Каракая проти Туреччини”). Невручення стороні належним чином судових документів може позбавити його або її можливості захищати себе у провадженні (рішення у справі від 21 травня 2015 р. “Заводнік проти Словенії”).

Українським законодавством було визначено принципи адміністративного судочинства, серед яких – рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом.

Цей принцип реалізується, зокрема, наданням особам, які беруть участь у справі, рівних процесуальних прав та обов’язків, до яких, крім іншого, віднесено право знати про дату, час і місце судового розгляду справи, про всі судові рішення, які ухвалюються у справі та стосуються їхніх інтересів, а також право давати усні та письмові пояснення, доводи та заперечення.

Проте ЄСПЛ було констатовано, що апеляційне провадження у цій справі було проведено з такими порушеннями, які призвели до позбавлення особи можливості надати свої заперечення щодо апеляційної скарги, поданої державним органом, і це призвело до порушення принципу рівності сторін.

Велика Палата Верховного Суду вказала, що згідно зі ст. 10 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” з метою забезпечення відновлення порушених прав стягувача, крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру: а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який стягувач мав до порушення Конвенції (*restitutio in integrum*); б) інші заходи, передбачені у рішенні. Відновлення попереднього юридичного стану стягувача здійснюється, зокрема, шляхом повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі.

З огляду на характер (зміст) дій суду апеляційної інстанції під час вирішення справи за позовом С., оцінка яким надана у рішенні ЄСПЛ, можна дійти висновку, що було порушено гарантії справедливого судового розгляду, а саме принцип рівності сторін, згідно з яким кожній стороні має бути надана можливість представити справу, включаючи докази у справі, за таких умов, щоб сторона не перебувала у гіршому становищі, ніж інша.

Зважаючи на зміст та висновки, викладені в рішенні ЄСПЛ щодо порушень Конвенції та вимог національного законодавства в контексті

ЩОДО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ ОСОБИ ДОТИ, ДОКИ ЦЬОГО НЕ БУДЕ ДОВЕДЕНО...

цієї справи, а також порушень норм процесуального права, Велика Палата Верховного Суду встановила, що ці порушення можуть бути усунуті шляхом скасування постанови Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 17 липня 2012 р. із направленням справи до апеляційного суду на новий розгляд для ухвалення рішення відповідно до вимог процесуального законодавства.

Кримінальна юрисдикція

ЩОДО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ ОСОБИ ДОТИ, ДОКИ ЦЬОГО НЕ БУДЕ ДОВЕДЕНО ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНУ*

Презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини відповідно до положень ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 62 Конституції України і ч. 1 ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) полягає у тому, що особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Так, ухвалою Приморського районного суду міста Одеси від 22 вересня 2014 р. задоволено клопотання прокурора прокуратури Приморського району міста Одеси – О. звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого у ч. 2 ст. 367 Кримінального кодексу України (далі – КК України), на підставі п. 2 ч. 1 ст. 49 КК України у зв'язку з закінченням строків давності, а кримінальне провадження щодо О. закрито на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 цього Кодексу.

Згідно з ухвалою суду органами досудового розслідування О. підозрювалася у тому, що, виконуючи обов'язки начальника відділення № 1 Кредитної спілки, вчинила службову недбалість, тобто неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, що спричинило тяжкі наслідки.

* Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 3 травня 2018 р. у кримінальному провадженні № 522/116/14-к.

Ухвалою Апеляційного суду Одеської області від 30 серпня 2017 р. ухвалу суду першої інстанції щодо О. залишено без змін, а апеляційну скаргу адвоката в інтересах З. – без задоволення.

У касаційній скарзі адвокат, діючи в інтересах З., просив скасувати ухвали суду першої та апеляційної інстанцій щодо О. і призначити новий розгляд у суді першої інстанції у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону. Він зазначав, що, приймаючи рішення щодо О., суд першої інстанції допустив порушення положень ст. 6 Конвенції, ст. 62 Конституції України та статей 17, 372 КПК України щодо презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, оскільки незаконно дав оцінку діям З. та встановив факт вчинення З. злочинів.

Суд касаційної інстанції, переглядаючи судові рішення, констатував, що Конституцією України встановлені права, свободи та обов'язки людини і громадянина. Зокрема, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ст. 62).

Зазначені права і свободи мають своє відображення у загальних заходах кримінального провадження, а саме у презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, яка відповідно до ч. 1 ст. 17 КПК України полягає у тому, що особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню доти, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Відповідно до ч. 5 зазначеної статті поведження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

До того моменту, коли обвинувальний вирок суду набере законної сили, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, а тому відповідні державні органи повинні поводитися з нею як із невинуватою особою (рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі “Аллєне де Рібемон проти Франції”).

Презумпція невинуватості буде порушена, якщо посадова особа висловлює думку про винність особи, обвинуваченої у вчиненні злочину, коли цього не було доведено відповідно до закону. Чи порушує твердження посадової особи про винність обвинуваченого принцип презумпції невинуватості, має бути з'ясовано в контексті тих фактичних обставин, у яких цей висновок було зроблено (рішення ЄСПЛ у справі “Габчук проти України”).

ЩОДО ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ ОСОБИ ДОТИ, ДОКИ ЦЬОГО НЕ БУДЕ ДОВЕДЕНО...

Проте, переглядаючи кримінальне провадження, суд касаційної інстанції встановив, що суди першої та апеляційної інстанцій при прийнятті рішень щодо О. дотрималися зазначених вимог закону стосовно висновків про винуватість О. у вчиненні кримінального правопорушення, але висновків про винуватість безпосередньо З. у вчиненні кримінальних правопорушень рішення судів не містять.

Керуючись статтями 436, 438 КПК України, п. 15 розділу XI “Перехідні положення” КПК України у редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII, суд касаційної інстанції ухвалу Приморського районного суду міста Одеси від 22 вересня 2014 р. та ухвалу Апеляційного суду Одеської області від 30 серпня 2017 р. щодо О. залишив без змін, а касаційну скаргу адвоката в інтересах З. – без задоволення.

Постанова Верховного Суду є остаточною та оскарженню не підлягає.

ВИЗНАЧНІ ЮРИСТИ

ПРОФЕСОР ФІЛІП СЕНДС – СВІТОВИЙ АВТОРИТЕТ ІЗ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ МІЖНАРОДНО-ЮРИДИЧНОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ



Філіп Сендс (*Filippe Sands*) – відомий британський юрист-міжнародник, професор Лондонського університетського коледжу, дослідник проблем теорії та практики міжнародного права (насамперед права прав людини), міжнародний адвокат, учасник численних сучасних міжнародних правозахисних процесів, письменник, митець.

Народився у місті Лондоні 17 жовтня 1960 р. у британській родині єврейського походження, коріння якої сягає Східної Галичини (Львівщини). Ступінь бакалавра права (*LLB B.A.*) здобув у коледжі Корпус Крісті (*Corpus Christi College*) Кембриджського університету, а згодом (1982 р.) – ступінь магістра права (*LLM M.A.*). Після закінчення аспірантури у Кембриджському університеті Ф. Сендс працював у Гарвардській школі права як запрошений дослідник.

Протягом 1984–1988 рр. був науковим співробітником Сент-Катарінс коледжу (*St. Catharine's College*) у Кембриджі і Кембриджського наукового центру міжнародного права (нині – Центр міжнародного права ім. Г. Лаутерпахта). Згодом обіймав науково-викладацькі посади в Лондонському університеті й Університетському коледжі Лондона (1988–1993 рр.), у Нью-Йоркському університеті (1993–2003 рр.). Неодноразово виступав із лекціями у багатьох університетах світу (зокрема, у Торонто, Блюмінгтоні, Мельбурні, Парижі, Львові) з міжнародного публічного права, врегулювання міжнародних конфліктів, а також міжнародного екологічного

права та охорони навколишнього природного середовища і природних ресурсів.

Протягом багатьох років Ф. Сендс активно провадить величезну роботу як адвокат-практик. 1985 р. його було запрошено до адвокатської колегії Англії та Уельсу. 2000 р. він став співзасновником адвокатської палати “Матрікс”, а 2003 р. призначений радником Королеви Англії. Є також одним із співзасновників, а нині – керівників Центру міжнародного права охорони навколишнього природного середовища (відділення цієї інституції розташоване у Вашингтоні (США) та у Женеві (Швейцарія)) і Центру міжнародних судів та трибуналів (Лондон). Брав участь у розгляді низки міждержавних спорів у рамках процедур Міжнародного Суду ООН та Європейського суду з прав людини (зокрема, у справі “Грузія проти Росії”, 2008 р.).

Виступав консультантом або адвокатом у справах, які стосувалися, зокрема: спорів щодо морських кордонів (Карибський регіон, Атлантичний і Тихий океани); позовів щодо використання природних ресурсів, забруднення та оцінки шкоди, завданої навколишньому природному середовищу; міжнародних торгівельних спорів; питань імунітету чинних та колишніх глав держав від юрисдикції національних та міжнародних судів; позовів, поданих відповідно до Конвенції ООН з морського права; позовів, предметами яких були застосування насильства, використання тортур, геноцид та інші порушення прав людини. Зокрема, неодноразово брав участь у міжнародному судовому правозахисті, виступаючи, зокрема, при розгляді справи А. Піночета у Лондоні, а також у справах про військові злочини, вчинені у Конго, Югославії, Руанді, Іраку, Гватемалі.

До моменту його призначення на посаду арбітра Міжнародного центру врегулювання спорів щодо інвестицій, Ф. Сендс працював радником цього центру, а також надавав консультації при вирішенні інших спорів щодо інвестицій.

З-поміж основних праць професора Ф. Сендса слід відзначити книгу “Безправний світ: створення та ламання глобальних правил” (“*Lawless World: Making and Breaking Global Rules*”, 2005 р.). Вона викликала великий громадський резонанс в Англії, оскільки стосувалася питання законності ведення війни 2003 р. в Іраці. У ній розглядалося широке коло питань, включно зі згаданим судом над А. Піночетом, формування Міжнародного кримінального суду, боротьба з тероризмом і створення центру для розміщення ув’язнених у Гвантанамо.

Книга “Команда тортур: спогади Рамсфелда і зрада американських цінностей” (“*Torture Team: Rumsfeld’s Memo and the Betrayal of American Values*”, 2008 р.) детально охарактеризувала роль адміністрації Прези-

дента США Дж. Буша у санкціонуванні тортур, застосовуваних у Гвантанамо. Ця праця викликала настільки гостру міжнародну реакцію, що її автора було запрошено до участі в обговоренні висвітлених у ній питань у парламентах та інших вищих урядових структурах декількох країн (США, Англія, Данія).

Із 2010 по 2015 рр. професор Ф. Сендс щорічно приїжджав до Львова (де ще на початку ХХ ст. проживав його дід), готуючи унікальну документально-публіцистичну книгу про вихованців юридичного факультету Львівського університету першої третини ХХ ст. – Герша Лаутерпахта і Рафала Лемкіна, які нині визнані одними з основних фундаторів сучасного міжнародного права прав людини. Ця книга вперше вийшла друком 2016 р. у Лондоні під назвою “Східно-Західна вулиця. Джерела геноциду та злочинів проти людяності” (*“East-West Street. On the Origins of the Genocide and Crimes Against Humanity”*). Згодом вона була перекладена іншими мовами у понад 20-ти країнах, ставши справжнім світовим бестселером.

Улітку 2017 р. цю працю було опубліковано українською мовою у Львові під назвою “Східно-Західна вулиця. Повернення до Львова” та презентовано особисто автором на черговому щорічному Форумі видавців.

У названій праці автору вдалося органічно поєднати детальний опис історичних подій, конкретну біографічну інформацію про основних дійових осіб книги, про їхні погляди, діяльність, творчість із власними аналітичними висновками й оцінками. На її сторінках переплітаються життєві долі численних людей, народів, культур, релігій, словом – відкривається широка панорама європейської історії першої половини ХХ ст. – історії складної, суперечливої, нерідко драматичної, але фактично правдивої. Як наслідок, перед читачем розгортається широке, можна сказати епічно-історичне полотно праволюдннно-захисного спрямування, на тлі якого розвивалися і набували практичного значення правові світогляди Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна. Таке значення проявилось насамперед у тому, що опублікована весною 1945 р. книга Г. Лаутерпахта “Міжнародний білля прав людини” (*“An International Bill of Rights of Man”*) (у якому викладені авторські проекти такого Білля і спеціального органу ООН з контролю за його дотриманням). Вказана книга через два роки була роздана членам очолюваної Е. Рузвельт робочої групи (комітету) Комісії ООН з прав людини, котрій було доручено підготувати проект саме “Міжнародного білля прав людини” (пізніше названого ООН “Загальна Декларація прав людини”). Одну з частин означеної праці присвячено життю і творчості не менш колоритного науковця і діяча – Р. Лемкіна. Як відо-

мо, згодом він став автором першої в історії людства концепції злочину “геноцид” й основним співавтором Конвенції ООН про заборону цього злочину і встановлення відповідальності за його вчинення. (До речі, цей документ було ухвалено Генеральною Асамблеєю ООН навіть на день раніше, ніж Загальну Декларацію прав людини – 9 грудня 1948 р.)

За матеріалами книги Ф. Сендса її автором розроблено кіносценарій і знято документально-публіцистичний фільм “Мій нацистський спадок: що зробили наші батьки”, який було неодноразово відзначено різними нагородами на декількох міжнародних кінофестивалях (у США, Швейцарії, Данії). До того ж вона покладена в основу авторського сценарію театралізованої постановки “Пісні добра і зла”, яка демонструвалася у Львові восени 2017 р.

Уся наукова, творча та практична діяльність професора Ф. Сендса відзначається принциповою, безкомпромісною боротьбою за забезпечення, охорону та захист основоположних прав людини, боротьбою з їх порушеннями де і коли б вони не відбувалися (навіть і в його рідній країні). Отож не буде перебільшенням вважати Ф. Сендса одним із видатних сучасних юристів-гуманістів із праволюдської проблематики, визначним юристом-міжнародником правозахисного спрямування.

*Петро Рабінович
доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка*

*Святослав Добрянський
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ЮВІЛЯРИ

ЮВІЛЕЙ
ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
СЕРГІЯ ГУСАРОВА
(до 65-річчя від дня народження)



Сергій Гусаров народився 24 березня 1953 р. у місті Лозова Харківської області у родині Миколи Івановича та Євдокії Степанівни Гусарових. Понад 30 років свого життя присвятив охороні правопорядку, захисту прав і свобод громадян та інтересів суспільства. У 1972 р. закінчив Харківський автотранспортний технікум, у 1980 р. – Харківський автодорожній інститут за спеціальністю “Автомобільний транспорт”, у 1985 р. – Харківський юридичний інститут (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого) за спеціальністю “Правознавство”. Трудову діяльність розпочав слюсарем, працював майстром і старшим майстром Харківського АТП 27062. З 1972 р. по 1974 р. служив у лавах Радянської армії, з 1974 р. по 1976 р. працював інженером військової частини № 97873.

Як працівник органів внутрішніх справ пройшов шлях від рядового до генерал-полковника міліції, від інспектора – до першого заступника міністра внутрішніх справ – начальника головного штабу. Зокрема, починав службу в Лозівському райвідділі міліції старшим інспектором; працював начальником Барвінківського районного відділу внутрішніх справ (1986–1993); під його керівництвом три роки поспіль колектив Барвінківського районного відділу внутрішніх справ визнавався кращим у Харківській області; очолював управління Державної автомобільної

інспекції Харківської області (1993–1997); був заступником начальника УМВС України в Харківській області (1997–1999); керував управлінням МВС України на Південній залізниці (1999–2000); працював першим заступником начальника Управління ДАІ МВС України (2000–2001); начальником управління МВС України в Харківській області (2001–2003); у 2003 р. визнаний кращим начальником УМВС серед областей України.

Під час перебування на керівних посадах у харківській міліції С. Гусаров приділяв посилену увагу поліпшенню умов праці підлеглих, організував будівництво навчального полігону для вдосконалення професійної підготовки працівників органів внутрішніх справ і житлових будинків для їхніх сімей, а також ініціював спорудження першого в Україні Меморіального комплексу з каплицею і встановлення пам'ятника загиблим працівникам міліції Харківщини. За ініціативи С. Гусарова встановлено меморіальні дошки генералу І. Покусу, полковникам О. Бондарю та Л. Чернецькому.

З метою соціального захисту ветеранів органів внутрішніх справ і родин працівників міліції, загиблих під час виконання службових обов'язків у боротьбі зі злочинністю, він ініціював створення соціального центру “Злагода” (м. Харків).

У 2003 р. С. Гусаров призначений першим заступником міністра внутрішніх справ України – начальником головного штабу (2003–2005), протягом тривалого часу виконував обов'язки міністра внутрішніх справ.

Ювіляр – людина активної життєвої позиції, в якій поєдналися талант вченого, політика та громадського діяча. Він неодноразово обирався депутатом Харківської обласної ради (1994, 1998, 2002, 2006), брав активну участь у розробці й реалізації програм розвитку соціальної сфери Харківської області, приділяючи особливу увагу розвитку території громад і потребам своїх виборців.

У 2006 р. обраний народним депутатом України V скликання. У Верховній Раді України С. Гусаров очолював підкомітет законодавчого забезпечення і парламентського контролю за діяльністю правоохоронних органів, плідно займався законотворчою діяльністю з удосконалення законодавства у сфері правоохоронної діяльності.

У 2008–2010 рр. С. Гусаров – ректор Академії управління Міністерства внутрішніх справ; у 2010 р. обраний народним депутатом України VI скликання, першим заступником Голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики.

У 2012 р. його обрано членом-кореспондентом Національної академії правових наук України. В Інституті законодавства Верховної Ради Украї-

ни С. Гусаров – член спеціалізованої вченої ради з захисту кандидатських та докторських дисертацій, здійснює наукове керівництво здобувачами наукового ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності “Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право”. У його науковому доробку понад 100 публікацій, серед яких монографії, підручники, навчальні та навчально-методичні посібники. Він автор і співавтор понад 20 законопроектів.

З 2012 по 2015 рр. – ректор Харківського національного університету внутрішніх справ. Із перших днів своєї діяльності С. Гусаров визначив пріоритети, дотримуючись яких університет покращив свою роботу в усіх напрямках діяльності – навчальному, науковому, виховному процесі, удосконаленні матеріально-технічної бази. У виші було відремонтовано й обладнано мультимедійною технікою аудиторний фонд, спеціалізовані аудиторії, побудовано літній спортивний майданчик для гри у футбол, баскетбол та волейбол, смугу перешкод для відпрацювання курсантами професійних навичок, навчальні полігони – криміналістичний та райвідділ, відкрито стаціонарне відділення медико-санітарної частини з ізолятором, побудовано аудиторію-амфітеатр, два тири (один із них – мультимедійний), автодром для набуття водійської майстерності.

Для культурно-естетичного та патріотичного виховання молоді в університеті на громадських засадах був створений Університет культури. У межах його роботи відбуваються різноманітні культурно-освітні та спортивні заходи. Символом наступності поколінь та збереження кращих традицій у вихованні працівників органів внутрішніх справ стало відкриття меморіальної дошки на честь Л. Волощука – першого керівника Харківської обласної школи міліції, з якої бере свій початок Харківський національний університет внутрішніх справ, та скульптурної композиції “Випускник університету”, присвяченої колишнім і майбутнім поколінням курсантів і студентів Харківського національного університету внутрішніх справ.

Під керівництвом ректора університету С. Гусарова весною 2014 р. науковці, викладачі, офіцери курсової ланки, працівники навчального закладу стали на захист будівлі Харківської обласної державної адміністрації від сепаратистів, виявивши мужність, патріотизм і вірність Присязі. Міністр внутрішніх справ України А. Аваков нагородив С. Гусарова відомчою відзнакою “За антисепаратистську діяльність”.

У 2015 р. йому присвоєно вчене звання професора. Він – засновник наукової школи з питань адміністративної діяльності Національної поліції, головний редактор збірника наукових праць “Вісник Харківського

національного університету внутрішніх справ”, голова редакційної ради газети “Служимо Закону” (до речі, саме за ініціативи ректора С. Гусарова випуск цього видання було поновлено після тривалої перерви), голова спеціалізованої вченої ради Д 64.700.01 із правом проведення захистів дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора (кандидата) наук зі спеціальностей 12.00.07 – “адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право” (юридичні науки) та 12.00.09 – “кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність” (юридичні науки).

Сьогодні С. Гусаров є членом цієї ж спеціалізованої вченої ради. Основні напрями його наукових досліджень: питання кримінального, адміністративного права та боротьби з правопорушеннями, управління державними органами. Він – професор кафедри адміністративного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ. Читає лекції слухачам магістратури, багато спілкується з молоддю, передаючи свій життєвий та професійний досвід. Бере активну участь в організації навчальної, наукової, національно-патріотичної роботи університету, у покращенні матеріально-технічної бази навчального закладу.

С. Гусаров має почесні та спеціальні звання та відзнаки – “Генерал-майор міліції” (1999), “Генерал-лейтенант міліції” (2001), “Генерал-полковник міліції” (2004), “Заслужений юрист України” (2001), лауреат премії “За розвиток науки, техніки і освіти” II ступеня, Почесний громадянин м. Барвінкове, Почесний громадянин м. Харкова.

Нагороджений відзнакою Міжнародної Кадрової Академії – золотою медаллю “За ефективне управління”, орденами “За заслуги” III та II ступенів (2003; 2011), Почесними грамотами Кабінету Міністрів України (2003) та Верховної Ради України (2008), відзнаками МВС України “За військову доблесть”, “Лицарю звитяги”, “Хрест Слави”, “Закон і честь” та ін. За особисті видатні досягнення у сфері практичного застосування права, активну участь у суспільному житті, становленні правової держави та реальному втіленні принципу верховенства права відзначений найвищою нагородою Союзу юристів України – “Видатний юрист України”.

Серед захоплень С. Гусарова – вільна боротьба у молоді роки, зараз – шахи та теніс. 20 років поспіль очолює Харківську обласну федерацію шахів, активно сприяє розвитку шахового спорту в регіоні. У березні 2018 р. члени Харківської обласної федерації шахів вкотре переобрали його президентом, виявивши цим свою довіру і повагу.

Життєве кредо С. Гусарова: “Завжди дотримуюсь моральних принципів, які були закладені ще в дитинстві моїми батьками, – жити й працювати по совісті”.

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” щиро вітають шановного Сергія Гусарова з ювілейною датою та сердечно бажають йому доброго здоров’я, благополуччя, творчого натхнення і подальшої плідної праці!

ПАМ'ЯТІ ВЧЕНИХ-ПРАВознавців

СВІТЛИЙ ПАМ'ЯТІ
АКАДЕМІКА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ,
АКАДЕМІКА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ВАЛЕНТИНА МАМУТОВА



15 березня 2018 р. на 91-му році пішов із життя академік Національної академії наук України, академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, почесний директор Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України Валентин Мамутов.

Валентин Мамутов – людина з великим серцем, який із турботою ставився до колег, друзів і знайомих. Не було жодної миті, коли б він не дослухався до тих проблем, із якими зверталися до нього не лише науковці, а й юристи-практики, представники центральних і місцевих органів державної влади, органів місцевого самоврядування, керівники підприємств, установ та організацій.

Як істинний патріот держави, В. Мамутов завжди замислювався над шляхами вибудовування взаємовідносин у суспільстві, організації влади та адміністративно-територіального устрою. Саме завдяки його зусиллям було закладено підвалини постійно діючої дискусійної платформи “Місто, регіон, держава: проблеми розподілу повноважень”. Вказані слова було надалі покладено в основу тематичного напрямку численних міжнародних конференцій та круглих столів, які проводилися під керівництвом академіка.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 3 • 223-225

В. Мамутов був цілеспрямованою та відданою справі людиною. Зокрема, про це свідчить його плідна біографія та активна трудова діяльність, поєднана з науковою, а згодом і суто наукова робота.

У Свердловську (нині – Єкатеринбург) розпочалася його юридична кар'єра – у 1950–1956 рр. він працював на посаді державного арбітра. Потім в Україні – на посаді начальника юридичного відділу в Міністерстві будівництва підприємств вугільної промисловості УРСР, Міністерстві вугільної промисловості УРСР, Донецького раднаргоспу.

Увесь цей час В. Мамутов поєднував практичну роботу з науковою діяльністю, а з 1966 р. розпочалася його безпосередня наукова діяльність. У 1966–1969 рр. він обіймав посади заступника керівника з наукової роботи Донецького відділення Інституту економіки Академії наук УРСР, у 1969–1992 рр. був заступником директора з наукової роботи та завідувачем відділу економіко-правових проблем Інституту економіки промисловості Академії наук УРСР.

Із 1992 р. очолив створене за його поданням і клопотанням Відділення економіки Національної академії наук України Інститут економіко-правових досліджень НАН України. Протягом багатьох років очолював цей Інститут, а починаючи з 2013 р. і до останнього часу обіймав посаду почесного директора.

Окрім того, протягом всього свого життя В. Мамутов брав активну участь у науково-організаційній і громадській діяльності. У 1992 р. його було обрано членом Ради Спілки юристів України, запрошено до складу Комісії Кабінету Міністрів України з економічної реформи, до Соціально-економічної ради при Президентові України. Він був членом Президії Національної академії правових наук України, Міжнародного комерційного арбітражного суду. Очолював Донецький регіональний науковий центр НАПрН України, Координаційне бюро з господарського права НАПрН України, був членом бюро Відділення економіки НАН України, головою спеціалізованої Вченої ради при Інституті економіко-правових досліджень НАН України, почесним доктором Ужгородського національного університету, заступником голови Донецького наукового центру НАН України та Міністерства освіти і науки України. Він двічі обирався головою Експертної ради Вищої атестаційної комісії України з юридичних наук, очолював редакцію наукового журналу “Економіка та право” і входив до складу редколегій багатьох інших журналів.

Навіть складно пелічити всі його здобутки, якими він збагатив не лише українську, а й світову науку.

Зокрема, В. Мамутов – один із фундаторів науки господарського права, засновник Донецької школи господарського права, наукової школи

містознавства та економіко-правового міждисциплінарного напрямку у сучасному суспільствознавстві, який розвинувся на базі теорії господарського права, розробник Господарського кодексу України та видатний педагог.

Наукові здобутки В. Мамутова – це понад 600 наукових праць. Під його керівництвом було захищено більш ніж 30 кандидатських і докторських дисертацій.

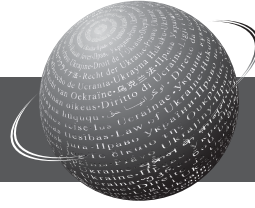
За плідну наукову і науково-організаційну діяльність В. Мамутова було нагороджено, зокрема, почесною грамотою Верховної Ради УРСР (1978, 1988), орденом Дружби народів (1981), премією Академії наук УРСР ім. О. Г. Шліхтера (1982), медаллю “Ветеран праці” (1984), медаллю “10 років незалежності України” (2001), Почесною грамотою Верховної Ради України (2003), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003), орденом князя Ярослава Мудрого V, IV та III ступенів (2003, 2008, 2012), Почесною відзнакою Міністерства вугільної промисловості України “Шахтарська слава” (2003) і Почесною відзнакою Асоціації правників України “За честь і професійну гідність” (2009 р.) та ін.

Колектив Інституту економіко-правових досліджень НАН України глибоко сумує із приводу смерті В. Мамутова.

Висловлюємо глибоке та щире співчуття рідним і близьким.

Світла пам'ять про В. Мамутова буде жити у серцях колег, друзів та учнів.

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” висловлюють щирі співчуття рідним і близьким із приводу смерті Валентина Мамутова. Вічна пам'ять!



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на 2018 р. (с. 183)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Юридичний журнал

“ПРАВО УКРАЇНИ”

3
2018

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 19.04.2018. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 18,5. Обл.-вид. арк. 14,86.
Зам. Д-0719-1413. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Мельникова, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press
www.book-on-demand.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р.