

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

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

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/Юу-2021-09

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

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Емейл: editor.pravoua@gmail.com

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

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)
(з 2014 р.)

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

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ HONORIS CAUSA

Співголови Ради

Василь ТАЦІЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Анатолій ДОВГЕРТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав КОМАРОВ, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр КОСТЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь НОР, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола ПАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПЕТРО РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛІВАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛІВОН, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій ЮЩИК, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан СТЕФАНЧУК (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр СВЯТОЦЬКИЙ (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег ПОСИКАЛЮК (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна КОЛОМОЄЦЬ (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія РЕЗНІКОВА (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Ольга СЕРЕДА (заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Юрій ГАЛАЄВСЬКИЙ (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя АНТОНЮК, к. юрид. наук, доц.; Юрген БАЗЕДОВ (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій БАРАБАШ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген БАРАШ, д. юрид. наук, проф.; Олександр БАТАНОВ, д. юрид. наук, проф.; Юрій БАУЛІН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир БЕВЗЕНКО, д. юрид. наук, проф.; Антоніна БОБКОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; Олександр БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир БУРДІН, д. юрид. наук, проф.; Тетяна ВІЛЬЧИК, д. юрид. наук, проф.; Ірина ВЕНЕДІКТОВА, д. юрид. наук, проф.; Марсело ГАЛУППО (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило ГЕТМАНЦЕВ, д. юрид.

наук, проф.; Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Оксана Гришук, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, доц.; Володимир Ермоленко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Джозеф Зігеле (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Іван Калаур, д. юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, доц.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д. юрид. наук, проф.; Олександра Кологойда, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олексій Кот, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Володимир Кравчук, д. юрид. наук, проф.; Василь Крат, к. юрид. наук, доц.; Олексій Кресін, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнецова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Василь Лемак, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Леонід Лобойко, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспєник, к. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, к. юрид. наук; Павло Любченко, д. юрид. наук, проф.; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д. філософії (Ph.D.), доц.; Олександр Мережко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошніченко, д. юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олесь Отраднава, д. юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д. юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Погрібний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Борис Поляков, д. юрид. наук, проф.; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сенюта, д. юрид. наук, проф.; Світлана Сєрьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипніюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, проф.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Інна Спасібо-Фатєєва, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук;

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Устименко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, чл.-кор. НАПрН України; Спиридон Флогагітіс (SPYRIDON FLOGAITIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, доц.; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д. юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шептько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. 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; 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; Юридична фірма “Юрлайн”

ПАРТНЕРИ

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

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВНІСТЬ:
ПОНАД ТИСЯЧОЛІТНЯ ТРАДИЦІЯ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ”

Вступ до актуальної теми	9
Руслан Стефанчук Традиція безперервності української державності	12
Олександр Святоцький Поняття, ознаки, атрибути та символи державності	22
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО	
Роман Мартинюк Конституційна реформа в Киргизстані 2021 року: зміна форми правління	26
Микола Самбор Праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань	40
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС	
Ганна Колісникова, Євгенія Тупицька Принцип добросовісності в регулюванні споживчих договорів у цивільному праві України	57
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС	
Вікторія Резнікова Стандарт доказування “вірогідність доказів” у господарському судочинстві	66
ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО	
Тетяна Дроботова, Інна Кульчій Практика Верховного Суду щодо правового режиму окремих категорій земель	86
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС	
Оксана Хабло Набуття статусу підозрюваного у разі неможливості безпосереднього вручення письмового повідомлення про підозру	103

ПРАВО УКРАЇНИ • 2021 • № 9 • 5-6

ЗМІСТ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Микола ПАНОВ
Кваліфікація кримінальних правопорушень:
поняття і кримінально-правове значення. 117

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

ALIZADEN HUSEYN OKTAY
Theoretical and Legal Approaches to the Classification
of Information-Legal Violations. 144

ASLANOV RAMIL MAHIR
Issues Concerning Protection of Confidential Information
in the Activities of State Bodies: Legal and Practical Analysis 155

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

Ірина Левандовська
До питання визначення категорії “окрема думка судді”
у сучасному конституційному праві 163

Тетяна Острікова
Правовий статус авторизованого економічного оператора
в Україні 182

Галина Парусова
Нормотворча колізія у питанні виконання продавцем обов’язку
за договором купівлі-продажу майбутнього об’єкта нерухомості
щодо передачі у власність покупцеві об’єкта нерухомого майна. 193

РЕЦЕНЗІЇ

Сергій Максимов, Семен Стеценко
З любов’ю до теорії та філософії права: до виходу у світ нового
навчального посібника професора Петра Рабіновича
(рецензія на навчальний посібник Петра Рабіновича
“Основи теорії та філософії права”) 204

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Джерелом юридичного статусу української мови
як державної є державотвірна роль української нації
та незалежна державність України. 208

www.pravoua.com.ua

Актуальна тема наступного номера:
“ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО
ТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“UKRAINIAN STATEHOOD:
OVER A MILLENNIUM TRADITION OF STATE FORMATION”

INTRODUCTION TO THE CENTRAL TOPIC	9
RUSLAN STEFANCHUK Tradition of Continuity of Ukrainian Statehood	12
OLEKSANDR SVIATOTSKYI Concept, Signs, Attributes and Symbols of Statehood	22
CONSTITUTIONAL LAW	
ROMAN MARTYNIUK Constitutional Reform in Kyrgyzstan in 2021: a Change in the Form of Government	26
MYKOLA SAMBOR Legal Understanding of the Content of the Right to Freedom of Peaceful Assembly	40
CIVIL LAW AND PROCESS	
HANNA KOLISNYKOVA, EVGENIYA TUPYTSKA Principle of Fairness in the Regulation of Consumer Agreements in the Civil Law of Ukraine	57
ECONOMIC LAW AND PROCESS	
VIKTORIYA RIEZNIKOVA Standard of Proof “Probability of Evidence” in Economic Procedure	66
LAND LAW	
TETIANA DROBOTOVA, INNA KULCHII The Supreme Court’s Practice of the Legal Regime of Certain Categories of Land	86
CRIMINAL LAW AND PROCESS	
OKSANA KHABLO Acquisition of the Status of a Suspect if Service of Written Notice of Suspicion Is Impossible	103

TABLE OF CONTENTS

CURRENT ISSUES OF QUALIFICATION OF CRIMINAL OFFENSES

MYKOLA PANOV

Qualification of Criminal Offenses:
the Concept and Criminal Legal Significance 117

INFORMATION LAW

ALIZADEH, HUSEYN OKTAY

Theoretical and Legal Approaches to the Classification
of Information-Legal Violations 144

ASLANOV RAMIL MAHIR

Issues Concerning Protection of Confidential Information
in the Activities of State Bodies: Legal and Practical Analysis 155

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

IRYNA LEVANDOVSKA

On the Definition of the Category “Separate Opinion of a Judge”
in Modern Constitutional Law 163

TETYANA OSTRIKOVA

Legal Status of the Authorized Economic Operator in Ukraine 182

HALYNA PARUSOVA

Regulatory Development Conflict in the Issue of Fulfilment
by the Seller of the Obligation Under the Contract of Sale
and Purchase of the Future Real Estate Object
on the Transfer of Ownership to the Buyer of the Real Estate Object 193

REVIEWS

SERGIY MAKSYMOM, SEMEN STETSENKO

With Love for the Theory and Philosophy of Law:
on the Publication of a New Textbook by Professor Petro Rabinovych
(Review of the Textbook by Petro Rabinovych
“Fundamentals of the Theory and Philosophy of Law”). 204

DOCTRINE IN CASE LAW

The Source of the Legal Status of the Ukrainian Language
as the State Language is the State-Building Role of the Ukrainian Nation
and the Independent Statehood of Ukraine 208

www.pravolia.com.ua

Central Topic of the Next Issue:

“DOCTRINE OF ADMINISTRATIVE
AND ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW OF UKRAINE”

ІПАВО



Актуальна тема номера:

“УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВНІСТЬ: ПОНАД ТИСЯЧОЛІТНЯ ТРАДИЦІЯ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ”



Руслан Стефанчук

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
Голова Верховної Ради України,
голова Редакційної ради юридичного журналу
“Право України”

Олександр Святоцький

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України,
головний редактор юридичного журналу “Право України”



ВСТУП ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

24 серпня ми святкуємо День Незалежності України, а цього року – 30 років. Це чудове свято, але ми маємо розуміти, що це фактично день відновлення незалежності України, тому що нашій державі більше тисячі років. Ми – унікальна держава, яка є однією з найстаріших у Європі. Ми маємо визнати цей факт, очистити історичне коріння від зазіхань і спробувати довести всьому світові, що будь-які спроби анексувати історію України будуть безуспішними.

Саме тому чимало авторів об’єдналися задля того, щоб історія української державності була увіковічена в книзі “Українська державність: історико-правничі нариси”¹, загальнонаціональна презентація якої відбулася 11 жовтня 2021 р. у Національному заповіднику “Софія Київська”².

¹ *Українська державність: історико-правничі нариси* (Юридичне видавництво “Право України”, Всеукраїнська правозахисна організація “Меморіал” імені Василя Стуса 2021).

² Світлана Чорна, ‘Книга “Українська державність” має стати настільною для кожного державного діяча’ (*Голос України*, 03.10.2021) <<http://www.golos.com.ua/article/352280>> (дата звернення: 21.10.2021).

Чому ми вирішили написати саме книгу? Тому що про українську державність, насамперед всі ми, дізнавалися саме із книг, таких як “Повість минулих літ”, “Бертинські хроніки” та ін.

Вважаємо, що книга “Українська державність: історико-правничі нариси” – це одна з найбільш потужних цеглин, яка може стати основою відродження Української державності. Адже в ній комплексно та змістовно, на основі первинних історичних документів, проаналізовано всі питання, які стосуються Української державності.

Це фундаментальне наукове дослідження, обсягом майже тисячу сторінок, до якого увійшли 22 нариси відомих українських істориків і правників, філологів, богословів та журналістів³. Загалом до появи книги долучилися десятки людей і їхній внесок важко переоцінити. Унікальність цієї праці полягає насамперед у тому, що вона стала основою державотворчих процесів в Україні: на її підставі Президент України видав указ про встановлення Дня Української Державності⁴.

Слід зазначити, що Президент України В. Зеленський подав законопроект до парламенту, щоб законодавчо закріпити День Української

³ МИХАЙЛО САВЧИН, РУСЛАН СТЕФАНЧУК “Нарис перший. Традиція безперервності української державності”; ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ, МАРТА БАРАНДІЙ, ІГОР БОЙКО “Нарис другий. Українська державність: витоки, етапи становлення та розвитку”; ДМИТРО ГОРДІЄНКО, ВІТАЛІЙ КЛОС, ГРИГОРІЙ ПІВТОРАК “Нарис третій. Вірата мова – атрибути української державності”; МАРІЯ МІРОШНИЧЕНКО “Нарис четвертий. Звичаєве право в спадкоємному розвитку української державності”; МИХАЙЛО ВІДЕЙКО “Нарис п’ятий. Витоки державності в історико-географічному ареалі України в прадавню добу”; МИХАЙЛО ВІДЕЙКО, ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ “Нарис шостий. Протодержавні утворення на теренах України в добу раннього Середньовіччя”; ОЛЬГА ЩОДРА “Нарис сьомий. Початки Русі-України”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ “Нарис восьмий. Києво-Руська держава (IX–XIII ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ “Нарис дев’ятий. Галицько-Волинська держава. Королівство Русь (XII–XIV ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, СВІТЛАНА КОВАЛЬОВА “Нарис десятий. Литовсько-Руська держава (др. пол. XIV – др. пол. XVI ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, СВІТЛАНА КОВАЛЬОВА “Нарис одинадцятий. Українська державність у період перебування українських земель у складі Королівства Польського та Речі Посполитої (др. пол. XIV – др. пол. XVIII ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, “Нарис дванадцятий. Традиції української державності на українських землях у складі Угорського королівства, Молдавського князівства, Османської імперії. Кримське ханство (XI–XVIII ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ “Нарис тринадцятий. Запорозьке козацтво в традиції української державності”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, ОЛЕКСАНДЕР СИТНИК “Нарис чотирнадцятий. Українська козацька держава ‘Військо Запорозьке’ (XVII – др. пол. XVIII ст.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, ОЛЕКСАНДЕР СИТНИК “Нарис п’ятнадцятий. Відродження традицій української державності на українських землях у складі Російської, Австрійської та Австро-Угорської імперій (др. пол. XVIII – пер. чв. XX ст.)”; ПЕТРО ЗАХАРЧЕНКО, ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, ОЛЕКСАНДЕР СИТНИК, РАДИМ ГУБАНЬ “Нарис шістнадцятий. Українська державність доби Української національної революції (1917–1921 рр.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, МАРІАН ТОКАР, БОГДАН МОРКЛЯНИК “Нарис сімнадцятий. Українська державність на західноукраїнських землях та Буковині. Карпатська Україна (1919–1939 рр.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, ГУЛЬНАРА БЕКІРОВА, ІГОР ЯКУБОВСЬКИЙ, НІНА ЛАПЧИНСЬКА, АНАТОЛІЙ ПОДОЛЬСЬКИЙ “Нарис вісімнадцятий. Боротьба за українську державність у період Української СРР/РСР (1919–1991 рр.)”; ВАЛЕРІЙ СМОЛІЙ, РУСЛАН СТЕФАНЧУК, ОЛЕКСАНДР СТАРОВОЙТ, ОКСАНА КОЛЯДА, ЯНА ІСЛАМОВА, ЯРОСЛАВ ПАВЛОВСЬКИЙ “Нарис дев’ятнадцятий. Українська державність після відновлення незалежності України (з 24 серпня 1991 р.)”; СТЕПАН КУБІВ, ОЛЬГА СЕРЕДА, ЄВГЕН БІДЕНКО, ВІКТОР КАРПОВ “Нарис двадцятий. Символи української державності крізь віки”; СТЕПАН КУБІВ, РУСЛАН СТЕФАНЧУК, ОЛЬГА СЕРЕДА “Нарис двадцять перший. День державності у світі та запровадження його в Україні”; НІНА ЛАПЧИНСЬКА, ІГОР ЯКУБОВСЬКИЙ, АНДРІЙ КРАВЕЦЬ, “Нарис двадцять другий. Всеукраїнська правозахисна організація ‘Меморіал’ імені Василя Стуса на шляху утвердження української державності (з 1989 р.)”.

⁴ Про День Української Державності: Указ Президента України від 24 серпня 2021 р. № 423/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/423/2021#Text>> (дата звернення: 21.10.2021).

Державності святковим днем⁵. Адже згідно з п. 7 ч. 2 ст. 92 Конституції України державні свята встановлюються виключно законами. Законопроектом № 5864 передбачається внести зміну до ст. 73 Кодексу законів про працю України, доповнивши її новим абзацом щодо встановлення 28 липня Дня Української Державності як святкового дня. Цей законопроект є логічним продовженням Указу Президента України “Про День Української Державності”, який був підписаний ним під час святкування 30-ї річниці Незалежності України, і є надзвичайно важливим актом, який створює державотворчу спроможність України, закріплює нас спадкоємцями попередніх держав, які існували на території України. Ухвалення законопроекту № 5864 сприятиме утвердженню спадкоємності понад тисячолітньої історії українського державотворення.

Вважаємо, що ми повинні відвойовувати кожен сантиметр своєї історії, розчищати наше історичне коріння. Адже ми – самодостатня нація, для якої дуже важливо юридично закріплювати спадкоємність українського державотворення і підіймати його рівень. Тож, сподіваємося, законопроект № 5864 підтримають народні депутати.

Вогонь, який був запалений нашими видатними київськими князями Аскольдом, Святославом Хоробрим, Ярославом Мудрим, Володимиром Мономахом, гетьманом Іваном Мазепою та його сподвижником Пилипом Орликом, діячами УНР, українськими націоналістами і вояками УПА, а також багатьма і багатьма іншими видатними постатями, не згас. Ми не мислимо української державності без Михайла Грушевського, Симона Петлюри, Романа Шухевича, Степана Бандери... У їхніх іменах – тяглість свободи.

Ми, український народ, таки справді маємо понад тисячолітні традиції своєї державності і є єдиними спадкоємцями великої та могутньої Києво-Руської держави, Королівства Руського, Української козацької держави “Військо Запорозьке”, УНР, ЗУНР і такої держави, як Карпатська Україна, та Української Держави, Акт про відновлення якої було проголошено 30 червня 1941 р. Українськими Національними Зборами під проводом ОУН та її лідера Степана Бандери.

Завдання кожного із нас – створити такий міцний фундамент, щоб ні в кого не було і найменших бажань зазіхати на українську державність й українську історію. Ми всі повинні боротися за єдність української державності й української нації.

⁵ Проект Закону про внесення зміни до статті 73 Кодексу законів про працю України щодо встановлення святкового дня – День Української Державності від 25 серпня 2021 р. № 5864 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72650> (дата звернення: 21.10.2021).



Руслан Стефанчук

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
Голова Верховної Ради України,
голова Редакційної ради юридичного журналу
“Право України”

ТРАДИЦІЯ БЕЗПЕРЕРВНОСТІ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ*

Традиція державності будь-якої країни ґрунтується на національній конституційній традиції, яка визначає усталені погляди на природу конституції, її призначення у суспільстві, відповідну конституційну культуру та свідомість. Вона частково пояснює сутність конституційних трансформацій, а саме логіку конституційних реформ і проблему самоідентифікації нації. Загалом існує тяглість конституційної традиції України, яка виражається, зокрема, і в європоцентричному баченні ролі права та держави у суспільному житті¹.

Преамбула Конституції України визнає наявність безперервності державності та визначає її як “багатовікову історію українського державотворення”, яке було втілено в життя через реалізацію українським народом права на самовизначення. Таке втілення державного континуїтету було оформлене ухваленням 24 серпня 1991 р. Верховною Радою Акта проголошення незалежності України та схваленням його 1 грудня цього ж року за результатами голосування на всеукраїнському референдумі.

* Ця праця є продовженням дослідження автора питань української державності, її витоків і розбудови після відновлення незалежності України. Зокрема, див.: Михайло Савчин, Руслан Стефанчук, ‘Нарис перший. Традиція безперервності української державності’ в *Українська державність: історико-правничі нариси* (Юридичне видавництво “Право України”, Всеукраїнська правозахисна організація “Меморіал” імені Василя Стуса 2021) 40; Валерій Смолій, Руслан Стефанчук, Олександр Старовойт, Оксана Коляда, Яна Ісламова, Ярослав Павловський, ‘Нарис дев’ятнадцятий. Українська державність після відновлення незалежності України (з 24 серпня 1991 р.)’ в *Українська державність: історико-правничі нариси* (Юридичне видавництво “Право України”, Всеукраїнська правозахисна організація “Меморіал” імені Василя Стуса 2021) 622; Степан Кубів, Руслан Стефанчук, Ольга Серета, ‘Нарис двадцять перший. День державності у світі та запровадження його в Україні’ в *Українська державність: історико-правничі нариси* (Юридичне видавництво “Право України”, Всеукраїнська правозахисна організація “Меморіал” імені Василя Стуса 2021) 788.

¹ М Савчин, ‘Вихідні засади конституційної традиції в Україні’ [2014] 2 (4) Історико-правовий часопис 38; М Козюбра, О Лисенко, ‘Євразійська або слов’янська правова сім’я: реальність чи міф’ (2003) 1 Українське право 7–16.

Витоки української держави. Русь

Сьогодні є достатньо доказів того, що назва “Київська Русь” – це продукт історичної думки у Російській імперії на зламі XVIII–XIX ст., яка не підтверджується фактичними даними й історичними документами. Натомість в історичних джерелах вживаються назви “Русь” або “Руська земля”, спочатку для позначення земель Середнього Подніпров’я та земель, які підкорялися Києву². Пізніше, в Іпатіївському літописі (1187 р.) вжито і назву “Україна”. Тому більш коректним є вживання термінів “Русь-Україна” або “Києво-Руська держава” щодо позначення назви першої української держави. Як пише історик С. Плохій із посиланням на аналіз “Повісті минулих літ”, існує три джерела ідентичності, серед яких треба робити вибір: концепція належності до певного політичного витвору; належності до більш широкого слов’янського світу, пов’язаного із мовою, культурою і писемністю; християнством візантійського типу³. Цей концепт задовільно пояснює те, що лежить у витоках української державності, яку слід шукати саме в державності Русі.

Галицько-Волинське князівство, яке у XII ст. стало доволі автономним від Великого князівства Київського, чому сприяла система спадкування за старшинством у роду, у XIII ст. набуває ролі центру впливу на руських землях.

Із коронацією 1253 р. у Дорогочині Данила Галицького папським легатом Опізо з Месани статус князівства підвищується до королівства⁴. Це сприяло інституційному посиленню влади, адже королівство отримало сталу систему престолонаслідування за принципом майорату⁵. Залежність від наявності спадкоємця доволі часто була джерелом криз і навіть зникнення держав. Зокрема, династична криза Романовичів у Королівстві Руському (1349 р.) призвела до інкорпорації Галичі до складу Королівства Польського, а Волині – до Великого князівства Литовського.

Участь у “спільній справі” Великого князівства Литовського та Королівства Польського

Незважаючи на династичну кризу, внаслідок якої згас правлячий рід Романовичів, за спадщину Руського королівства розпочалася війна між Свидригайлом і представниками роду Гедиміновичів, які родичалися із Романовичами. Також рід князів Київських Олельковичів не згас і далі

² Н Яковенко, *Нарис історії України з найдавніших часів до кінця XVIII ст.* (Генеза 1997) 10.

³ С Плохій, *Походження слов’янських націй. Домодерні ідентичності в Україні, Росії та Білорусі* (Критика 2015) 23–4.

⁴ Леонтій Войтович “обережно ставиться до версії”, що Данило був коронований 1237 р. у Відні імператором Фрідріхом II Гогенштауфеном. Див.: Л Войтович. Спірні питання Галицько-Волинської історії: відкриття дискусії. (2014) 8. Княжа доба: історія і культура 368. Хоча насправді королівський титул дістався Данилу Романовичу як побічний наслідок переговорів із Римським папою про хрестовий похід проти монголів.

⁵ О Головки, *Корона Данила Галицького: Волинь та Галичина в державно-політичному розвитку Центрально-Східної Європи раннього та класичного середньовіччя* (Стилос 2006) 576.

продовжував правити розореним краєм після монгольської навали. Таким чином, стосовно Руського королівства розгорнулася боротьба за спадщину між представниками різних ліній спадкоємців роду Романовичів, а Київська земля мала своїх спадкоємців із роду Олельковичів. У результаті складних перипетій землі Руського королівства і частково Волині перейшли до складу Королівства Польського, Київська, Чернігівська, Пінська землі і переважно Волинь – до складу Великого князівства Литовського. Як відзначають О. Субтельний, Т. Снайдер, Н. Дейвіс, С. Плохій, представники руських аристократичних родів відіграли значну роль в еволюції польської і литвинської державності⁶. У контексті нашої проблематики ці питання мають конкретний зміст із погляду ленного права – у такий спосіб забезпечувалася правонаступність державності Русі-України.

Як зазначає С. Плохій, справжній виклик політичному статусу Русі було кинуте 1413 р. у зв'язку з укладенням Городельської унії, яка посилила Кревську унію, розширивши привілеї магнатів та шляхти і на руську шляхту⁷. Беручи участь у роботі сеймів Королівства Польського та Великого князівства Литовського, представники аристократичних родів колишньої Києво-Руської держави були залучені у процес урядування Королівства Польського та Великого князівства Литовського. Люблінська унія 1569 р. завершила процес інтеграції цих двох держав у Річ Посполиту, унаслідок чого всі українські землі перейшли під юрисдикцію польського короля. Слід відзначити, що в межах цього королівства існували механізми підзвітності монарха, який був виборним. У межах права на опір диктатурі монарха піддані володіли правом на *confoederatio* та *rokosz*. Якщо останнє було правом феодалів на захист порушених вольностей і привілеїв (власне кажучи, правом на бунт), то значення *confoederatio* було ширшим – розглядалось як засіб поновлення конституційного порядку проти тирана-монарха або для подолання стану безкоролів'я⁸.

Одночасно у XVI ст. зароджується козацтво, яке деякі автори прирівнюють до піратських республік⁹, хоча насправді козацтво є станом, який спонтанно виник задля захисту південних кордонів України від періодичних вторгнень кримських татар. Також простір, який посідали козаки, заповнювався втікачами від непосильної панщини, яка у той самий час набувала поширення у Речі Посполитій у зв'язку з затвердженням 1588 р. Третього Литовського статуту, що покріпачував селянство і давав право феодалам на розшук втікачів протягом двадцяти років. Через певний час правом на *rokosz* фактично скористався Б. Хмельницький.

⁶ Плохій (н 3); Т. Снайдер, *Перетворення нації. Польща, Україна, Литва, Білорусь. 1569–1999* (Дух і Літера 2012) 460.

⁷ С. Плохій, *Брама Європи. Історія України від скіфських воєн до незалежності* (Клуб сімейного дозвілля 2016) 99.

⁸ Д. Норман, *Боже ігрище: Історія Польщі* (Основи 2001) 298.

⁹ Ф. Фукуяма, *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції* (Основи 2018) 328–44.

*Гетьманська держава та її інкорпорація Московською державою –
Російською імперією*

Гетьманська держава, заснована гетьманом Б. Хмельницьким, стала першою українською державою саме як state у модерному сенсі. Двома спонукальними чинниками постання Гетьманської держави стала традиція республіканізму та православна орієнтація більшості населення, яке з першої третини XVII ст. зазнало переслідування з боку панівної еліти Речі Посполитої. Поновлення ідентичності відбувалося у процесі об'єднання зусиль козацтва, яке вимагало визнання та розширення своїх вольностей і привілеїв, та Православної церкви, що зазнавала утисків, на тлі розколу руської аристократії та її ідеологічного занепаду. Козацтво набирало суспільно-політичної ваги через запровадження реєстрового козацтва. Православна церква поступово поновлювала свою активність через братства, які започаткував князь Костянтин Василь в Острозі, а пізніше – містяни Львова та Києва. З Київського братства поступово виникне Могилянський колегіум (нині – Національний університет “Києво-Могилянська академія”). Утиски за ознаками релігії, невирішеність щодо обсягу та змісту козацьких вольностей і реєстру козаків у поєднанні з підвищенням повинностей кріпосного селянства стали тим детонатором, що призвів до вибуху. Потрібен був лише привід.

Він трапився у вигляді розграбування маєтку дрібного шляхтича Б. Хмельницького, який після цього пішов на Запорозьку Січ, де було підтримано право на *rokosz*. Із погляду цілісності Речі Посполитої підняте повстання не можна розглядати як *confederatio*, хоча на певному етапі Б. Хмельницький як очільник козацького війська ставив питання про входження Руської держави як третього суб'єкта цієї своєрідної федерації епохи бароко. Однак такої моделі відносин не відбулося з огляду на різні причини, і Гетьманська держава пішла на зближення з Московською державою. Основними джерелами права були “Статті”, які уклалися між правлячими гетьманами і московським царем. Ці документи протягом тривалого періоду царським урядом (навіть Петром I та Катериною II) розглядались як договір. Згідно з Переяславськими статтями 1654 р. встановлювалися відносини сюзеренітету-васалітету між Московією і Гетьманщиною в обережній дипломатичній формі. Відповідно до п. 9 “Статей” визначалися юридичні підстави взяття Гетьманщини під протекторат Московської держави.

Переяславські статті і даровані грамоти до них характеризують як ратифікаційні акти між царем і гетьманом Б. Хмельницьким¹⁰. Проте, як справедливо підкреслює М. Драгоманов, козацька старшина через “Статті” “виторгувала” собі права-привілеї, якими володіла шляхта в Речі

¹⁰ М Драгоманов, ‘Пропаший час: українці під Московським царством. 1654–1876’ (1991) 9 Український історичний журнал 138.

Посполитій, не змінивши фактично правового статусу селян і міщан. Такий механізм свідчить про визнання з боку царя ленних прав гетьмана на управління українськими територіями і землями Війська Запорозького. Водночас таким чином закладається механізм інкорпорації Гетьманщини в уніфіковане імперське тіло, тобто застосування Московією тактики обмеження частинами суверенних прав Гетьманщини.

Спроба Гетьманщини розірвати васальні зв'язки з Московською державою під час правління гетьмана І. Виговського була пов'язана з нечіткістю формулювання Переяславських статей і порушенням їхніх умов Московією. Остання порушила умови договору, ввівши свої війська на чолі з воєводами на українські землі та застосовуючи практику надання своїм стрільцям у розпорядження українські землі. У 1656 р. Московія без консультацій із Гетьманщиною уклала сепаратний мир із Річчю Посполитою, грубо порушивши положення Переяславських статей.

Природа відносин між Московією і Гетьманщиною змінилася у бік звуження самостійності останньої при укладенні Ю. Хмельницьким ленної угоди з московським царем як умови набрання ним легітимних повноважень гетьмана. Березневі статті 1659 р., укладені гетьманом, остаточно оформили процес зближення Гетьманщини з Московією, і вони були договором про встановлення зв'язків сюзеренітету-васалітету між царем і гетьманом. Згідно з пунктами 4 і 7 “Статей” “без указу і веління” гетьман не мав права налагоджувати зносини з іноземними державами або вирішувати питання війни і миру. Встановлювалася якісно нова процедура обрання гетьмана, згідно з якою, у разі здійснення ним проступку, козаки самостійно, “без указу царської величності”, не могли замінити гетьмана. Такий механізм давав змогу царському уряду блокувати можливість спадкоємності на цій посаді. Пізніше “Березневі статті” 1659 р. використав Петро I, не давши вибрати нового гетьмана замість І. Мазепи. Поступово Гетьманщина починає складатись як певна модель сучасної української державності¹¹. Цей процес цілком укладається у концепт *республіки*.

Спроба запровадити конституційний устрій у вигляді “Пактів і конституцій-законів та вольностей Війська Запорозького” 1710 р. була рефлексією на утиски Гетьманщини у складі Московії. Як зазначав у свій час П. Орлик у “Виводі прав України”, таке усвідомлення необхідності формування власної державності постало як із фактів порушення прав і вольностей, утисків православної віри українців Річчю Посполитою, так і недодержання домовленостей Московською державою із гетьманами¹². Це не є ще конституцією у сучасному розумінні: у ній є кодифікація усталеної практики урядування, в якій присутні істотні елементи ленно-

¹¹ О Гуржій, Т Чухліб, *Гетьманська Україна* (Альтернативи 1999) 304.

¹² П Орлик, *Конституція, маніфести та літературна спадщина. Вибрані твори* (2006) 132–40.

го права, тобто договору між монархом і васалами. Подальша практика засвідчила посилення залежності новообраних гетьманів, процедура призначення яких остаточно залежала від волі московського царя. Підсумкове оформлення вступу новообраного гетьмана через укладання нового договору з московським царем підтверджує поступову інкорпорацію Гетьманщини до складу Московії, пізніше – Російської імперії. Згідно з цією практикою все більше звужуються автономні права гетьманської державності до абсолютної їх ліквідації у другій половині XVIII ст. Остання пропозиція українського політичного діяча Г. Полетики щодо інституювання прав і вольностей була відхилена імператрицею Катериною II у зв'язку з побоюванням можливого поширення подібної боротьби за вольності інших “українних” територій Російської імперії¹³. Далі державність Русі-України існує як ідея серед інтелектуалів.

*Інтелектуальна традиція, постання та здобутки
Української Народної Республіки*

У XIX ст. романтична інтелектуальна доктрина вітчизняного конституціоналізму найбільш рельєфно втілювалася у діяльності товариства ім. Св. Кирила і Мефодія. Опіраючись на демократичну традицію українців, *Микола Костомаров* обґрунтовував ідею створення Республіки (Речі Посполитої) всіх слов'ян, в якій була б “посполита рівність і свобода і станів не було зовсім”¹⁴. Ця своєрідна федерація слов'янських етносів мала будуватися на засадах демократії, самоврядування і поділу влади. Пізніше М. Драгоманов розробив проект реформування Російської імперії у федерацію слов'янських націй, засновану на широких самоврядних правах територіальних колективів, балансі загальнодержавного і регіонального інтересів, раціоналізованому двопалатному парламентаризмі¹⁵. М. Драгоманов відрізняв українське суспільство від російського (московського).

Національна революція 1917–1921 рр. була обтяжена ідеєю постколоніалізму, за якою необхідною умовою побудови української державності було перебування України у складі федеративної демократичної Росії. Так, I–III Універсали Центральної Ради визначали статус України як суб'єкта федерації у складі Росії. Було втрачено невинувато багато часу. Нездатність уряду М. Грушевського сформувати владні структури й очевидно неадекватний розпуск військових частин позбавив відроджену державу будь-якої опори в умовах загрози з боку Тимчасового

¹³ В Кононенко, ‘Вольності старовинні зберігати... Українська державність XVIII ст.: погляд українських депутатів “Законодавчої комісії 1767–1768 рр.”’ (*День*, 10.04.2009) <<https://day.kyiv.ua/uk/article/ukrayina-incognita/volnosti-starovinni-zberigati-0>> (дата звернення: 21.10.2021).

¹⁴ М Костомаров, *Книга биття українського народу* (Авсбург 1947) 26.

¹⁵ М Драгоманов, ‘Пояснювальна записка до проекту статуту основ українського товариства “вільна спілка” – “Вольний союз” в Драгоманівський збірник. “Вільна спілка” і сучасний український конституціоналізм (Львів 1996) 22, 25, 39.

уряду Росії, а пізніше – більшовицької Росії. Вживалися також слабкі дипломатичні зусилля серед країн Антанти і приділялася надмірна увага стосункам із Німеччиною. Лише в IV Універсалі проголошувалася незалежність Української Народної Республіки (далі – УНР), однак вона ставала недієздатною у зв'язку з відсутністю відповідних ефективно діючих владних інституцій. Тим часом із колапсом Австро-Угорщини у гострій боротьбі з новопосталою Польщею, підтримуваною Антантою, у Галичині створено Західноукраїнську Народну Республіку¹⁶, яка згідно з Актом Злуки 22 січня 1919 р. об'єднається з УНР у єдину соборну Україну.

На цьому тлі еволюція суспільно-політичних ідей у більшовицькій радянській Росії проходить шлях від заперечення ідеї права до визнання його регулюючої ролі. На основі більшовицького вчення про державу формується тоталітарна квазідержавність. Неefективність управлінських структур УНР – Гетьманату – Директорії на тлі практики комуністичної Росії зі створення в Україні паралельних структур радянської влади призвело до захоплення влади більшовиками. Більшовицький режим скасував національні інститути влади в Україні та насадив за московським взірцем владні інститути, основними методами управління яких були масовий терор, тотальне втручання у приватне життя, усупільнення власності тощо.

Уряд УНР в екзилі зберігав наступність соборної Української республіки, що втілювалася у положеннях IV Універсалу Української Центральної Ради (22 січня 1918 р.), актах Трудового конгресу України (28 січня 1919 р.), Директорії та Ради народних міністрів УНР (21 травня і 12 листопада 1920 р.).

Після оприлюднення результатів референдуму 1 грудня 1991 р. розпочалися переговори глави Державного центру УНР із Президентом України про передачу повноважень легітимним державним органам влади України. 14–15 березня 1992 р. надзвичайна сесія Української національної ради 10-го скликання визнала правонаступником УНР державу – Україну – й ухвалила рішення про передачу повноважень й атрибутів державної влади УНР (прапор, державна печатка та президентські клейноди) новообраному Президентові України. Акт передачі було здійснено 22 серпня 1992 р. у Маріїнському палаці – резиденції Президента України¹⁷.

¹⁶ Б Тищик, О Вівчаренко, *Західноукраїнська Народна Республіка. 1918–1923 рр.* (Світ 1993) 120.

¹⁷ М Плав'юк, 'Державний Центр УНР в екзилі (ДЦ УНР)' (Енциклопедія Сучасної України: електронна версія) <http://esu.com.ua/search_articles.php?id=26190> (дата звернення: 21.10.2021).

*Поновлення національної державності –
шлях до незалежної та демократичної республіки*

Водночас досить складно трактувати Українську Соціалістичну Радянську Республіку/Українську Радянську Соціалістичну Республіку (УСРР/УРСР) як форму української державності з погляду конституціоналізму. Юридична наука, як і будь-яка наука, базується на верифікації певних фактів. У радянському державознавстві було багато постулатів, щодо яких за допомогою верифікації фактів засвідчується їхня фальшивість. І це слід враховувати при інтерпретації явища УСРР/УРСР як маріонеткової держави. Основним засобом верифікації є критерій правління уряду в інтересах народу, яке має бути ефективним у захисті прав людини.

По суті, правляча еліта УСРР/УРСР була креольською, оскільки здійснювані владні заходи були цілком у дусі рішень Комуністичної партії та органів влади Союзу Радянських Соціалістичних Республік (СРСР).

Радянська доктрина державного права трактувала соціальні права як основоположні. Стосовно декларованої поваги до гідності індивіда слід навести факти вчинення злочину Голодомору-геноциду українців. Апеляційний суд міста Києва 13 січня 2010 р. визнав керівників більшовицького тоталітарного режиму винними у геноциді в Україні в 1932–1933 рр., на який не поширюються строки давності, про що раніше у своїх висновках також констатували авторитетні українські вчені-юристи та правозахисники¹⁸.

Після приєднання земель Західної України внаслідок реалізації пакту Молотова-Ріббентропа на території Галичини і Буковини на повну запрацював репресивний апарат, що викликало спротив населення. Після вторгнення нацистської Німеччини і спроби Я. Стецька поновити Українську державність, національно-визвольний рух опинився між двома вогнями – нацистською Німеччиною і комуністичним тоталітарним режимом СРСР. Незважаючи на відсутність зовнішньої підтримки, лише спираючись на місцеві ресурси, Організація українських націоналістів (далі – ОУН), а потім новопостала Українська повстанська армія (далі – УПА) чинили спротив обидвом тоталітарним режимам протягом 1939–1960 рр.¹⁹. Свій внесок у подовження української традиції державності зробила *Карпатська Україна* на зламі 1938–1939 рр., яка скористалася правом на правозахисну сецесію²⁰, коли стався очевидний колапс Першої Чехословацької республіки внаслідок Мюнхенської угоди, проголосивши свою незалежність.

¹⁸ Євген Захаров, 'Висновок. Правова кваліфікація голодомору 1932–1933 років в Україні та на Кубані як злочину проти людяності та геноциду' (*Харківська правозахисна група*, 12.09.2008) <<http://khp.org.ua/index.php?id=1221206914>> (дата звернення: 21.10.2021); V Vasylenko, *The Ukrainian Holodomor of 1932–1933 as a Crime of Genocide: A Legal Assessment* (Olena Teliha Publishing House 2009).

¹⁹ Є Захаров, "Встань і борись! Слухай і вір...": українське національне підпілля та повстанський рух (1939–1960 рр.) (Часопис 2012) 592.

²⁰ М Савчин, 'Право на самовизначення та сецесія' [2019] 1–2 (193–194) *Юридична Україна* 7–8.

У 1950–1960-х роках у Радянському Союзі на хвилі деякої лібералізації суспільного життя виникає дисидентський рух²¹, в основі якого лежала ідея зламу тоталітарного режиму та проведення реальних ліберальних реформ у державі, розширення прав національних менших. Із підписанням Заключного Гельсінського Акта Радянський Союз взяв на себе міжнародні зобов'язання з утілення у життя положень Загальної декларації прав людини (1948 р.), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.), Міжнародного пакту про соціальні, економічні та культурні права (1966 р.). Ці права також були відображені у Конституції СРСР (1977 р.) і, відповідно, у Конституції УРСР (1978 р.). Хоча вони мали декларативний характер, їх формальне закріплення на конституційному рівні, з урахуванням міжнародно-правових зобов'язань СРСР, створювало передумови для боротьби непокірних інтелектуалів за права людини, які масово порушувалися в Радянському Союзі. На цій основі виникає правозахисний рух, який в Україні очолила Українська Гельсінська група (1976 р.)²², за що була піддана жорстоким переслідуванням із боку брежнєвського режиму²³. Власне, дисидентський і правозахисний рух є однією із важливих складових у відродженні українського конституціоналізму та української державної традиції загалом.

У період горбачовської «перебудови» в Україні знову поживався правозахисний рух, який майже був зведений нанівець репресіями на зламі 1970–1980 рр. Наприкінці 1989 р. утворюється Народний Рух України за перебудову, який згодом стає основною опозиційною політичною течією в Україні. Рух взяв курс на реалізацію політики правового оформлення незалежності України. Із прийняттям Декларації про державний суверенітет 16 липня 1990 р. було закріплено право народу України на самовизначення у формі незалежної держави та проголошення якісно нових принципів організації публічної влади і статусу особи.

Каталізатором процесу становлення незалежності України стала спроба 19–21 серпня 1991 р. державного перевороту в СРСР реакційними силами комуністичної номенклатури й утворення у Москві Державного комітету з надзвичайного стану. Після спроби путчу в Москві, як реакція на ці події та з метою розслідування обставин причетності до них, діяльність Комуністичної партії України була тимчасово зупинена Указом Президії Верховної Ради від 26 серпня 1991 р., а вже 30 серпня прийнято Указ про її заборону.

²¹ Л. Алексеєва, *История инакомыслия в СССР: Новейший период* (Весть 1992) 352.

²² *Український Правозахисний Рух. Документи й матеріали Київської Громадської Групи сприяння виконанню Гельсінських Угод* (Торонто, Балтімор 1978); *Украинская Хельсинкская группа. К 20-летию создания* (УРП 1996).

²³ *The Persecution of the Ukrainian Helsinki Group. Toronto: Human Rights Commission World Congress of Free Ukrainians* (1980) 66.

Колапс і подальший розпад СРСР, який був оформлений Біловезькими домовленостями 8 грудня 1991 р., дав змогу остаточно вирішити питання набуття незалежності союзними республіками правовим шляхом.

Ухвалення Конституції України 28 червня 1996 р. остаточно завершило процес оформлення державності в Україні завдяки формулі ст. 4 Закону України «Про правонаступництво України». Зокрема, Перехідними положеннями Конституції визначалися правила функціонування інститутів влади на перехідний період (державний континуїтет) і передбачалися строки чергових виборів до органів публічної влади, порядок формування нового складу уряду, порядок діяльності місцевих державних адміністрацій після набрання чинності Конституцією.

У контексті досвіду українського державотворення важливо відзначити, що при реалізації народом свого права на опір тиранії, зокрема природного права на повстання, немає розриву традиції державності.



Олександр Святоцький

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України,
головний редактор юридичного журналу
“Право України”

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ, АТРИБУТИ ТА СИМВОЛИ ДЕРЖАВНОСТІ*

Сьогодні, як ніколи раніше, постала потреба у фундаментальному дослідженні української державності, з'ясуванні часу виникнення, фіксуванні перших письмових згадок про її витoki як точки відліку заснування Української держави. Чому потрібно визначити витoki, етапи становлення та розвитку української державності? Насамперед тому, що будь-який народ, будь-яка нація починається передусім із того, що вона зобов'язана досконало знати своє минуле, своє коріння, бо ‘хто не знає свого минулого, той не вартий свого майбутнього. Хто не шанує видатних людей свого народу, той сам не годен пошани’¹. Тому що встановлення часу заснування Української держави є одним із важливих атрибутів сучасної держави, її суверенності й ідентичності. Тому що держава і державність є невід’ємними одна від одної, а модель держави тоді цілісна, коли крім дерева відображено і його коріння. Це потрібно для подальшої консолідації українського суспільства. Звернення до історії української державності пробуджує у нас національну гордість, формує нашу духовність та історичну пам’ять, роль якої у розбудові держави є дуже значною. Тому важливим є встановлення в Україні Дня Української Державності і проголошення його державним святом, що започаткує фундаментальні наукові дослідження, а також їх подальшу популяризацію.

Попри надзвичайну популярність в українській історико-правничій науці та публіцистиці, поняття “державність” досі вживається як суто літературна метафора. Інколи його пов’язують із категорією “держава”, вживаючи як синоніми. Однак сутність державності є значно багатшою.

* Ця праця є продовженням дослідження автора питань української державності, її витоків, етапів становлення та розвитку. Зокрема, див.: Олександр Святоцький, Ігор Бойко, ‘Витoki, етапи становлення та розвиток української державності’ (2020) 1 *Право України* 17–40; Олександр Святоцький, Марта Барандій, Ігор Бойко, ‘Нарис другий. Українська державність: витoki, етапи становлення та розвиток’ в *Українська державність: історико-правничі нариси* (Юридичне видавництво “Право України”, Всеукраїнська правозахисна організація “Меморіал” імені Василя Стуса 2021) 52.

¹ Див.: Максим Рильський, український радянський поет, перекладач, публіцист, громадський діяч, мовознавець, літературознавець.

Ще у 1949 р. український письменник, державний і політичний діяч В. Винниченко визначив державність як устрій усього матеріального і духовного буття цілого народу; як комплекс тих інститутів економіки, політики, культури, що діють на території, населеній національним колективом, і зв'язують його в компактну цілість, забезпечують розвиток у сучасному та майбутньому. Він цілком справедливо стверджував і про те, що

як і у всякої індивідуальної істоти на землі найперша потреба – це зберегти своє життя, забезпечити його розвиток, передати спадщину в наступні покоління; так і для кожної нації власна держава є найкращим засобом збереження життя і розвитку. Нація без державності є покалічений людський колективний організм. Через те так жагуче всі, так звані “недержавні нації” прагнуть своєї держави <...>. Українська держава та державність в Україні є, її творцем був народ, вся українська нація, вона має понад тисячолітню тяглість, а її еволюція відбувалася в руслі загальної європейської історії. Тому і зруйнувати цю будівлю не так легко. А наскільки вона міцна, показує той факт, що найбільші вороги її в усіх виглядах не мають сили розвалити її².

Таке тлумачення державності є багатограним і спонукає до її дослідження у культурному, соціальному, політичному та національному вимірах.

Отже, *державність* – це особлива форма національного мислення, ядром якого є воля до самовизначення та усвідомлена потреба в державі як способі забезпечення спільного існування. Вона формується під впливом менталітету та духу народу, його правових традицій та історичного досвіду. Державність передує державі і навіть суверенітетові³. Це головна умова їх виникнення та збереження.

Витоками державності є *ідея*, в основі якої лежить інтерес народу (народів) до існування. Коли вона сформується остаточно і вербалізується, виникає *воля до існування* – до об'єднання заради виживання на основі взаємного “порозуміння”⁴; до об'єднання заради досягнення усвідомленої ідеї. На наступному етапі виникає *потреба у самовизначенні*, тобто в об'єднанні зі “собою подібними” і відмежуванні себе від інших, відповідно до усвідомлених спільних цінностей, рис, характеристик, надбання. У цьому поступі відбувається формування рушійного вольового ядра народу – нації.

² В Винниченко, *Заповіт борцям за визволення* (Криниця 1991).

³ M Barandiy, *Souveränität als Gewährleistung der Interessen der Staaten: Völkerrechtliche und europarechtliche Aspekte* (Europäische Hochschulschriften Recht) (German Edition, Peter Lang Verlag 2012) 241.

⁴ “Порозуміння” – це предмет суспільного договору, а його формування відбувалося то шляхом права, то шляхом сили. Тож об'єднання на основі “порозуміння” є об'єднанням на основі суспільного договору.

Саме у парадигмі державності за критерієм присутності волі яскраво проявляється відмінність між *нацією* і *народом*. Народ може мати інтерес, але лише нація має волю. Ця воля не спільна, вона – єдина. І ця воля, на відміну від влади, не може бути передана, а лише реалізована через самовизначення та створення держави. Натомість “спільна воля народу” – це лише бажання реалізувати свої власні інтереси спільно. Тобто йдеться про спільну реалізацію особистих інтересів кожного окремого індивіда, який є частиною певного народу, на основі компромісу. Доречним зразком цьому є Національно-визвольна війна під проводом Б. Хмельницького (1648–1654 рр.), у ході якої відбувся розвиток свідомості її учасників від ідеї захисту особистого інтересу до самовизначення та національно-політичного представництва у формі Української козацької держави “Військо Запорозьке”.

Отже, *народ*, *нація* і *держава* є суб’єктами інтересу до існування, але суб’єктом волі до самовизначення – носієм державності – є лише нація. Варто підкреслити, що народ – це всі члени суспільства, тоді як нація – це його ядро. Саме це ядро формують постаті-державники, які є носіями державницької свідомості, духу і волі. Представники народу і нації можуть збігатися. Ба більше, в одній державі може проживати кілька народів. Але їхні представники можуть входити в ядро-націю, впливати на нього і формувати його.

Постаті-державники покликані виконувати важливу роль “арбітрів” для сторін суспільного договору (“порозуміння”), коли посідають місце у законодавчій, виконавчій чи судовій владі. Для цього вони повинні володіти високими моральними якостями і знанням норм і приписів ядра, тобто нації. Це люди одного світогляду, формованого історією, культурою, традиціями, етичними нормами. Вони мають волю і здатність (два компоненти державності) до того, щоб створити й утримати державу (мислять про державу як втілення національної волі). Здатність державників до реалізації волі народу і нації до існування та самовизначення залежить від внутрішніх (суб’єктивних) і зовнішніх (об’єктивних) умов, які сприяють чи не сприяють тому, щоб вони посіли місце “арбітрів”. Якщо всі необхідні умови існують, то державники приймають рішення це місце посісти. І тоді відбуваються такі проактивні процеси, як проголошення суверенітету й незалежності.

Якщо “арбітри” не на своєму місці, то відбуваються процеси збереження державності. Але в такому випадку державність потрапляє в залежність від рішення “ядра” і часу й умов реалізації цього рішення. І коли таке рішення нарешті приймається, то відбуваються революції. Ця здатність до збереження, і навіть спадкоємності державності, гарантує відновлення незалежності держави.

Врешті-решт, держава повинна стати тим “сукупним арбітром”, який захистить права одних, не порушивши права інших.

Ознаками державності є певні суспільно-політичні процеси та їхні наслідки: 1) реалізація права нації на політичне самовизначення; 2) наявність органів публічної влади – органів державної влади та місцевого самоврядування; 3) державний суверенітет, який передбачає повноту й верховенство державної влади на всій території та незалежність у міжнародних відносинах; 4) система правових норм (закони та підзаконні акти); 5) міжнародне визнання держави та, як наслідок, її міжнародна правова ідентифікація. Їх наявність засвідчує найвищий рівень реалізації державності – самодостатність держави.

Державні символи – це закріплені в законодавстві офіційні знаки (зображення, предмети) чи звукові вираження, які символізують суверенітет держави⁵. Державними символами України є: Державний Прапор, Державний Герб і Державний Гімн, які є основою історичної свідомості громадян та процесів державотворення (відповідно до ст. 20 Конституції України).

Атрибути державності – це її ідентифікаційні національні символи, що пов'язані з розвитком народу й політичної нації та їхньою роллю у становленні державності на певній території. Атрибутами державності є: власна територія, населена національним колективом із визначеними кордонами, офіційна назва, час заснування або дата першої письмової згадки держави, що є важливими атрибутами суверенності й політичної ідентифікації держави; мова як невід'ємний державницький атрибут, адже вона – найважливіший маркер національної самоідентифікації. Як зазначає Т. Девіс:

Нація повинна боронити свою мову більше, ніж свою територію <...>. Втратити рідну мову і перейняти чужу – це найгірший знак підданства, це – кайдани, це кайдани на душу. Втратити національну мову – це смерть, це значить, що ярмо вже в'їлося глибоко⁶.

Також невід'ємними державницькими атрибутами є: національне вбрання, національні страви, національні музичні інструменти, національна народна пісня, видатні історичні постаті.

В Україні від 4 жовтня 2018 р. Верховною Радою України запроваджено ще один атрибут – національне гасло “Слава Україні! Героям Слава!” як офіційне вітання у Збройних Силах України та Національній поліції, хоча нині громадяни дуже часто використовують його у повсякденному суспільно-політичному житті.

Слід підкреслити, що українські державні символи й атрибути формувалися протягом тисячоліття.

⁵ Ю Шемшученко, ‘Державність’ в *Юридична енциклопедія, т 2: Д-Й* (Українська енциклопедія 1999) 162.

⁶ Томас Девіс – ірландський поет і публіцист (1814–1845). Стаття “Наша національна мова”.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Роман Мартинюк

кандидат політичних наук,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права ім. І. Малиновського
Національного університету “Острозька академія”
(Острог, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4469-7762>
roman.s.martyniuk@ukr.net

УДК 342 (100)

КОНСТИТУЦІЙНА РЕФОРМА В КИРГИЗСТАНІ 2021 РОКУ: ЗМІНА ФОРМИ ПРАВЛІННЯ

АНОТАЦІЯ. У Киргизстані конституційні зміни форми правління супроводжували і юридично оформляли важливі події в політичному житті країни. Перша Конституція суверенного Киргизстану від 5 травня 1993 р. заснувала у країні типову для пострадянського простору президентізовану форму правління. Більшістю своїх юридичних ознак вона тяжіла до президентської республіки і все-таки не була їй тотожна. Беручи до уваги відсутність дуалізму виконавчої влади, неможливо було вважати її і змішаною республікою. Ця форма правління неодноразово піддавалася різновекторним корективам. Конституційні зміни від 21 жовтня 2007 р. забезпечили відчутну парламентаризацію форми правління, однак загалом не подолали її авторитарної сутності. У Конституції Киргизстану в редакції від 21 жовтня 2007 р., як зазначала Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія), була ‘збережена напівпрезидентська система, але <...> насправді політичні повноваження знову зосереджені в руках Президента’. Принциповий перегляд форми правління стався в 2010 р., коли на референдумі було схвалено нову Конституцію Киргизстану. Конституція Киргизстану від 27 червня 2010 р. закріпила змішану республіканську форму правління.

11 квітня 2021 р. у Киргизстані відбувся конституційний референдум, на якому було схвалено зміни до Основного Закону держави. Цього ж дня відбулися вибори Президента Киргизстану, на яких переміг виконувач обов’язків Президента, політик С. Жапаров. Це чітко засвідчило роль суб’єктивного чинника в конституційному процесі. Конституційні зміни стосувалися всіх розділів Конституції Киргизстану, однак їх найважливішим наслідком стало запровадження нової еkleктичної форми правління з гіпертрофованим конституційним статусом президента. Авторитарний потенціал цієї форми правління високий, як у класичній президентській республіки, що дає підстави очікувати ерозії незміцнених інститутів демократії і розвитку в країні явища суперпрезидентства.

У науковій статті досліджено юридичні ознаки запровадженої конституційним референдумом 11 квітня 2021 р. форми правління, здійснено спробу її коректної класифікації, проаналізовано її вади.

Ключові слова: конституція; конституційний референдум; форма правління; президент; виконавча влада; верховенство права; поділ влади; відповідальність влади.

Передісторія конституційної реформи в Киргизстані 2021 р.

У сучасному Киргизстані форма правління неодноразово зазнавала змін у напрямі посилення начал парламентаризму. Це суттєво відрізняє Киргизстан від низки інших країн пострадянського простору, у яких відбулося конституційне оформлення президентського авторитаризму і форма правління незмінно відображала тенденцію посилення влади глави держави. Однак останній перегляд форми правління, що відбувся за результатами конституційного референдуму від 11 квітня 2021 р., знову відновив у Киргизстані вкрай президенціалізовану республіку. Очевидно, що конституційна реформа 2021 р. не остаточна. З огляду на авторитарний потенціал наявної форми правління треба очікувати швидкого прояву її функціональних дефектів і чергової конституційної реформи, яка знаменуватиме посилення ролі в державному механізмі парламенту.

У Киргизстані конституційні зміни форми правління супроводжували і юридично оформляли важливі події в політичному житті країни. Перша Конституція суверенного Киргизстану від 5 травня 1993 р. заснувала у країні типову для пострадянського простору президенціалізовану форму правління¹. Більшістю своїх юридичних ознак вона тяжіла до президентської республіки і все-таки не була їй тотожна. Беручи до уваги відсутність дуалізму виконавчої влади, неможливо було вважати її і змішаною республікою². Ця форма правління неодноразово піддавалася різновекторним корективам. Конституційні зміни від 21 жовтня 2007 р. забезпечили відчутну парламентаризацію форми правління, однак загалом не подолали її авторитарної сутності. У Конституції Киргизстану в редакції від 21 жовтня 2007 р., як вказувала Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія), була ‘збережена напівпрезидентська система, але <...> насправді політичні повноваження знову зосереджені в руках Президента³. Принциповий перегляд форми правління стався в 2010 р., коли на референдумі було схвалено нову Конституцію Киргиз-

¹ В Шаповал, ‘Виконавча влада в Україні у контексті форми державного правління (досвід до прийняття Конституції України 1996 року)’ (2016) 3 Право України 211; Володимир Шаповал, ‘Виконавча влада в Україні у контексті форми державного правління (досвід після прийняття Конституції України 1996 року)’ (2016) 4 Право України 72.

² Дж Сарторі, *Порівняльна конституційна інженерія: дослідження структур, мотивів і результатів* (пер з 2-го англ вид, АртЕк 2001) 115.

³ Заключение Венецианской комиссии по проекту Конституции Кыргызской Республики от 19–20 марта 2021 г. <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)007-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)007-rus)> (дата звернення: 18.04.2021).

стану. Конституція Киргизстану від 27 червня 2010 р. закріпила змішану республіканську форму правління.

У жовтні 2020 р. привладні політичні сили Киргизстану ініціювали і розпочали чергову конституційну реформу, головною метою якої була зміна форми правління. Було задекларовано намір встановити президентську республіку. 11 грудня 2020 р. Парламент країни – Жогорку Кенеш – ухвалив Закон “Про призначення референдуму (всенародного голосування) з визначення форми правління Киргизької Республіки”. Закон передбачав можливість вибору парламентарної або президентської республіки⁴. Конституційний референдум щодо визначення форми правління в Киргизстані відбувся 10 січня 2021 р. Більшість учасників голосування схвалила ідею президентської республіки. Потребує уваги той факт, що в день, коли відбувся референдум щодо визначення форми правління, були проведені позачергові вибори Президента, на яких переміг головний ініціатор конституційної реформи – виконувач обов’язків Президента, політик С. Жапаров. Ця обставина виразно відобразила вплив суб’єктивного чинника на конституційний процес. Підтримавши кандидатуру С. Жапарова на президентських виборах, учасники референдуму одночасно наділили його і відповідними повноваженнями.

9 лютого 2021 р. Жогорку Кенеш опублікував проєкт Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” – остаточну редакцію пропонуваніх конституційних змін – для громадського обговорення. Прикметно, що проєкт конституційного закону підготував не Жогорку Кенеш, а спеціальний орган – Конституційна рада, створена 20 листопада 2020 р. розпорядженням тодішнього виконувача обов’язків Президента Киргизстану. Можливість створення Конституційної ради не була передбачена Конституцією Киргизстану, цей орган не володів установчою владою і його створення підірвало легітимність напрацьованих ним конституційних змін. 11 квітня 2021 р. Закон “Про Конституцію Киргизької Республіки” був затверджений на конституційному референдумі. Хоча ініціатори конституційної реформи в Довідці-обґрунтуванні до проєкту Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” вказували на потребу ‘викласти Конституцію Киргизької Республіки в новій редакції’⁵, масштаб конституційних змін, які зачепили всі розділи Конституції, свідчив, що конституційна реформа спричинила появу не нової редакції, а фактично нової Конституції Киргизстану. Незважаючи на те, що Закон

⁴ О назначении референдума (всенародного голосования) по определению формы правления Кыргызской Республики: Закон Кыргызской Республики от 11 декабря 2020 г. <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112157>> (дата звернення: 18.04.2021).

⁵ Справка-обоснование к проекту Закона Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” <http://www.kenesh.kg/uploads/media/default/0001/61/171120214618_%D1%81%D0%BF%D0%B0%D0%B2%D0%BA%D0%B0%20%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%B8%20%D0%BE%D1%80%D1%83%D1%81%D1%87%D0%B0.doc> (дата звернення: 18.04.2021).

“Про Конституцію Киргизької Республіки” був складений як нова редакція Конституції, практично він повністю заміняв чинну на той момент Конституцію Киргизстану. Отже, як слушно зауважила у Висновку щодо проекту Конституції Киргизької Республіки від 19–20 березня 2021 р. Венеційська комісія, його назва вводить в оману⁶. Набуття Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” чинності обірвало тенденцію парламентаризації форми правління в Киргизстані, яка тривала з 2007 р.

У науковій статті досліджено юридичні ознаки запровадженої конституційним референдумом 11 квітня 2021 р. форми правління, здійснено спробу її коректної класифікації, проаналізовано вади.

Форма правління, запроваджена конституційним референдумом від 11 квітня 2021 р.

Закон “Про Конституцію Киргизької Республіки”, схвалений на конституційному референдумі 11 квітня 2021 р., ознаменував принциповий перегляд форми правління. У своїй сутності передбачена Законом форма правління дуже близька до форми правління, встановленої первинною редакцією Конституції Киргизстану від 5 травня 1993 р. Водночас головна відмінність цих форм правління полягає в тому, що первинна редакція Конституції Киргизстану від 5 травня 1993 р. камуфлювала ключову роль Президента Киргизстану в державному механізмі і, зокрема, адміністративне підпорядкування Президенту Уряду формальними положеннями про незалежний статус останнього. У Законі “Про Конституцію Киргизької Республіки” гранично чітко простежується бажання його авторів не допустити чогось подібного на властивий змішаній республіці дуалізм виконавчої влади. Тому Президент конституційно визначений главою виконавчої влади і проголошено принцип його особистої відповідальності за діяльність органів виконавчої влади. Отже, авторитарний потенціал передбаченої Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” форми правління високий, як у класичній президентській республіці.

У Висновку щодо проекту Конституції Киргизької Республіки від 19–20 березня 2021 р. Венеційська комісія зазначила, що ‘система, запропонована в проекті Конституції, є поверненням до сильної президентської моделі’⁷. Встановлену Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” форму правління Венеційська комісія класифікує як президентську. Однак така класифікація принаймні умовна. Головні відмінності передбаченої Законом форми правління від президентської республіки – відсутність “жорсткого” поділу влади та наявність елементів, не властивих президентській республіці. В акті, зокрема, закріплено поло-

⁶ Заключение Венецианской комиссии по проекту Конституции Кыргызской Республики от 19–20 марта 2021 г. (н 3).

⁷ Там само.

ження про те, що Президент Киргизстану забезпечує єдність державної влади (п. 2 ст. 66 Закону). Конституційне визначення президента гарантом єдності державної влади, узгодженого функціонування її органів – характерна юридична ознака змішаної республіканської форми правління. Суперечить логіці організації державної влади в президентській республіці і положення ст. 70 Закону про те, що Президент Киргизстану ‘за згодою Жогорку Кенеша призначає Голову Кабінету Міністрів, його заступників та інших членів Кабінету Міністрів’⁸. За змістом цієї статті очевидно, що в основі згоди Жогорку Кенеша лежать не тільки формально-юридичні, а й політичні критерії.

Не відповідають умовам президентської республіки наявність у Президента Киргизстану і Голови Кабінету Міністрів права законодавчої ініціативи (пункти 2 і 4 ст. 85 Закону) й обов’язок Кабінету Міністрів звітувати перед Жогорку Кенешем про виконання республіканського бюджету (ст. 89 Закону).

Відповідно до Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” Президент Киргизстану здійснює виконавчу владу (ч. 1 ст. 89), визначає структуру і склад Кабінету Міністрів (ч. 2 ст. 89), керує його діяльністю, дає доручення Кабінету Міністрів і підлеглим йому органам, контролює виконання цих доручень, скасовує акти Кабінету Міністрів і підлеглих йому органів (ч. 3 ст. 89), Президент головує на засіданнях Кабінету Міністрів (ч. 4 ст. 89), за власною ініціативою звільняє з посади членів Кабінету Міністрів (п. 4 ч. 1 ст. 70), призначає і звільняє з посади голів місцевих державних адміністрацій (п. 6 ч. 1 ст. 70). Однак статус Президента та Кабінету Міністрів закріплено в різних, структурно відокремлених частинах Конституції – у главі I і, відповідно, главі III розділу третього. Такий підхід до регламентації статусу органів виконавчої влади неможливо пояснити з погляду принципів організації державної влади в президентській республіці.

Еклектику запровадженої Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” форми правління посилюють положення про статус спеціального органу – Народного курултаю. У Законі цей орган іменовано “суспільно-представницьким зібранням” (ст. 7), тоді як Жогорку Кенеш – “вищим представницьким органом” (ст. 76). Як же співвідносяться представницька природа Жогорку Кенеша і Народного курултаю? Створення Народного курултаю підриває легітимність Жогорку Кенеша, особливо у випадках, коли рішення Жогорку Кенеша будуть суперечити рекомендаціям Народного курултаю або коли Жогорку Кенеш відхилить ініційований Народним курултаєм законопроект. Очевидно й те, що Народний курултай може

⁸ Проект Закона Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” <http://www.kenesh.kg/uploads/media/default/0001/62/090221134203_%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%80%D1%83%D1%81%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%BC%201.docx> (дата звернення: 18.04.2021).

бути використаний доміантним владарюючим суб'єктом – Президентом для легітимації власних рішень всупереч і на протипагу рішенням Жогорку Кенеша.

У частині 2 ст. 7 Закону зазначено, що ‘організацію і порядок діяльності Народного курултаю визначають Конституція і закон’⁹. Однак у Законі “Про Конституцію Киргизької Республіки” немає будь-яких положень про організацію і порядок діяльності Народного курултаю. Зрозуміло, що немає таких положень і в чинній Конституції Киргизстану. Отже, Конституція не містить будь-яких гарантій представницького характеру Народного курултаю. Очевидно, що фрагментарність конституційних положень про статус Народного курултаю дозволяє на законодавчому рівні спотворити його природу як органу народного представництва.

Гіпертрофуючи владу Президента, Закон “Про Конституцію Киргизької Республіки” виявляє множинні дефекти правового регулювання його статусу. У частині 1 ст. 66 Закону, зокрема, закріплено: ‘Президент є <...> найвищою посадовою особою’¹⁰.

Відповідно до теорії поділу влади президент є лише одним із вищих органів держави, поряд із парламентом, урядом, вищим судовим органом загальної юрисдикції та органом конституційної юрисдикції. Верховенство влади президента зумовило б підпорядкування йому всіх інших вищих органів держави. Іманентною складовою механізму реалізації принципу поділу влади є система стримувань і протипаг. Стримування і протипаги, які застосовують вищі органи держави один щодо одного, зокрема, щодо президента, свідчать про їх принципово рівний статус. Тому нормативне визначення президента вищою посадовою особою держави свідчить про спотворене розуміння співвідношення президента з іншими вищими органами держави.

Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 70 Закону Президент Киргизстану ‘ухвалює рішення про призначення референдуму за власною ініціативою або за ініціативою не менше 300 тисяч виборців або за ініціативою більшості від загального числа депутатів Жогорку Кенеша’¹¹. Отже, за змістом цитованого конституційного положення, призначення референдуму – це дискреційне право, а не конституційний обов’язок Президента. Фактично Президент може, керуючись особистими міркуваннями чи політичною доцільністю, блокувати проведення референдуму, ініційованого виборцями або Жогорку Кенешем.

У Довідці-обґрунтуванні до проекту Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” зазначено, що ‘для оптимізації числа співробітників

⁹ Проект Закону Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” (н 8).

¹⁰ Там само.

¹¹ Там само.

державних структур пропонується в Конституції передбачити, що діяльність Уряду забезпечує Адміністрація Президента¹².

За умов, коли президент володіє повнотою виконавчої влади та очолює її, але конституційно передбачена наявність кабінету міністрів як колегіального керівного органу виконавчої влади, останній здійснює і функції адміністрації президента. Тому існування разом із Кабінетом Міністрів Адміністрації Президента Киргизстану як структурно відокремленого органу державної влади необґрунтоване. Про те, що Кабінет Міністрів виконує функції Адміністрації Президента, свідчить, зокрема, конституційне положення, яке закріплює: ‘Голова Кабінету Міністрів є керівником Адміністрації Президента’ (ч. 2 ст. 89 Закону)¹³. Роль Голови Кабінету Міністрів як керівника Адміністрації Президента відображає і відсутність у главі III розділу третього ‘Виконавча влада Киргизької Республіки’ норм, які б встановлювали повноваження Голови Кабінету Міністрів. Така особливість конституційної регламентації його статусу, а також положення про те, що Президент ‘дає доручення Кабінету Міністрів’ і ‘годує на засіданнях Кабінету Міністрів’ свідчать, що Голова Кабінету Міністрів – це посадова особа, функціональне призначення якої полягає в забезпеченні виконання повноважень Президента.

У частині 11 ст. 70 Закону ‘Про Конституцію Киргизької Республіки’ встановлено, що ‘Президент здійснює інші повноваження, передбачені цією Конституцією і законами Киргизької Республіки’¹⁴. Отже, компетенція Президента має відкритий характер. З огляду на домінуюче становище Президента в державному механізмі можливість законодавчого розширення конституційної компетенції Президента створює юридичні передумови неконтрольованого посилення його влади. Водночас політичний розвиток Киргизстану позначено серйозною проблемою зловживання президентською владою¹⁵.

Закон ‘Про Конституцію Киргизької Республіки’ наділяє Президента можливістю зупиняти законодавчий процес на стадії промульгації закону. У статті 87 закріплено:

Схвалений Жогорку Кенешем закон протягом 14 робочих днів направляється Президентові для підписання. Президент не пізніше одного місяця з дня отримання закону підписує або повертає його зі своїми запереченнями в Жогорку Кенеш для повторного розгляду. Якщо при повторному розгляді закон буде схвалений у попередній редакції більшістю

¹² Справка-обоснование к проекту Закона Кыргызской Республики ‘О Конституции Кыргызской Республики’ (н 5).

¹³ Проект Закона Кыргызской Республики ‘О Конституции Кыргызской Республики’ (н 8).

¹⁴ Там само.

¹⁵ Заключение Венецианской комиссии по проекту Конституции Кыргызской Республики (редакция, опубликованная 21 мая 2010 г.) от 4 июня 2010 г. <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)015-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)015-rus)> (дата звернення: 18.04.2021).

не менше двох третин голосів від загального числа депутатів Жогорку Кенеша, такий закон має бути підписаний Президентом протягом 14 робочих днів із дня надходження¹⁶.

Оскільки непідписання Президентом схваленого Жогорку Кенешем закону, щодо якого Парламент подолав вето Президента, не є кримінально караним діянням, Президент може, всупереч припису ч. 3 ст. 87 Закону, не підписати закон, схвалений ‘у попередній редакції більшістю не менше двох третин голосів від загального числа депутатів Жогорку Кенеша’¹⁷.

Встановлена конституційним референдумом від 11 квітня 2021 р. форма правління має низку принципових недоліків. Ця форма правління забезпечує не баланс “розділених влад”, а домінуюче становище Президента Киргизстану в державному механізмі. Венеційська комісія прямо вказує, що ‘в разі розглядуваного проєкту Конституції <...> принцип поділу влади не реалізується’¹⁸. Така асиметрична система поділу влади створює небезпеку деградації державності до стану політичного моноцентризму¹⁹.

Оскільки в Киргизстані відсутня стабільна партійна система, схожа до партійних систем розвинених демократій, киргизька форма правління повинна створювати належні умови для розвитку інституту політичних партій. Попри це запроваджена конституційним референдумом від 11 квітня 2021 р. форма правління позбавляє політичні партії належного стимулу до розвитку. Форма правління вкрай ослаблює вплив політичних партій на державний механізм, оскільки не встановлює засобів їхньої безпосередньої участі у процесі формування Уряду. Спосіб формування Кабінету Міністрів позапарламентський і представлені в Жогорку Кенеші партії не можуть ні визначати політичний курс Уряду, ні вносити в нього поточні корективи, ні здійснювати ефективний контроль за його діяльністю, ні притягати його до відповідальності.

У передбаченій Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” формі правління відсутні конституційні інструменти розв’язання суперечностей між Президентом і Жогорку Кенешем, які можуть виникати на ґрунті провалу політичного курсу очолюваного Президентом Уряду. Такі суперечності фактично неминучі, коли парламентська більшість і Президент будуть представляти супротивні політичні сили. Але конфлікт між Президентом і Жогорку Кенешем не може бути подоланий ні шляхом парламентської відповідальності Кабінету Міністрів, ні шля-

¹⁶ Проект Закона Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” (н 8).

¹⁷ Там само.

¹⁸ Заключение Венецианской комиссии по проекту Конституции Кыргызской Республики от 19–20 марта 2021 г. (н 3).

¹⁹ М Краснов, И Шаблинский. *Российская система власти: треугольник с одним углом* (Институт права и публичной политики 2008) 11–2.

хом розпуску і дострокових виборів до Жогорку Кенеша, оскільки ці інститути встановлені Законом форми правління невідомі. Природно, що відсутність конституційних механізмів вирішення суперечностей між Президентом і Жогорку Кенешем буде провокувати їх розв'язання політичним, силовим шляхом.

Один з очевидних наслідків поєднання в особі Президента Киргизстану статусів глави держави і глави виконавчої влади – його нездатність гарантувати єдність державної влади. Фактично положення Закону про забезпечення Президентом Киргизстану єдності державної влади – не більш ніж юридична фікція. Здійснення президентом функцій глави виконавчої влади унеможливує здійснення ним координаційно-арбітражної функції. Здатність президента відігравати дві альтернативні й несумісні ролі координатора-арбітра і гаранта, з одного боку, і глави виконавчої влади – з другого, яка обумовлена поєднанням у його особі відповідних статусів, завжди мотиваційно визначає вибір на користь другого напрямку діяльності президента і перешкоджає реалізації його статусу гаранта конституційних цінностей, координатора механізму взаємодії органів влади та посередника в державно-правових конфліктах. У пострадянських президентіалізованих республіках президент, набувши характеристик глави виконавчої влади, виявився нездатним відігравати в державному механізмі роль координатора-арбітра. У Висновку до проекту Конституції Киргизької Республіки від 19–20 березня 2021 р. Венеційська комісія безпосередньо зазначила, що запроваджена Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” форма правління ‘передбачає відсутність рівноваги між різними галузями влади’ і ‘створює реальну загрозу поділу влади і верховенству права в Киргизькій Республіці’²⁰.

Конституційному будівництву суверенного Киргизстану вже відомі наслідки надмірного посилення влади президента. Форма правління, встановлена Конституцією Киргизстану від 5 травня 1993 р., багато в чому, і насамперед в аспекті гіпертрофії влади президента і способу його співвідношення з виконавчою владою, нагадує форму правління, запроваджену конституційним референдумом від 11 квітня 2021 р. Дивно, що досвід функціонування президентіалізованої республіки, встановленої Конституцією від 5 травня 1993 р., нічому не навчив укладачів Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки”.

У Довідці-обґрунтуванні до проекту Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” ініціатори конституційної реформи стверджують, що наявна система влади неефективна і позбавлена “механізмів її відповідальності”²¹. Таке твердження принаймні безпідставне. Конституція

²⁰ Заключение Венецианской комиссии по проекту Конституции Кыргызской Республики от 19–20 марта 2021 г. (н 3).

²¹ Справка-обоснование к проекту Закона Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” (н 5).

Киргизстану від 27 червня 2010 р. передбачає парламентський спосіб формування Уряду і його парламентську відповідальність. Тим самим встановлена цією Конституцією форма правління не тільки робить можливим ідентифікацію виборцями під час чергових виборів до Жогорку Кенеша суб'єкта відповідальності за результати урядової політики, а й дозволяє невідкладно притягати Уряд до відповідальності за наслідки його політики. Форма правління гарантує можливість здійснювати поточну корекцію урядового курсу, а загроза парламентської відповідальності змушує Кабінет Міністрів враховувати звернені до нього вимоги парламентської більшості. Але в передбаченій Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” формі правління відсутній інститут парламентської відповідальності уряду і повноту відповідальності за результати урядової політики покладено на главу виконавчої влади – Президента. У частині 5 ст. 87 Закону встановлено: ‘Президент персонально відповідальний за результати діяльності Кабінету Міністрів і виконавчої влади’²². Але як Президент Киргизстану може бути реально відповідальний за результати діяльності Кабінету Міністрів і виконавчої влади? Адже відповідно до Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” неуспішний політичний курс Кабінету Міністрів – це не конституційна підстава імпічменту Президента. У частині 6 ст. 87 Закону закріплено: ‘Якщо Жогорку Кенеш визнає звіт про виконання республіканського бюджету незадовільним, *відповідальність членів Кабінету Міністрів* (курсив наш. – Р. М.) розглядає Президент’²³.

Так у чому ж ініціатори конституційної реформи вбачали персональну відповідальність Президента за результати діяльності Кабінету Міністрів? Відсутність у формі правління парламентської відповідальності уряду, очолюваного президентом, означає, що в суспільства немає інших альтернатив, як тільки терпіти неуспішну політику уряду до наступних президентських виборів. І добре, якщо чинний авторитарний президент не сфальсифікує ці вибори і не забезпечить собі переобрання. Але навіть обрання в результаті чергових президентських виборів легітимного і талановитого кандидата в президенти аж ніяк не гарантує, що у нього буде гідний наступник.

По суті, наділення президента повнотою виконавчої влади – ні що інше, як неподоланий пережиток монархізму. Природно, що відтворення цього регресивного й архаїчного атрибуту монархічної організації державної влади в республіканській формі правління спричиняє ті самі наслідки. Тому ототожнення президента з виконавчою владою треба вважати реакційною інтерпретацією принципу поділу влади²⁴.

²² Проект Закону Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” (н 8).

²³ Там само.

²⁴ В Чиркин, *Глава государства. Сравнительно-правовое исследование* (Норма: Инфра-М 2010) 96.

Принцип верховенства права не допускає безвідповідального здійснення владних повноважень²⁵. Тому посилення засобів впливу президента на законодавчу і виконавчу влади має супроводжувати пропорційне збільшення рівня його конституційно-правової відповідальності. Однак порядок відсторонення Президента Киргизстану від посади, встановлений ст. 73 Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки”, свідчить про складність його реального здійснення. Згідно з ч. 4 ст. 73 ‘Президент може бути усунутий із посади на підставі висунутого Жогорку Кенешем звинувачення, підтвердженого висновком Генерального прокурора про наявність у діях Президента ознак злочину’²⁶. Відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 70 Генерального прокурора призначає і звільняє з посади Президент. І хоча зазначені кадрові повноваження Президент здійснює “за згодою Жогорку Кенеша”, очевидно, що Генеральний прокурор – посадова особа, надто залежна від Президента. Тому сумнівно, що в процедурі імпичменту Генеральний прокурор зможе ухвалити рішення, яке спричинить відсторонення Президента від посади.

Існує й інша проблема, пов’язана з імпичментом Президента. У частині 2 ст. 73 Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” зазначено, що ‘Президент може бути усунутий із посади <...> за порушення Конституції <...>’²⁷. Очевидно, що не будь-яка дія Президента, яка порушує Конституцію, як, наприклад, відмова підписати схвалений Жогорку Кенешем закон, щодо якого подолано вето Президента або відмова призначити референдум для затвердження змін до Конституції, спричиняє кримінальну відповідальність.

Отже, насправді передбачена Законом “Про Конституцію Киргизької Республіки” форма правління принципово знижує рівень відповідальності влади перед суспільством.

Ще один проблемний момент встановленої Законом форми правління – відсутність положень про чисельний склад Конституційного Суду Киргизстану і порядок його формування. У частині 7 ст. 97 Закону “Про Конституцію Киргизької Республіки” зазначено, що ‘склад і порядок формування Конституційного Суду, а також порядок здійснення конституційного судочинства визначає конституційний закон’²⁸.

Визначення чисельності складу органу конституційної юрисдикції та регламентація порядку його формування безпосередньо в конституції мають принципове значення. Відсутність конституційної регламентації цих питань створює можливість законодавчої зміни числа суддів Конституційного Суду Киргизстану і порядку його формування в політичних

²⁵ Срочное заключение Венецианской комиссии amicus curiae от 17 ноября 2020 г. <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-PI\(2020\)015-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-PI(2020)015-rus)> (дата звернення: 18. 04. 2021).

²⁶ Проект Закона Кыргызской Республики “О Конституции Кыргызской Республики” (н 8).

²⁷ Там само.

²⁸ Там само.

інтересах. Тим самим окремі особи і політичні сили зможуть здійснювати тиск на Конституційний Суд із метою ухвалення органом конституційного контролю в їхніх інтересах відповідних рішень. Навіть більше, якщо порядок формування Конституційного Суду Киргизстану буде об'єктом винятково законодавчої регламентації, не існує жодних гарантій, що цей порядок не забезпечить визначального впливу на діяльність Суду з боку домінантного в державному механізмі органу влади – Президента Киргизстану. Конституційна фіксація чисельності складу Конституційного Суду Киргизстану і порядку його формування, зрозуміло, не означає незмінюваності цих елементів правового статусу органу конституційної юрисдикції. Але “жорсткий” порядок внесення змін до Конституції Киргизстану передбачає, що число суддів Конституційного Суду і порядок його формування, як і інші елементи конституційного статусу органу конституційної юрисдикції, можуть бути оптимізовані відповідно до інтересів усього суспільства, а не окремих осіб чи політичних сил.

Висновки. Запроваджена конституційним референдумом від 11 квітня 2021 р. форма правління, без перебільшення, небезпечна для демократії. Ця форма правління виразно тяжіє до президентської республіки і повною мірою відтворює властиві їй функціональні дефекти. Зосереджуючи владу в руках Президента, форма правління не встановлює ніяких спрямованих до нього ефективних стримувань і противаг. Тим самим форма правління провокує неконтрольоване посилення влади глави держави.

Перехід до цієї форми правління означає – успіх демократичних перетворень у Киргизстані вирішальною мірою буде залежати від особистих характеристик Президента. Однак одноосібна влада президента – ризикований засіб демократичних перетворень. Як показала світова практика і, зокрема, практика багатьох пострадянських держав, поєднання в особі президента статусів глави держави і глави виконавчої влади неминуче стає джерелом авторитаризму. Цілком очевидно, що зосередження влади в руках Президента Киргизстану істотно посилить авторитарні традиції, притаманні киргизькому суспільству.

Поєднання в особі президента статусів глави держави і глави виконавчої влади – регресивна генетична риса, “успадкована” президентською республікою від абсолютної монархії. У парламентарній і змішаній республіках посилення демократичних засад організації державної влади призвело до заміни одноосібної форми керівництва виконавчої влади колегіальною. У сучасний період розвитку республіканської форми правління такий неприродний для принципу народного суверенітету елемент організації державної влади, як поєднання в одній особі статусів глави держави і глави виконавчої влади в “чистому вигляді”, трапляється все рідше. Поєднання в особі президента статусів глави держави і глави

виконавчої влади пояснює іманентне тяжіння президентської республіки до авторитаризму. Не випадково, що явище суперпрезидентства простежується в тих країнах, де президент фактично, а часто і формально-юридично є главою виконавчої влади. Можливо, ініціатори конституційної реформи зможуть назвати хоча б одну пострадянську державу, де поєднання в особі президента статусів глави держави і глави виконавчої влади забезпечило становлення повноцінного громадянського суспільства і демократичний вектор політичного розвитку країни? Не випадково, що в країнах Західної і Центральної Європи прихильність принципам демократичного державного будівництва спричинила відмову від президентської форми правління і суттєве конституційне обмеження влади глави держави.

Треба очікувати, що наслідками надмірної президенціалізації форми правління в Киргизстані стануть розвиток явища суперпрезидентства й ерозія ще не зміцнілих інститутів демократії. Авторитарна сутність форми правління буде при цьому провокувати революційні зміни в політичній системі країни.

У Киргизстані переродженню влади Президента в його особисту диктатуру можуть ефективно перешкоджати тільки збереження і подальше збільшення рівня впливу Парламенту на виконавчу владу. Водночас створюючи конституційні умови для розвитку суперпрезидентства, киргизьке суспільство може отримати цінний політичний досвід, важливий для побудови в Киргизстані демократичної державності в майбутньому.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Krasnov M, Shablinskij I, *Rossijskaya sistema vlasti: treugol'nik s odnim uglom* (Institut prava i publichnoj politiki 2008) (in Russian).
2. Chirkin V, *Glava gosudarstva. Sravnitel'no-pravovoe issledovanie* (Norma: Infra-M 2010) (in Russian).

Edited and translated books

3. Sartori Dzh, *Porivnialna konstytuciina inzheneriia: doslidzhennia struktur, motyviv i rezulativ* (per z 2-ho anhl vyd, ArtEk 2001) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Shapoval V, 'Vykonavcha vlada v Ukraini u konteksti formy derzhavnoho pravlinnia (dosvid do pryiniattia Konstytutsii Ukrainy 1996 roku)' (2016) 3 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
5. Shapoval V, 'Vykonavcha vlada v Ukraini u konteksti formy derzhavnoho pravlinnia (dosvid pislia pryiniattia Konstytutsii Ukrainy 1996 roku)' (2016) 4 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).

Roman Martyniuk

CONSTITUTIONAL REFORM IN KYRGYZSTAN IN 2021:
A CHANGE IN THE FORM OF GOVERNMENT

ABSTRACT. In Kyrgyzstan, constitutional changes in the form of government accompanied and legalized important events in the country's political life. The first Constitution of sovereign Kyrgyzstan of May 5, 1993 established a presidentialized form of government typical of the post-Soviet space. For most of its legal features, it gravitated toward a presidential republic and yet was not identical to it. Given the lack of dualism of the executive branch, it was impossible to consider it a mixed republic. This form of government has repeatedly been subject to various adjustments. The constitutional changes of October 21, 2007 provided a significant parliamentarization of the form of government, but generally did not overcome its authoritarian nature. The Constitution of Kyrgyzstan, as amended by the Venice Commission on October 21, 2007, 'preserved the semi-presidential system, but <...> in fact, political powers are again concentrated in the hands of the President'. A fundamental revision of the form of government took place in 2010, when a new Constitution of Kyrgyzstan was approved in a referendum. The Constitution of Kyrgyzstan of June 27, 2010 enshrined a mixed republican form of government.

On April 11, 2021, a constitutional referendum was held in Kyrgyzstan, which amended the basic law of the state. On the same day, the presidential election in Kyrgyzstan was held, in which the acting president, politician Sadyr Zhaparov, won. This clearly demonstrated the role of a subjective factor in the constitutional process. The constitutional changes affected all sections of Kyrgyzstan's constitution, but their most important consequence was the introduction of a new eclectic form of government with a hypertrophied constitutional status of the president. The authoritarian potential of this form of government is as high as that of a classical presidential republic, which gives reason to expect the erosion of the weakened institutions of democracy and the development of the phenomenon of super-presidency in the country.

The scientific article examines the legal features of the form of government introduced by the constitutional referendum on April 11, 2021, attempts to classify it correctly, and analyzes its shortcomings.

KEYWORDS: constitution; constitutional referendum; form of government; president; executive power; rule of law; separation of powers; responsibility of power.



Микола Самбор

кандидат юридичних наук,
начальник сектора моніторингу Прилуцького районного
відділу поліції
Головного управління Національної поліції
в Чернігівській області,
депутат Прилуцької районної ради
(Прилуки, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0446-3892>
NIKOLAS783@ukr.net

УДК 342.729:340.1(477)

ПРАВОРОЗУМІННЯ ЗМІСТУ ПРАВА НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ

АНОТАЦІЯ. Право на свободу мирних зібрань як одне із прав і свобод людини привертає увагу дослідників, які спрямовують свої пошуки на теоретичне обґрунтування змісту цього права, а також пересічних людей, які прагнуть зрозуміти зміст і призначення права на свободу мирних зібрань, аби мати об'єктивну можливість скористатися суб'єктивною волею реалізувати власний інтерес у формі права на свободу мирних зібрань. Соціальні, економічні, політичні, внутрішньо державні та міждержавні глобалізаційні процеси, що відбуваються на початку XXI ст., зумовлюють необхідність у переосмисленні сформованого праворозуміння права на свободу мирних зібрань.

Метою статті є аналіз теоретичних основ розуміння права на свободу мирних зібрань і застосування норм позитивного права для регулювання відповідних суспільних відносин з його здійснення, та на основі цього формування правової позиції розуміння змісту права на свободу мирних зібрань.

Процес інтелектуального осмислення права на свободу мирних зібрань, формування усталеного бачення змісту цього права, вираженого у конкретних правових формулах про сутність і функціонування права на свободу мирних зібрань, неабияк вплине на правову культуру людини, забезпечить функціональні умови здійснення права на свободу мирних зібрань і його здійснення у реальних суспільних відносинах, урегульованих за допомогою норм позитивного права, які спиратимуться на природно-правові начала розуміння права загалом та права на свободу мирних зібрань зокрема.

Праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань можливе, по-перше, з огляду на розуміння змісту права на свободу мирних зібрань, а саме: усвідомлення розуміння елементів права і свободи у змісті цього права. По-друге, формування єдиної доктрини сфери застосування права на свободу мирних зібрань, яка не може і не повинна обмежуватися політичною складовою людського буття. По-третє, важливим є усвідомлення умови здійснення права на свободу мирних зібрань, яка являє собою широке поле реалізації можливостей особистості, за умови невторчання у приватноправову сферу суб'єктів державної влади. По-четверте, розуміння поняття “збиратися”, яке підтверджує правову позицію про ідентифікацію права на свободу мирних зібрань не лише як права колективного, а й як права індивідуального,

окремої людини. По-п'яте, формування на основі загальнотеоретичного розуміння змісту права на свободу мирних зібрань усталеного праворозуміння доктрини змісту права на свободу мирних зібрань та особливостей механізму (алгоритму) його здійснення як елемента змісту правовідносин.

Ключові слова: право; свобода; право на свободу мирних зібрань; праворозуміння; зміст права на свободу мирних зібрань; інтерес; збиратися мирно.

Україна як незалежна держава й українське суспільство переживають непрості часи. Причин для цього багато, як внутрішніх, так і зовнішніх. Здобуття українцями незалежності, створення власної незалежної держави продиктовано історичними умовами існування українського етносу, непоодиноким прагнень українців мати власну незалежну державу, розвиватися за власними векторами, прагнути до втілення на власній землі ідеалів справедливості.

Переконливо звучить те, що становлення і розвиток держави відбуваються за різними векторами, однак, упевнені у тому, що всі ці вектори мають об'єднуватися в одну незмінну константу – прагнення розбудови незалежної, демократичної, правової і соціальної держави Україна з громадянським суспільством.

Важливим елементом досягнення зазначеної мети є формування власної правової системи, заснованої передусім на засадах свободи, рівності та справедливості, як унікальному фундаменті розбудови зазначеної системи громадянського суспільства та правової держави.

Правнича спадщина, яка дісталася Україні, не є досконалою, а скоріш за все є свідченням тоталітарного панування над українцями. Незважаючи на це, проголосивши незалежність, Україна розпочала кропітку правову роботу над розбудовою власної правової системи та системи законодавства, заснованих на гуманістичних і людиноцентристських підходах. Однак маємо усвідомлювати те, що одним помахом неможливо вимкнути дію всієї системи (гарної чи поганої) законодавства, норми якої покликані були регулювати суспільні відносини, хоча й засновані на інших соціально-правових та економічних базисах.

Тридцятиріччя незалежності України засвідчило, що політичне втручання у правову систему негативно позначається на її системних зв'язках, що призводить до ухвалення рішень, які є або випадковими, що не утворюють необхідних зв'язків між нормами нового й існуючого позитивного права у країні, унаслідок чого виникає декілька джерел регулювання однотипних правових відносин, або фрагментарними, що порушують системоутворюючі зв'язки у правовій системі. Застосування ж темпорального підходу у виборі правових норм для регулювання відповідних суспільних відносин не усуває колізію зазначених норм, а подекуди породжує спори про право. Ухвалення відповідних рішень про розв'язання таких спорів інколи призводить до зневіри у системі не лише

правотворення та правового регулювання, а й правосуддя, оскільки для суспільства подекуди важливішими є політична інтерпретація норм і судових рішень, аніж сама норма, порядок і правила її застосування для правового регулювання відповідних суспільних відносин.

Зазначена проблематика не є причиною негараздів у правовому регулюванні, а скоріш за все наслідком відсутності сучасного праворозуміння, що ґрунтувалось би на демократичних засадах побудови громадянського суспільства. Переконані, що правовий нігілізм, а також праворозуміння і правосвідомість, які панують у сучасному українському суспільстві, сформовані на основі особистих (індивідуальних) інтересів суб'єктів, які утримують владу у державі, а також бажають зберегти тотальний контроль над суспільством і всіма його відносинами, однак потребують цілеспрямованого впливу на культуру громадян, поширення правових знань, заснованих на сучасних досягненнях правової науки не лише у межах України, а й у світі.

Реформування теоретичних основ права не є новими, проте зусилля у напрямі його впровадження наштовхуються на безліч перепон, зумовлених як домінуванням у теоретичній юридичній науці поглядів, які сформовані під впливом радянського періоду правознавства, а також закритого клубу та небажання до сприйняття сучасних поглядів юристів, які пропонують власне бачення, засноване не на дублюванні та цитуванні, зокрема й видатних теоретиків права, які творили за інших соціально-політичних та ідеологічно-правових умов, а на сучасному сприйнятті правової дійсності, розуміння економічних і соціальних основ буття українського суспільства, формування сталих орієнтирів розвитку правової науки у державі та поширення правових знань серед населення України. Думається, що сучасні погляди вітчизняних науковців і суб'єктів правозастосування мають логічно увійти у правову доктрину, а наявні правові позиції або набути належного теоретичного обґрунтування, або спростування. Беззаперечно, дослідити й обґрунтувати всі правові явища, поняття і категорії у межах однієї праці, незважаючи на її обсяг, неможливо, а з деяких причин – і недоцільно. Водночас, вважаємо, що дослідження окремих правових явищ, понять дасть змогу сформулювати зміст таких понять, забезпечити єдність не лише наукових поглядів і доктрини, а й юридичної науки і практики у використанні, виконанні, дотриманні, реалізації чи застосуванні відповідного правового явища.

Ключовим у розвитку будь-якої країни є розуміння її апаратом змісту прав, свобод та інтересів людини, впровадження дієвих механізмів (алгоритмів) дій, перш за все суб'єктів публічної адміністрації, спрямованих на створення умов задоволення інтересів людини, громадянина. Серед усього спектру прав, свобод та інтересів виділяється право на свободу мирних зібрань, здійснення якого напряму залежить від розуміння його

змісту як носіями цього права, так і органами влади й управління, іншими суб'єктами та представниками органів державної влади, підприємств, установ та організацій державної, комунальної, а також приватної форм власності, від ефективності виконання повноважень яких залежить свобода здійснення права на мирні зібрання. У третьому тисячолітті право на свободу мирних зібрань розкривається під іншим кутом зору, виходячи за буденне його розуміння виключно як права політичного, пов'язаного із реалізацією інтересів людей у сфері здобуття, утримання або зміни політичних еліт.

З огляду на сказане, а також проаналізувавши наявні теоретичні доктрини розуміння права на свободу мирних зібрань, а особливо – правозастосовну практику здійснення цього права суб'єктами – носіями, реалізації заходів, спрямованих на свободу здійснення права на свободу мирних зібрань суб'єктами публічної адміністрації, усталену практику захисту й охорони права на свободу мирних зібрань у національних судах, доходимо впевненості в необхідності дослідження змісту права на свободу мирних зібрань і формування єдиної правової доктрини розуміння змісту права на свободу мирних зібрань і правової позиції в обґрунтуванні алгоритмів використання норм позитивного права, що використовуються для регулювання суспільних відносин із реалізації права на свободу мирних зібрань, з метою охорони та захисту здійснення цього права.

Метою дослідження є аналіз теоретичних основ розуміння права на свободу мирних зібрань і застосування норм позитивного права для регулювання відповідних суспільних відносин з його здійснення, та на основі цього формування правової позиції розуміння змісту права на свободу мирних зібрань.

Переконані у тому, що інтерпретація права на свободу мирних зібрань має відбуватися на фундаменті пануючих цінностей і принципів права, які сформовані та домінують у суспільстві.

Розуміння змісту права на свободу мирних зібрань можливе на підставі кристалізації пануючого праворозуміння, сформованої практики правотворчості з виростанням досягнень юридичної науки правотворчої техніки.

Право на свободу мирних зібрань є надважливим засобом реалізації особистості в соціальному середовищі, підтримання комунікації у соціальному середовищі, вираження індивідуальних і колективних інтересів, формування не просто консенсусу, а саме компромісу інтересів крізь призму юридичних засобів.

Запропонований нижче підхід до розуміння змісту права на свободу мирних зібрань є виключно індивідуальною правовою позицією автора.

Власне правова позиція є надважливим інструментом практичного втілення правових приписів у суспільні відносини, спрямованого на утвердження права як ефективного регулятора суспільних відносин. За своєю природою правова позиція не породжує нові норми, а тому як джерело права може сприйматись лише як діяльна його складова, що надає праву “живого” змісту, коли норма права слугує не універсальним регулятором, а активним практичним регулятором конкретних (на відміну від абстрактних) суспільних відносин із цілком конкретними учасниками. Правова позиція – це інтелектуально-вольова, дослідницько-пошукова діяльність суб’єкта права, пов’язана з формуванням і викладенням мотивованої та обґрунтованої думки на основі дослідження обставин справи, кваліфікації діянь учасників правовідносин, а також обрання на власний розсуд і за власною інтерпретацією норм позитивного права, які слід використовувати як засіб урегулювання (унормування) конкретних суспільних відносин та їхнього обґрунтування. Правова позиція є емпіричною реальністю застосування суб’єктом ідеально-теоретичної абстрактної конструкції (моделі) норми права в повсякденному житті¹.

Думається, що розуміння правового явища, поняття чи категорії неможливе без сприйняття поняття “право”, оскільки саме воно дає фундамент для розвитку та становлення відповідних понять і категорій, зокрема й поняття права на свободу мирних зібрань.

Доволі усталений підхід, який нині посів у правовій науці чільне місце, полягає, власне, у тому, що розуміння права зводиться до такого: це система норм (правил поведінки) і принципів, встановлених або визнаних державою як регулятори суспільних відносин, які формально закріплюють міру свободи, рівності та справедливості відповідно до суспільних, групових та індивідуальних інтересів, які забезпечуються всіма заходами легального впливу аж до примусу². Право у сучасному його розумінні кристалізує розуміння свободи, рівності та справедливості у суспільстві, зобов’язуючи державу та її апарат формувати, приймати й доводити до відома, забезпечувати виконання відповідних правил, спрямованих на регулювання суспільних відносин відповідно до вказаних цінностей.

Сутність права як продукту життєдіяльності людської спільноти – суспільства зводиться до свободи особистості, під якою розуміється простір для незабороненої поведінки, що реалізується у формі використання суб’єктивних прав, виконання юридичних обов’язків. Проте, на нашу думку, це формулювання слід доповнити: “дотримання заборон, вихід за межі є причиною та створює умови для застосування державного впли-

¹ М Самбор, ‘Правова позиція в українській правовій доктрині’ [2018] 2 (107) Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 83.

² О Скакун, *Теорія держави і права* (Консум 2001) 216.

ву”³. Отже, право визначає соціальні закономірності відносин у суспільстві, їхні одноманітності, що утворює простір для визначення певних можливостей, завдяки яким людина здатна співіснувати та взаємодіяти з іншими. Сфера можливостей людини, як перша складова розуміння права, дає змогу діяти за допустимими стандартами, враховуючи природу людини, що визначені як права і свободи. Слід зауважити, що саме сфера використання можливостей учасника відносин, урегульованих правом, позначається двома категоріями: права і свободи; тоді як інші елементи змісту правовідносин є більш категоричними й однозначними: обов’язки, відповідальність. Другою складовою є рівна можливість використання цих прав і свобод усіма учасниками суспільних відносин, що висвітлює суспільство як суспільство рівних людей.

Третьою неодмінною складовою, що визначає зміст і призначення права, є справедливість. Лише визнання об’єктивного змісту поняття справедливості дає можливість знайти межу, яка відділяє справжню справедливість, що характеризує реальні суспільні відносини в їх поступальному розвитку, від найрізноманітніших фальсифікацій під виглядом справедливості⁴. На нашу думку, справедливість є суспільно-історичною категорією, яка відображає інтереси соціальних груп, окремих представників соціуму і, зрештою, всього суспільства, що спонукає кожного самостійно й свідомо обирати поведінку у суспільних відносинах, що гарантують рівність учасників й свободу їхньої поведінки. Звідси, свобода, рівність і справедливість, на наше переконання, являють собою замкнене кільце, що створює плацдарм для розвитку суспільних відносин, їх наповнення змістом у виді прав, свобод, обов’язків та відповідальності.

З огляду на наявне розуміння права у суспільстві, слід підходити до з’ясування змісту права на свободу мирних зібрань і формування доктрини його праворозуміння.

Отож, більш детально розглянемо право на свободу мирних зібрань саме крізь призму свободи, рівності та справедливості – фундаментальних основ сучасного права, які визначають роль права у сучасному світі.

Перш за все слід розглянути юридичну конструкцію, яка формально юридично виражає право на свободу мирних зібрань. У цьому контексті важливо враховувати закладені підвалини розуміння права у суспільстві, що є вихідним джерелом розуміння правових і неправових понять і категорій, зокрема й права на свободу мирних зібрань.

Формулювання “право на свободу мирних зібрань” охоплює собою декілька елементів, які, на нашу думку, можна звести до таких елементів: 1) право як певна можливість діяти; 2) свобода як межа діяльності;

³ М Самбор, ‘Право як поняття та підходи до його розуміння’ (2011) 87 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 63.

⁴ Л Кравченко, *Справедливість як вибір* (Молодь 1998) 8.

3) мирне зібрання як діяльнісний аспект можливості; 4) мета і зміст використання відповідної можливості. Водночас маємо наголосити на тому, що поєднання понять “право” і “свобода” на позначення одного поняття за певних умов дає змогу вести мову про певну тавтологію.

Поміж сказаного, маємо зауважити, що право на свободу мирних зібрань у своїй юридичній конструкції містить посилення на свободу як невід’ємну частину права, як регулятора поведінки загалом. Зазначене, на наше переконання, додатково підкреслює значущість права на свободу мирних зібрань для людини як соціальної істоти.

Об’єктивність наукового знання традиційно передбачала визнання абсолютного характеру знання⁵. Визнання погрішимості знання означає, що хоча ми можемо жадати істини й навіть здатні виявляти її (у багатьох випадках це нам вдасться), проте ми ніколи не можемо бути впевнені до кінця, що дійсно володіємо істиною. Завжди є можливість помилки. Незважаючи на це, вчення про погрішимість знання не дає ніяких приводів для скептичних висновків. У цьому неважко переконатися, якщо замислитися про те, що всі відомі з історії приклади людської погрішності, враховуючи всі відомі приклади судових помилок, є віхами прогресу нашого пізнання⁶. Спираючись на зазначені положення, а також сформовану й нормативно виражену конструкцію права на свободу мирних зібрань і права збиратися мирно, без зброї та проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, слід зупинитися на тому, що вказане право має мультизміст, що не обмежується виключно можливістю перебувати в оточенні інших осіб. Право на свободу мирних зібрань, на нашу думку, є засобом реалізації особистості у соціальному середовищі щодо розповсюдження поглядів, думок, зрештою, інформації, а також відстоювання гідності людини, її прав та інтересів у відносинах з іншими представниками суспільства й державою як особливим інститутом суспільства. У контексті сказаного, право на свободу мирних зібрань видається визначальним правом людини як соціальної істоти, що визначає її взаємозв’язки у суспільстві.

Досліджуючи право на свободу мирних зібрань на сучасному темпорально-правовому етапі розвитку суспільства та суспільних відносин, розвитку права як регулятора останніх, прискіпливіше дослідимо співвідношення та співіснування права і свободи, оскільки їх використання відбувається часто у сукупності.

Проте відмінність між правами і свободами як соціальними явищами, а також між відповідними поняттями (якщо не вважати їх тотожними) ще й дотепер однозначно не з’ясована навіть на загальнотеоретичному рівні. Тому терміни “права” і “свободи” нерідко використовуються як си-

⁵ В Десятник, ‘Критичне правознавство: методологічні основи’ (дис д-ра юрид наук, 2018) 117.

⁶ Там само 123.

ноніми⁷. Очевидно, що пошук істини вказаних понять слід здійснювати у природно-правових началах.

Терміно-поняття “природа” та похідні від нього прикметники (“природний”, “природна”, “природне”, “природні”) є, як свідчать сучасні тлумачні словники слов’янських мов, багатозначними, полісемічними. А тому ті, хто їх використовують (особливо ж юристи), мали би в кожному випадку конкретизувати й декларувати, в якому саме з можливих значень їх застосовано. Якщо ж цього уникати, виникає ризик того, що такі слова можуть послугувати інструментами підміни понять, тобто, якщо можна так висловитися, термінологічними маніпуляторами⁸. Органічна соціальність розглядуваного феномена об’єктивно “задана” природною (закономірною) соціальністю існування людини: свої права вона може мати тільки стосовно якогось іншого суб’єкта (у якого – знову ж унаслідок такої соціальності – цілком закономірно, природно виникають й обов’язки щодо носія прав)⁹. Загалом же, ясна річ, обґрунтування соціальної природи основоположних прав людини аж ніяк не виключає, а, навпаки, неодмінно враховує визнання й біологічної природності багатьох із них¹⁰. Природа права на свободу мирних зібрань, думається, полягає у людській природі, яка є бінарною, оскільки поєднує біологічну та соціальну складові. Вочевидь, природа права на свободу мирних зібрань тяжіє до соціальної складової, оскільки передбачає можливість налагодження комунікативних зв’язків між людьми. Однак це не заперечує біологічну складову, оскільки саме таке спілкування та комунікація “закладені” у людині чи не на генетичному її рівні, адже людина сама собою є істотою соціальною, для якої необхідне спілкування, їй не притаманно усамітнення, життя одноосібно. Очевидним є те, що поняття “свобода”, яке використовується на позначення відповідної можливості поряд із поняттям “право” сприймається як межа можливої поведінки.

Свобода людини, тобто простір здійснення можливостей людської поведінки (діяльності)¹¹. Безперечно, що свобода не може бути абсолютною. Свобода – це сфера комфорту окремої особистості та соціуму, в якому людина перебуває. Тому, на нашу думку, свобода як елемент права на свободу мирних зібрань – це сформована історично та сприйнята суспільством сфера реалізації та здійснення окремих можливостей людини. Зміст свободи ми вже досліджували¹². Водночас, думається, що закладене поняття “свобода” у формулі “право на свободу мирних зібрань” не є свободою абсолютною, а лише соціально сприйнятою. Слід

⁷ П Рабінович, *Основи теорії та філософії права* (Медицина і право 2021) 18.

⁸ П Рабінович, ‘Універсальний канон людських прав’ (2018) 9 *Право України* 115.

⁹ Рабінович (н 8) 116.

¹⁰ Там само 117.

¹¹ Рабінович (н 7) 8.

¹² М Самбор, ‘Свобода, як елемент права на свободу мирних зібрань’ [2018] 3 (94) *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ* 210–5.

розмежовувати соціально сприйнятту свободу та свободу, запропоновану державою, коли держава у власних інтересах та інтересах суб'єктів публічної адміністрації визначають допустимі межі свободи людини. В останньому випадку свобода набуває ознак, коли винятки є лише незначним її сегментом, а такі винятки, запропоновані державою, стають єдиною свободою людини, принцип “дозволено все, що прямо не заборонено” трансформується у принцип “дозволено лише те, що визначено законом”, нормою позитивного права, яка є продуктом діяльності суб'єктів, які утримують державну владу.

“Свобода” – у широкому філософському розумінні – природний стан народу або окремої людини, який характеризується можливістю діяти на власний розсуд. У вузькому розумінні “свобода” – суб'єктивна можливість людини і громадянина здійснювати або не здійснювати певні дії, що ґрунтуються на його конституційних правах і свободах¹³.

Враховуючи озвучене, свободу як елемент права на свободу мирних зібрань слід розглядати як сферу людського буття, окреслену соціальними межами, для здійснення людиною відповідно до її інтересів можливостей індивіда. Свобода, залежно від особливостей побудови суспільства, сформованих у ньому соціальних зв'язків й особливостей організації та здійснення влади у ньому, може являти собою соціально обумовлену свободу, яка характеризується правовим принципом “дозволено все, що прямо не заборонено”, або ж мати усічений вираз, зумовлений деформованим сприйняттям свободи суб'єктами, які утримують державну владу, які прагнуть підкорити людину своїм індивідуальним (приватним) інтересам, створюючи антидемократичну форму правління. За таких обставин формулу свободи у правовому просторі, у правовідносинах, змістом яких є право на свободу мирних зібрань, можна сприймати як принцип “дозволено те, що прямо визначено у законі”.

Право на свободу – це сукупність нормативно-правових конструкцій регулювання морально зумовленої поведінки фізичної особи (людини, громадянина) у різноманітних проявах свободи у праві. Навіть приблизне законодавче окреслення сфер прояву свободи у праві виявляється винятково складним. Проте на певному етапі історичного розвитку суспільство акцентує увагу на окремих проявах свободи, які є найважливішими на думку сучасників. Свобода – це складне явище, яке потребує комплексного та всебічного вивчення. Свобода є природною ознакою і водночас необхідністю людини, втіленням самодостатності й індивідуальності кожного. Різноманітність видів свободи дає змогу детальніше ознайомитися з її істинною суттю, а дослідження взаємозв'язків свободи з іншими явищами (такими як право, мораль, відповідальність) сприяє встанов-

¹³ О Ботанов, ‘Свобода’ в *Юридична енциклопедія, т 5: П–С* (Шемшученко Ю ред, Укр енцикл 1998) 441.

ленню основних її проявів¹⁴. Думається, що свобода досліджуваного права є результатом свободи людини у конкретному суспільстві та природі, свободи вибору поведінки та вступу у відносини, свободи визначати зміст суспільних відносин на власний розсуд із мінімально необхідним втручанням держави та її апарату у такі правовідносини виключно у межах, які необхідні для забезпечення можливості здійснення цієї свободи, не лише конкретного суб'єкта, а й невизначеного кола суб'єктів відповідного політико-територіального об'єднання.

Когнітивні підходи до дослідження права на свободу мирних зібрань підказують необхідність спиратися на усталені, традиційні уявлення не лише права, а й загалом правозастосування і праворозуміння, що домінують у правовій системі та системі законодавства України.

Характерною ознакою української правової системи в її історичному та сучасному вимірі є антропоцентризм, зумовлений стійкими традиціями звичаєвого права, гуманістичним змістом вітчизняної філософії права, правоментальними характеристиками українського народу, якими є індивідуалізм, волелюбність, прагнення до справедливості, приватно-власницькі почуття тощо¹⁵. Звідси, переконані, що право на свободу мирних зібрань слід розглядати як можливість людини, яка не підпадає ніяким заборонам, за винятком тих, що встановлені в Основному Законі України¹⁶, і спрямовані на утвердження України як правової, соціальної держави. Такі заборони мають являти собою надзвичайні винятки, які не повинні жодним чином перешкоджати здійсненню права на свободу мирних зібрань, навіть тоді, коли останні суперечать пануючій ідеології, світоглядним орієнтирам суб'єктів владних повноважень. Принципово важливим у прийнятті рішення про обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань є його співмірність із необхідністю охорони чи захисту інших прав і свобод людини, перш за все її особистих прав і свобод. Водночас, думається, що встановлення та застосування будь-яких обмежень чи заборони здійснення права на свободу мирних зібрань не може бути викликано інтересами більшості. Адже за такого підходу у право повертатиметься пануючий за радянського тоталітарного періоду підхід, коли колективний інтерес поглинає будь-який індивідуальний інтерес, а особистість втрачає свою індивідуальність на угоду колективу.

Право на свободу мирних зібрань відносять до колективних прав¹⁷. Колективні права – це права, які належать умовній або статистичній

¹⁴ Л. Ярмол, С. Вандьо, 'Поняття, значення свободи та її взаємозв'язок із правом' (2015) 825 Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Серія: Юридичні науки 252–7.

¹⁵ В. Завальнюк, 'Антропологізація права як тенденція розвитку юриспруденції сучасної України' (автореф. дис. д-ра юрид. наук, 2019) 6.

¹⁶ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 15.08.2021).

¹⁷ О. Панкевич, 'Колективні людські права: деякі філософсько-правові та загальнотеоретичні аспекти (до ювілею Загальної декларації прав людини)' (2018) 9 Право України 128.

множині, які реалізуються цілою множиною як такою, які не є простою сумою індивідуальних прав осіб, що входять до цієї множини, а мають якісно нові властивості (синергетичний ефект), визначені певними цілями й інтересами колективного утворення. Колективні права можуть бути порушені відносно множини загалом, вони вимагають певного відособлення в регламентації та створенні належного інституційного середовища в національному просторі¹⁸. На наше переконання, видається необґрунтованим звуження суб'єктного складу здійснення цього права. Думається, що здійснювати право на свободу мирних зібрань може й окремо взята людина, яка прагне реалізувати приватний інтерес, донести невизначеному колу суб'єктів точку зору на предмет, що став підставою для здійснення суб'єктом його права на свободу мирних зібрань.

Водночас маємо нагадати, що досліджуване право має різну правову конструкцію, завдяки якій окремі суб'єкти владних повноважень прагнуть маніпулювати інтересами людей, а також обмежувати їх у можливостях. Однією з таких конструкцій є право збиратися мирно, без зброї і проводити мітинги, походи і демонстрації, якою, до речі, й скористався суб'єкт законодавчої ініціативи, під час ухвалення Конституції України.

Право збиратися мирно, без зброї і проводити мітинги, походи і демонстрації гарантує громадянам можливість публічно висловлювати думки за своїми переконаннями з різних питань суспільного життя¹⁹. Переконані, що здійснення вказаних можливостей не повинне ідентифікуватися й обумовлюватися виключно колективним інтересом, людина здатна реалізовувати вказаний інтерес через здійснення права на свободу мирних зібрань індивідуально. Так само й мітинги, походи і демонстрації не можуть і не повинні звужувати форми здійснення цього права. Оскільки слово “збиратися” дійсно слід розглядати під призмою гарантованої можливості перебувати в оточенні не лише однодумців. На наше переконання, дієслово “збиратися” характеризує як можливість окремої людини, як вираження пропозиції до єднання, так і можливості багатьох, які унаслідок вже наявного спільного інтересу виявляють свою волю бути разом. Мета ж такого спільного перебування для реалізації права на свободу мирних зібрань відіграє істотну роль у здійсненні цього права лише під час визначення можливості обмеження чи заборони здійснення права на свободу мирних зібрань.

Слово “збиратися” в українській мові має такі значення:

1. Сходитися, з'їжджатися, злітатися і т. ін. в одне місце. Сходячись, з'їжджаючись, злітаючись і т. ін. докупити, розташовуватися, групуватися

¹⁸ Е Регеда, ‘Коллективные права этнических общностей в конституционном праве Российской Федерации’ (автореф. дисс канд юрид наук, 2009) 9.

¹⁹ Г Мурашин, ‘Право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації’ в *Юридична енциклопедія*, т 5: П–С (Шемшученко Ю ред, Укр енцикл 1998) 10.

яким-небудь способом. 2. Поступово нагромаджуватися, наростати, утворюватися. 3. Нагромаджуючи кошти, ставати спроможним на придбання чого-небудь. 4. Набиратися, одержуватися внаслідок поступового приєднання. 5. рідко. Нараховуватися, бути в якійсь кількості. 6. Стягуватися зморшками, складками і т. ін. 7. Готуватися для того, щоб іти, їхати і т. ін. кудись або перед тим, як робити що-небудь; готуватися до чогось²⁰.

Разом зі сказаним маємо зауважити, що поняття “збиратися”, на нашу думку, засвідчує не лише прагнення значної кількості осіб, які поєднані спільним інтересом, а й волю окремої людини, яка бажає реалізувати свій інтерес завдяки об’єднанню у зібранні людей. У такий спосіб, здійснюючи право на свободу мирних зібрань, людина здатна творити, змінювати власне буття, умови життя і трансформувати політико-правові, соціально-економічні умови існування людини.

Буттєві права та свободи – це певні можливості людини, які необхідні для задоволення біологічних і соціальних потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об’єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпечені обов’язками інших суб’єктів²¹. Саме до колективних буттєвих прав П. Рабінович відносить право на свободу мирних зібрань²². Безперечно, підтримуючи таку точку зору, маємо зауважити лише на тому, що право на свободу мирних зібрань є індивідуальним, належним конкретній людині, здійснюється індивідуально, а ось зміст цього права може бути як індивідуальним, наприклад, індивідуальний протест, або, як це було популярним на початку 90-х років ХХ ст., голодування окремих громадських чи політичних активістів, так і колективним, та ж демонстрація, маніфестація, масове гуляння тощо. Адже у свідомості більшості людей, зокрема й науковців, право на свободу мирних зібрань асоціюється саме з політичною сферою буття. Саме так право на свободу мирних зібрань ідентифікується й у Конституції України, а тому вказане право асоціюється з об’єднанням громадян. Водночас життя переконує нас у тому, що право на свободу мирних зібрань може мати індивідуальний характер, а його носієм бути одна людина.

Однак слід усвідомлювати те, що праворозуміння – це відображення у людській свідомості за посередництва поняття “право” того явища, яке є корисним для задоволення потреб існування і розвитку певного суб’єкта²³. Відтак праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань не повинно бути безпідставно звуженим, таким, що зводить сферу здійснення права на свободу мирних зібрань виключно до політич-

²⁰ Словник української мови, т 3: 3 (Білодід І голова редкол, Наук думка 1972).

²¹ Рабінович (н 7) 17.

²² Там само 35.

²³ Там само 11.

ної складової життя людини і соціуму, до колективного суб'єкта його здійснення, прямої залежності здійснення цього права від поведінки та реалізації повноважень представниками державного апарату тощо. Те, як суспільство і людина у ньому сприймає зміст права на свободу мирних зібрань, розуміє його зміст, напряду залежить сфера використання права на свободу мирних зібрань та ефективність використання і здійснення суспільством і кожним його членом цього права, а також місце та роль суспільних відносин, у межах яких здійснюватиметься право на свободу мирних зібрань.

Висновки. Підсумовуючи дослідження, доходимо висновку про те, що право на свободу мирних зібрань на сучасному етапі розвитку суспільства не лише України потребує його переосмислення з урахуванням змін у соціальних, економічних, політичних, правових та інших сферах людського буття. Право на свободу мирних зібрань для сучасної людини відіграє одну з провідних ролей, що визначають її місце у сучасному суспільстві та прийнятті рішень в управлінні суспільними і державними справами. Однак формування єдиного праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань, вибору суспільних відносин, у межах змісту яких право на свободу мирних зібрань можна здійснювати, потребує існування доктрини праворозуміння права на свободу мирних зібрань, яке сприйме суспільство.

Номінальність і стандартизація змісту права на свободу мирних зібрань може зруйнувати природно-правове походження цього права та його важливість для людини. Тому уніфікація розуміння права на свободу мирних зібрань повинна стосуватися фундаментальних складових, що мають бути нерушимими стовпами, тоді як механізми й алгоритми здійснення цього права повинні мати в собі динамічні складові, які дають змогу ефективно використовувати вказане право у спосіб, який не порушує та не обмежує права і свободи інших людей. Не менш важливим, на нашу думку, є законодавче визначення повноважень органів державної влади, інших суб'єктів публічної адміністрації під час, напередодні та після здійснення права на свободу мирних зібрань. Переконані, що ключовим у розумінні здійснення права на свободу мирних зібрань стане усвідомлення суспільством того, що будь-який масовий захід, який передбачає різну мету і характер – від концерту, ярмарку, зібрання на святкування до політичних зібрань – є результатом здійснення права на свободу мирних зібрань, а не просто організації та реалізації масового заходу.

По-перше, праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань має охопити не лише розуміння меж свободи як самого права, сфери його використання і здійснення, а й усвідомлення розуміння елементів права і свободи у змісті цього права.

По-друге, слід усвідомити, що сфера здійснення права на свободу мирних зібрань не обмежується політичною складовою людського буття. Сучасний розвиток суспільних відносин довів, що право на свободу мирних зібрань здійснюється у різних сферах буття. Інший бік справи – те, що політичне життя є найбільш яскравим і найбільше висвітлюється у засобах масової інформації, відтак із політичними відносинами зазвичай ідентифікується здійснення права на свободу мирних зібрань, тоді як в інших сферах людського буття про здійснення права на свободу мирних зібрань просто не йдеться, хоча у зазначених відносинах суб'єкти використовують і здійснюють відповідне право, наприклад, фестиваль, ярмарок тощо.

По-третє, усвідомлення свободи здійснення права на свободу мирних зібрань, яка являє собою широке поле реалізації можливостей особистості, за умови невтручання у приватноправову сферу суб'єктів державної влади, визначивши для останніх повноваження із забезпечення реалізації права на свободу мирних зібрань для кожного члена суспільства.

По-четверте, праворозуміння поняття “збиратися”, яке підтверджує правову позицію про ідентифікацію права на свободу мирних зібрань не лише як права колективного, а й як права індивідуального, окремої людини. Адже право на свободу мирних зібрань може являти собою динамічну активність людини до об'єднання з іншими для досягнення, задоволення спільних інтересів.

По-п'яте, формування на основі загальнотеоретичного розуміння змісту права на свободу мирних зібрань усталеного праворозуміння доктрини змісту права на свободу мирних зібрань та особливостей механізму (алгоритму) його здійснення, гарантує можливість використання вказаного права всіма учасниками суспільних відносин, всіма і кожною окремо взятою людиною. Крім того, зазначене дасть змогу зробити доступним і зрозумілим аргументацію суб'єктів розв'язання спорів, пов'язаних із здійсненням права на свободу мирних зібрань, зокрема й аргументацію судів під час ухвалення рішень в адміністративних справах з усунення перешкод у реалізації права на свободу мирних зібрань. Поміж цього доктрина розуміння права на свободу мирних зібрань забезпечить єдність судової практики, застосування одних і тих же норм для регулювання однотипних суспільних відносин зі здійснення права на свободу мирних зібрань.

Глибоко переконані, що єдність праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань, сфокусована у правовій доктрині розуміння та здійснення цього права, істотно вплине не лише на правову культуру суспільства, забезпечення втілення демократичних засад у реальних суспільних відносинах, утвердження ідеалу верховенства права, а й забезпечить дієвий контроль за органами публічної адміністрації, утримуючи

їх від необґрунтованих втручань у приватноправову сферу буття людини, а також контроль за ефективним виконанням повноважень органів державної влади в інтересах людини, суспільства, а не окремих суб'єктів, які перебувають при владі та прагнуть утримати її за будь-яку ціну. Слід усвідомлювати і розуміти, що право на свободу мирних зібрань є одним із найдієвіших засобів не лише вираження інтересів людини, впливу на соціальне середовище, а й на ухвалення органами державної влади рішень саме в інтересах суб'єктів – носіїв цього права. Існування у суспільстві єдиного праворозуміння права на свободу мирних зібрань якісно вплине й на охорону та захист вказаного права, зокрема й органами судової гілки влади, унеможлививши застосування альтернативних обґрунтувань для ухвалення різних за своїм змістом рішень, що суперечать фундаментальним принципам демократії та верховенства права, які ухвалюватимуться виключно на догоду окремим суб'єктам публічної адміністрації, які за будь-яку ціну прагнуть пригнітити ініціативу людей, вплив єдиного джерела влади на ухвалення державних рішень.

Отже, праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань відіграє значну роль у розбудові України, перш за все як демократичної, правової та соціальної держави, для якої людина є найвищою соціальною цінністю, ставши якісним засобом обмеження суб'єктів владних повноважень від вчинення діянь, які суперечать інтересам суспільства й окремих його членів.

Упевнені, що праворозуміння змісту права на свободу мирних зібрань матиме вплив і на кожного окремо взятого члена суспільства – носія такого права, який свідомо зможе використовувати гарантовані йому права і свободи у власних інтересах через віднаходження компромісу між індивідуальними, колективними і державними інтересами, тим самим гармонізуючи зміст суспільних відносин.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kravchenko L, *Spravedlyvist yak vybir* (Molod 1998) (in Ukrainian).
2. Rabinovych P, *Osnovy teorii ta filosofii prava* (Medytsyna i pravo 2021) (in Ukrainian).
3. Skakun O, *Teoriia derzhavy i prava* (Konsum 2001) (in Ukrainian).

Dictionaries and encyclopedias

4. Botanov O, 'Svoboda' v *Yurydychna entsyklopediia*, t 6 (Ukr entsykl 2003) (in Ukrainian).
5. Murashyn H, 'Pravo zbyratysia myrno, bez zbroi i provodyty zbory, mitynhy, pokhody i demonstratsii' v *Yurydychna entsyklopediia*, t 6 (Ukr entsykl 2003) (in Ukrainian).
6. *Slovnnyk ukrainskoi movy*, t 3: Z (Bilodid I holova redkol, Nauk dumka 1972).

Journal articles

7. Pankevych O, 'Kolektyvni liudski prava: deiki filosofsko-pravovi ta zahalnoteoretychni aspekty (do yuvileiu Zahalnoi deklaratsii prav liudyny)' [2018] 9 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
8. Rabinovych P, 'Universalnyi kanon liudskykh prav' (2018) 9 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
9. Sambor M, 'Pravo yak ponyattia ta pidkhody do yoho rozuminnia' (2011) 87 Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky (in Ukrainian).
10. Sambor M, 'Pravova pozytsiia v ukrainskii pravovii doktryni' [2018] 2 (107) Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky (in Ukrainian).
11. Sambor M, 'Svoboda, yak element prava na svobodu myrnykh zibran' [2018] 3 (94) Naukovyi visnyk Dnipropetrovskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav (in Ukrainian).

Theses

12. Desyatnyk V, 'Krytychne pravoznavstvo: metodolohichni osnovy' (dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
13. Zavalniuk V, 'Antropolohizatsiia prava yak tendentsiia rozvytku yurysprudentsiyyi suchasnoyi Ukrainy' (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).
14. Regeda E, 'Kollektivnye prava etnicheskikh obshchnosti v konstitutsionnom prave Rossiiskoi Federatsii' (avtoref dys kand yuryd nauk 2009) (in Russian).

Websites

15. Yarmol L, Vando S, 'Poniattia, znachennia svobody ta ii vzaemovviazok iz pravom' <<http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/32121/1/42-252-257.pdf>> (accessed: 31.07.2021) (in Ukrainian).

Mykola Sambor

LEGAL UNDERSTANDING OF THE CONTENT OF THE RIGHT
TO FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY

ABSTRACT. The right to freedom of peaceful assembly as one of the human rights and freedoms attracts the attention of researchers who focus their research on the theoretical basis of the content of this right, as well as ordinary people who seek to understand the meaning and purpose of the right to freedom of peaceful assembly. to use the subjective will to realize one's own interest in the form of the right to freedom of peaceful assembly. Social, economic, political, domestic and interstate globalization processes occurring at the beginning of the XXI century. necessitate a rethinking of the existing legal understanding of the right to freedom of peaceful assembly.

Based on the above, the purpose of this article is to study the content of the right to freedom of peaceful assembly and the formation of a modern doctrine of legal understanding of the right to freedom of peaceful assembly.

The process of intellectual understanding of the right to freedom of peaceful assembly, the formation of an established vision of the content of this right, expressed in specific legal formulas on the nature and functioning of the right to freedom of peaceful assembly will greatly affect the legal culture. real social relations, regulated by the rules of positive

Микола Самбор

law, which will be based on the natural and legal principles of understanding the law in general and the right to freedom of peaceful assembly in particular.

Legal understanding of the content of the right to freedom of peaceful assembly is possible, first, given the understanding of the content of the right to freedom of peaceful assembly, namely the awareness of understanding the elements of law and freedom in the content of this right; secondly, the formation of a single doctrine of the scope of the right to freedom of peaceful assembly, which cannot and should not be limited to the political component of human existence; thirdly, it is important to understand the condition of exercising the right to freedom of peaceful assembly, which is a wide field of realization of the possibilities of the individual, provided that the subjects of state power do not interfere in the private sphere; fourth, the understanding of the concept of “gathering”, which confirms the legal position on the identification of the right to freedom of peaceful assembly not only as a collective right, but also as an individual right; fifth, the formation on the basis of a general theoretical understanding of the content of the right to freedom of peaceful assembly established legal understanding of the doctrine of the content of the right to freedom of peaceful assembly and features of the mechanism (algorithm) of its implementation as an element of legal relations.

KEYWORDS: right; freedom; right to freedom of peaceful assembly; legal understanding; content of the right to freedom of peaceful assembly; interest; to gather peacefully.



Ганна Коліснікова

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9309-4282>
annakolisnikova@gmail.com

Євгенія Тупицька

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002074849723>
evgeniya.ta@gmail.com



УДК 347.4(477):174.7

ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ В РЕГУЛЮВАННІ СПОЖИВЧИХ ДОГОВОРІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Анотація. Принципи цивільного права України є керівними нормами, які визначають зміст і напрями правового регулювання цієї галузі, зокрема й споживчих договорів. Однією з основоположних засад є добросовісність як орієнтир для визначення меж належної поведінки сторін споживчих правовідносин, їх взаємних прав та обов'язків, зокрема й таких, що прямо не передбачені ні законом, ні договором. Вплив добросовісності на диспозитивний характер споживчих правовідносин, свободу розсуду і волевиявлення сторін потребує глибокого наукового дослідження в контексті стрімкого зростання кількості споживчих договорів та динамічного розвитку споживчих відносин на сучасному етапі, особливо зважаючи на неабиякий розвиток технологій.

Метою статті є аналіз наукових підходів до принципу добросовісності, а також з'ясування його значення у цивільно-правовому регулюванні договірних зобов'язань в Україні, зокрема у сфері споживчого права, вивчення ролі добросовісності та похідних категорій у регулюванні споживчих договорів. На основі отриманих результатів зробити науково обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення існу-

© Ганна Коліснікова, Євгенія Тупицька, 2021

ючого механізму забезпечення функціонування принципу добросовісності в правовідносинах між споживачем і продавцем (виробником, виконавцем).

Стаття присвячена принципу добросовісності як одному з основоположних у цивільному праві України. Детально аналізується поняття “добросовісність”, а також його складові. Особливу увагу зосереджено на критеріях добросовісної поведінки учасників споживчих договорів. Визначено категорії, похідні від принципу добросовісності в законодавстві України, що стосуються регулювання споживчих договорів. Запропоновано вдосконалення чинного законодавства стосовно більш точного та повного охоплення правовим регулюванням сфери споживчих договорів у світлі основоположної засади – добросовісності.

Здійснений науковий аналіз дав змогу дійти висновку, що роль принципу добросовісності в регулюванні споживчих договорів у цивільному праві України лише зростає, і цей принцип залишається провідним при виконанні сторонами споживчого зобов'язання. У зв'язку з цим подальшого наукового дослідження потребує потенціал зазначеної засади для майбутніх видів споживчих договорів.

Ключові слова: споживчий договір; принцип добросовісності; споживач.

Поняття “споживчий договір” станом на сьогодні залишається невідзначеним на законодавчому рівні, а різноманіття його дефініцій зростає із кожним днем. У зв'язку з цим ґрунтовного аналізу потребують сучасні правові засоби і способи врегулювання споживчих договорів, а саме ті основоположні принципи та похідні від них категорії, що є основним орієнтиром, і відхід учасників правовідносин від яких встановлює відповідні наслідки як міру відповідальності за порушення, зокрема принципу добросовісності.

Незважаючи на численну кількість наукових досліджень принципу добросовісності, його роль саме в регулюванні споживчих договорів видається недостатньо проаналізованою, що й зумовлює необхідність опрацювання цієї теми.

Дослідження принципу добросовісності набуло значного поширення, зокрема, у наукових працях таких авторів, як О. Бакалінська, І. Покровський, Р. Гринько, В. Борисова, Г. Гаро, О. Бобак, О. Кот. Чимало науковців також досліджували роль цього основоположного принципу цивільного права саме в споживчих договорах: Г. Яновицька, І. Назарова, І. Банасевич, О. Воловик.

Метою дослідження є аналіз наукових підходів до принципу добросовісності, а також з'ясування його значення у цивільно-правовому регулюванні договірних зобов'язань в Україні, зокрема у сфері споживчого права, вивчення ролі добросовісності та похідних категорій у регулюванні споживчих договорів. На основі отриманих результатів зробити науково обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення існуючого механізму забезпечення функціонування принципу добросовісності в правовідносинах між споживачем і продавцем (виробником, виконавцем).

Впровадження нових технологій, розвиток ринкових відносин і міжнародного співробітництва потребує нових форм договірної закріплення та регулювання¹. Усе передбачити неможливо, але в усі часи як науковці, так і законодавці докладають чимало зусиль, щоб вивести ту близьку до ідеалу правову формулу, що допоможе і професійним, і недосвідченим учасникам правовідносин зорієнтуватися у межах допустимої поведінки та правилах гри в правовому полі.

Безперечно, цивільне право є однією з ключових галузей права сучасного суспільства, без якого неможливо уявити повсякденне життя будь-якої людини. До чинників, що характеризують цивільне право України як галузь приватного права, відносяться притаманні тільки йому принципи, без яких неможливо створювати і вдосконалювати правове регулювання² та які є складовими таких фундаментальних правових понять, як справедливість і верховенство права.

Значну роль у функціонуванні договірних зобов'язань мають відіграти принципи справедливості, добросовісності й розумності, які вперше в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України)³ безпосередньо передбачені в ст. 3 серед загальних засад цивільного законодавства (п. 6). Значущість цих договірних принципів у договірному праві зумовлена насамперед тим, що саме тут обсяг регулювання відносин за розсудом сторін є не лише значним, а й навіть може переважати нормативне регулювання. Відтак саме в договірних правовідносинах вкрай важливо, щоб сторони договору мали чіткі орієнтири у формулюванні умов договору з метою унеможливлення, зокрема, визнання його недійсним чи примусового припинення⁴.

Розташування цих норм-принципів на початку основного нормативно-правового акта цивільного законодавства не є випадковим, маючи на меті відразу зорієнтувати учасників правовідносин у межах правомірної і допустимої поведінки в цивільно-правовому полі. Хоча законодавець не дає конкретного визначення принципу добросовісності, але неодноразово посилається на нього в приписах стосовно регулювання конкретних зобов'язань, наводить похідні поняття, що дає можливість припустити: принцип добросовісності є орієнтиром, який отримує своє змістовне наповнення через ґрунтовний аналіз у наукових дослідженнях, які послідовно розглядають межі практичного застосування прин-

¹ Г Гаро, О Бобак, 'Непоіменовані договори: головне – визначити правила гри' (*Закон і Бізнес*, 10.11.2017) <https://zib.com.ua/ua/print/130675-nepoimenovani_dogovori_golovne_viznachiti_pravila_gri.html> (дата звернення: 08.09.2021).

² В Борисова, 'Базові принципи цивільного права України' в *Матеріали щорічної науково-практичної конференції, присвяченої світлій пам'яті Олександра Анатолійовича Пушкіна "Проблеми цивільного права та процесу"* (Харківський національний університет внутрішніх справ 2018) 12–5.

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv#Text>> (дата звернення: 08.09.2021).

⁴ О Дзера (ред), *Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2008).

ципу добросовісності до реальних правових договорів і пов'язаних із ними ситуацій.

При виконанні договірних зобов'язань значення принципів добросовісності, розумності й справедливості, на думку Т. Боднар, полягає в їх функціональному призначенні: а) за відсутності нормативно-правового або договірної регулювання відносин, пов'язаних із виконанням зобов'язання, зазначені принципи виконують функцію регулятора прав обов'язків сторін зобов'язання, слугуючи орієнтиром можливої поведінки суб'єктів зобов'язання; б) за наявності нормативно-правового або договірної регулювання відповідних відносин принципи добросовісності, розумності та справедливості є додатковими критеріями оцінки дій (бездіяльності) суб'єктів зобов'язання, що має значення для визначення ступеня вини і розміру майнових санкцій, які можуть бути застосовані до правопорушника в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання⁵.

Принцип добросовісності фактично є одним із засобів певного обмеження принципу свободи договору сторін, що передбачає вимогу дотримуватися добросовісності в договірних відносинах. Саме принцип добросовісності надає можливість контролювати виконання сторонами договору, вирішує проблему недопущення зловживання правами за договором, певною мірою захищає слабшу сторону договору, якою в довірчих відносинах є довіритель і вигодонабувач⁶.

Під “добросовісністю” слід розуміти суб'єктивні уявлення конкретної особи про добросовісність її дій та об'єктивну відповідність цих дій стандартам поведінки у відповідній сфері діяльності. Зміст добросовісності виражається у трьох функціях. *Функція тлумачення* полягає в тому, що відповідно до закріпленої в цивільному законодавстві концепції всі договори повинні тлумачитися згідно з принципом добросовісності. *Доповнююча функція*: між сторонами можуть виникати додаткові права та обов'язки, які прямо не встановлені договором чи законодавством. Згідно з *обмежувальною функцією* правило, обов'язкове для сторін, не застосовується настільки, наскільки за певних обставин це буде неприйнятним відповідно до критерія розумності та справедливості⁷.

ЦК України чітко визначає роль зазначених вище загальних засад цивільного законодавства. По-перше, це стосується відповідності непоіменованих договорів: сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загаль-

⁵ Р. Гринько, ‘Щодо питання про виконання цивільно-правового зобов'язання’ (2016) 21 Часопис цивілістики 37–42.

⁶ О. Дзера (ред), *Цивільне право України. Загальна частина* (Юрінком Інтер 2008).

⁷ В. Прокопенко, ‘Науково-практичний коментар до ст. 3 Цивільного кодексу України’ <<http://www.jurists.org.ua/civil-law/2574-naukovo-praktichniy-komentar-do-st-3-civilnogo-kodeksu-ukrayini.html>> (дата звернення: 08.09.2021).

ним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6). Таким чином, зростаюча кількість різноманітних договорів є обмеженою загальноновизначеними приписами добросовісності, навіть якщо прямо не передбачена нормативно-правовими актами⁸.

По-друге, у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) – ч. 2 ст. 8 ЦК України. І нарешті, у ч. 5 ст. 12 ЦК України йдеться про презумпцію добросовісності: якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом⁹.

Однією з причин виникнення договорів *Jus est ars boni et aequi* (“Право є мистецтвом добра і справедливості”) слугувала необхідність захисту інтересів споживачів та інших менш захищених за договорами сторін, що зумовило відхід законодавства розвинених країн від принципу диспозитивності свободи договору і звернення до імперативного регулювання тих цивільних правовідносин, у яких беруть участь споживачі, учасники інших відносин, спрямованих на запобігання зловживанню підприємцями своїм переважним правом щодо споживачів і створення для цих контрагентів спеціальних умов у договірних відносинах, спрямованих на посиленій захист прав “слабкої сторони”, якою є громадянин-споживач¹⁰.

Загальні вимоги про те, що зобов’язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості, передбачено ч. 3 ст. 509 ЦК України, доповнюються також і додатковими вимогами, які передбачені ч. 2 ст. 627 ЦК України: у договорах за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів¹¹, тобто учасників споживчих договорів. Таким чином, специфічні особливості споживчих договорів вимагають обмеження свободи договору принципом добросовісності, що ставить перед контрагентами споживача додаткові обов’язки та обмеження.

Варто зазначити, що зміст ЦК України свідчить про поширення принципу добросовісності не лише на всі види договорів, а й на всі стадії відповідних правовідносин (переддоговірну, стадію укладення договору та його виконання). Добросовісна поведінка кожної зі сторін полягає у вчиненні комплексу дій (в утриманні від дій), метою яких є реалізація власних прав, чітке виконання зобов’язань перед іншою стороною,

⁸ Цивільний кодекс України (н 3).

⁹ Там само.

¹⁰ Дзера (н 4).

¹¹ Цивільний кодекс України (н 3).

передбачених договірними правовідносинами, сприяння іншій стороні і створення умов, необхідних для повної реалізації нею своїх прав¹².

При цьому слід враховувати особливості споживчого договору, до яких М. Гудима, зокрема, відносить специфічний суб'єктний склад; особливість предмета в частині призначення виключно для особистих, сімейних, домашніх та інших потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності; публічно-правовий характер; оплатний характер; особливий порядок укладення¹³.

Для подолання договірних та інформаційних диспропорцій сучасна цивільно-правова доктрина використовує так зване застереження про добросовісність, що закріплюється в нормативному контексті цивільного права більшості правопорядків через покладання на учасників цивільних правовідносин обов'язку діяти добросовісно¹⁴. У чому це виражається в контексті регулювання споживчих договорів в Україні?

Закон України "Про захист прав споживачів" більшою мірою захищає споживача, причому, як фізичну особу, яка не лише придбаває, замовляє, використовує, а й лише має намір придбати чи замовити продукцію – будь-який виріб (товар), роботу чи послугу, що виготовляються, виконуються чи надаються для задоволення суспільних потреб¹⁵.

Під час укладення, зміни, виконання та припинення договорів щодо отримання (придбання, замовлення тощо) продукції, а також при її використанні споживач має закріплені у законі базовий набір прав, який є відправною точкою споживчих відносин і мінімальними гарантіями добросовісності з боку іншої сторони.

Так, взаємодія споживача з потенційним контрагентом (продавцем, виконавцем) починається із забезпечення останнім таких основоположних споживчих прав, як право на належну якість продукції та обслуговування; безпеку продукції; необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію державною мовою про продукцію, її кількість, якість, асортимент, виробника (виконавця, продавця) тощо.

Водночас зі свого боку гарантіями добросовісності споживача є перелік його обов'язків, закріплений у ч. 3 ст. 4 Закону України "Про захист прав споживачів", які втілюють у собі мінімальний обсяг свідомої поведінки щодо продукції.

Що стосується встановлених законом обмежень при укладанні споживчих договорів, то до них відносяться заборона недобросовісної ре-

¹² В Назарова, 'Принцип добросовісності у системі законодавства України' [2019] 9 (49) *Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe: East European Scientific Journal* 65–70.

¹³ І Банасевич, 'Споживчий договір: поняття та ознаки' [2018] 5 (1) *Науковий вісник публічного та приватного права* 76–80.

¹⁴ О Воловик, 'Еволюція мети договірної права крізь призму економічного підходу: історія та сучасні тенденції' (2013) 2 *Вісник Вищої ради юстиції* 125–38.

¹⁵ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#top>> (дата звернення: 08.09.2021).

клами, включення продавцем (виконавцем, виробником) у договори зі споживачем умов, які є несправедливими, та нечесну підприємницьку практику.

Недобросовісна реклама – це реклама, яка вводить або може ввести в оману споживачів реклами, завдати шкоди внаслідок неточності, недостовірності, двозначності, перебільшення, замовчування, порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження, як зазначено в ст. 1 Закону України “Про рекламу”¹⁶. Збитки, завдані споживачеві недобросовісною рекламою, підлягають відшкодуванню винною особою в повному обсязі, причому при розгляді відповідних вимог споживача необхідно виходити з припущення, що в споживача немає спеціальних знань про властивості та характеристики продукції, яку він придбаває¹⁷. Таким чином, заборона в законі на такий вияв недобросовісності спрямована на запобігання укладення споживчих договорів, які споживач не уклав би за наявності достовірної і повної інформації про продукцію, а також відшкодування збитків, якщо договір усе таки був укладений.

Ще одним суттєвим виявом забезпечення принципу добросовісності в регулюванні споживчих договорів в Україні є визнання недійсними умов договорів, що обмежують права споживача. Зазначена норма є відповідною кращим світовим, зокрема європейським стандартам, і визнає умови договору несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов’язків на шкоду споживача. Невичерпний перелік таких умов міститься в ч. 3 ст. 18 Закону України “Про захист прав споживачів”, і за споживачем закріплюється право змінити або визнати недійсним несправедливе положення. Нечіткі або двозначні положення договорів зі споживачами тлумачаться на користь споживача.

Окрім зазначених вище гарантій добросовісності у сфері споживчих договорів, також забороняється нечесна підприємницька практика, що включає: 1) вчинення дій, що кваліфікуються законодавством як прояв недобросовісної конкуренції; 2) будь-яку діяльність (дії або бездіяльність), що вводить споживача в оману або є агресивною (ч. 1 ст. 19 Закону України “Про захист прав споживачів”).

Таким чином, до споживчого договору можуть бути включені лише умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов’язковими відповідно до актів цивільного законодавства (ч. 1 ст. 628 ЦК України), зокрема тих, що стосуються регулювання споживчої сфери та спрямовані на запобігання недобросовісності в споживчих договорах.

¹⁶ Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. № 270/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 08.09.2021).

¹⁷ Про захист прав споживачів (н 15).

Висновки. Принцип добросовісності є одним із базових у регулюванні цивільно-правових відносин в Україні. Варто відзначити, що точне визначення цього поняття в законодавстві України відсутнє. Як зазначають численні науковці, можна припустити, що це зумовлено його оціночним характером і неможливістю встановлення чітких меж добросовісності.

З огляду на аналіз цивільного законодавства України, можна констатувати, що принцип добросовісності знаходить свій практичний вияв через закріплення похідних категорій. Оскільки в цивільному праві України існує презумпція добросовісності, то решта норм передбачає випадки недобросовісної поведінки сторін та міру відповідальності за вчинення недобросовісних дій стосовно контрагента.

Особливого значення набуває принцип добросовісності в регулюванні споживчих договорів, зважаючи на доктрину “слабкої” сторони – споживача, у зв’язку з чим існують певні економічні та інформаційні диспропорції між контрагентами, запобігти яким і покликане встановлення меж допустимої і належної поведінки при укладанні та виконанні споживчих договорів.

Зважаючи на дедалі зростаючу кількість споживчих договорів, зокрема й таких, що здійснюються за допомогою дистанційних технологій, варто зазначити про необхідність їх більш детального врегулювання та чіткого законодавчого визначення як самого поняття “споживчий договір”, так і його основних різновидів, з урахуванням базового в цій сфері принципу добросовісності обох сторін споживчого договору. Як свідчить сучасний досвід, зловживати своїми правами все ж таки схильні не лише продавці (виробники, надавачі послуг), а й самі споживачі.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Dzera O (red), *Dohovirne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna: navchalnyi posibnyk* (Iurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
2. Dzera O (red), *Tsyvilne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna* (Iurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).

Journal article

3. Banasevych I, ‘Spozhyvchyi dohovir: poniattia ta oznaky’ [2018] 5 (1) *Naukovyi visnyk publichnoho ta pryvatnoho prava* 76–80 (in Ukrainian).
4. Volovyk O, ‘Evoliutsiia mety dohovirnoho prava kriz pryзму ekonomichnoho pidkholu: istoriia ta suchasni tendentsii’ (2013) 2 *Visnyk Vyshchoi rady yustytsii* 125–38 (in Ukrainian).
5. Hrynko R, ‘Shchodo pytannia pro vykonannia tsyvilno-pravovoho zobov’iazannia’ (2016) 21 *Chasopys tsyvilistyky* 37–42 (in Ukrainian).
6. Nazarova V, ‘Pryntsyp dobrosovisnosti u systemi zakonodavstva Ukrainy’ [2019] 9 (49) *Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe: East European Scientisic Journal* 65–70 (in Ukrainian).

Conference papers

7. Borysova V, 'Bazovi pryntsypy tsyvilnoho prava Ukrainy' v *Materialy shchorichnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoї svitlii pam'iatі Oleksandra Anatoliiovycha Pushkina "Problemy tsyvilnoho prava ta protsesu"* (Kharkivskiy natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav 2018) 12–5 (in Ukrainian).

Websites

8. Haro H, Bobak O, 'Nepoimenovani dohovory: holovne – vyznachty pravyla hry' (*Zakon i Biznes*, 10.11.2017) <https://zib.com.ua/ua/print/130675-nepoimenovani_dogovori_golovne_viznachiti_pravila_gri.html> (accessed: 08.09.2021) (in Ukrainian).
9. Prokopenko V, 'Naukovo-praktychnyi komentar do st. 3 Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy' <<http://www.jurists.org.ua/civil-law/2574-naukovo-praktichniy-komentar-do-st-3-civlnogo-kodeksu-ukrayini.html>> (accessed: 08.09.2021) (in Ukrainian).

Hanna Kolisnykova
Evgeniya Tupytska

PRINCIPLE OF FAIRNESS IN THE REGULATION
OF CONSUMER AGREEMENTS IN THE CIVIL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. The principles of civil law of Ukraine are the guiding norms that determine the content and directions of legal regulation of this industry, including consumer agreements. One of the fundamental principles is good faith as a guideline for determining the limits of proper conduct of the parties to consumer relations, their mutual rights and obligations, including those not expressly provided by law, the contract. The impact of good faith on the dispositive nature of consumer relations, freedom of expression and will of the parties require in-depth research in the context of the rapid growth of consumer contracts and the dynamic development of consumer relations at the present stage, especially given the remarkable development of technology.

The purpose of the article is to analyze scientific approaches to the principle of good faith, as well as to clarify its importance in civil law regulation of contractual obligations in Ukraine, in particular in the field of consumer law, study the role of good faith and derivative categories in consumer contracts. Based on the obtained results, make scientifically substantiated proposals for improving the existing mechanism to ensure the functioning of the principle of good faith in the law of relations between the consumer and the seller (manufacturer, performer).

The article is devoted to the principle of good faith as one of the fundamental in the civil law of Ukraine. The concept of "good faith" is analyzed in detail, as well as its components. Particular attention is paid to the criteria of good behavior of participants in consumer contracts. Derived from the principle of good faith in the legislation of Ukraine categories relating to the regulation of consumer contracts. It is proposed to improve the current legislation on more accurate and complete coverage of the legal regulation of consumer contracts in the light of the fundamental principle – good faith.

Remains Leading in the performance of the parties' consumer obligations. In this regard, further research is needed on the potential of this framework for future types of consumer contracts.

KEYWORDS: consumer contract; principle of good faith; consumer.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
та господарського процесу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-4799-2018>
reznikova.vv78@gmail.com

УДК 346.91

СТАНДАРТ ДОКАЗУВАННЯ “ВІРОГІДНІСТЬ ДОКАЗІВ”
У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Анотація. Статтю присвячено впровадженню до господарського судочинства стандарту доказування “вірогідність доказів”. Розкрито поняття стандарту доказування, а також підходи до його визначення, що є переважними в сучасній процесуальній доктрині. Досліджено кожен із видів стандартів доказування. Розкрито зарубіжний досвід використання стандартів доказування загалом, а також стандарту доказування “вірогідність доказів” зокрема. Встановлено, що в англо-американській правовій сім’ї існують два найбільш поширені стандарти доказування: 1) “поза розумним сумнівом” (“*beyond reasonable doubt*”) – для кримінальних справ; 2) “переваги доказів/балансу вірогідностей” (“*preponderance of evidence, balance of probabilities*”) – для цивільних/господарських справ. Правова система загального права ґрунтується на тому, що для формування суддівського переконання немає необхідності в абсолютній математичній точності підтвердження наявних у справі даних, а є важливим лише такий ступінь імовірності, який дає змогу суду розвіяти сумніви в конкретній справі. Встановлено, що зарубіжна судова практика виокремлює дві варіації підвищеного “цивільного” стандарту доказування: гнучкий стандарт “*flexible standard*” та підхід апріорної вірогідності “*prior probability approach*”. Досліджено також проміжні стандарти доказування, що застосовуються у США. Особливу увагу приділено такому проміжному стандарту, як “зрозумілі та переконливі докази” (“*clear and convincing evidence*”). Розкрито значення стандарту доказування “вірогідність доказів”. Особливу увагу приділено підходам, якими можуть керуватися судді або законодавець під час вибору стандарту доказування, аби забезпечити єдність судової практики та рівність учасників судового процесу. У статті розглянуто практику Європейського суду з прав людини. Розкрито стандарт доказування “вірогідність доказів” у практиці Верховного Суду. Проаналізовано та систематизовано, узагальнено ключові правові позиції щодо застосування стандарту доказування “вірогідність доказів” в актуальній практиці Верховного Суду.

Ключові слова: доказування; стандарт доказування; господарське судочинство; достатність доказів; вірогідність доказів; баланс вірогідностей; поняття стандарту доказування; види стандартів доказування; тягар доказування; вага доказів; цивілістичні стандарти доказування; стандарт доказування в господарському процесі.

Євроінтеграційний поступ в Україні, що є однією з тенденцій розвитку господарського процесу¹, спричинив перегляд традиційних для вітчизняного господарського судочинства підходів до господарського процесуального доказування, зокрема у частині імплементації окремих міжнародних стандартів доказування. Ідеться, зокрема, про впровадження до господарського судочинства стандарту доказування “вірогідність доказів”, що відбулося з набранням чинності Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні”². Запроваджено нові підходи суду до оцінки доказів: наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування (ч. 1 ст. 79 Господарського процесуального кодексу України, далі – ГПК України)³. Натомість із ГПК України було вилучено таке поняття та ознаку доказів, як “достатність” (продовжує натомість діяти в цивільному судочинстві), згідно з якою достатність доказів або їхня сукупність означає, що вони або їхня кількість і вагомість дають змогу суду зробити висновок про існування або відсутність певного юридичного факту (фактів), на підтвердження якого вони зібрані.

Впровадження у вітчизняний господарський процес стандарту доказування “вірогідність доказів” оцінюється правовою спільнотою неоднозначно. З одного боку, це ставить нові виклики перед ученими-процесуалістами, яким належить з’ясувати та доктринально обґрунтувати правову природу, зміст і систему як міжнародних стандартів доказування загалом, так і стандарту “вірогідність доказів” зокрема. З другого боку, виникає необхідність узгодження таких стандартів із національними правовими традиціями у сфері господарського судочинства, оскільки не можуть та не повинні ігноруватися особливості національної правової системи, стан розвитку законодавства, сформована система судів, їхня спеціалізація, особливості й умови провадження господарської діяльності, стан економіки країни, історичні передумови тощо. Не можна ігнорувати того факту, що переважна більшість стандартів доказування, властивих країнам загального права (Сполучені Штати Америки, Велика Британія), орієнтована на переконання не тільки і не стільки суду, скільки присяжних, яких немає у вітчизняному господарському процесі. Це є до певної міри перешкодою щодо автентичного розвитку їх у вітчизняній системі господарського судочинства. Ситуація ускладнюється

¹ В Резнікова, В Щербина, ‘Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України’ (2017) 9 Право України 9–27.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні: Закон України від 20 вересня 2019 р. № 132-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132-20#Text>> (дата звернення: 11.09.2021).

³ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>> (дата звернення: 11.09.2021).

відсутністю у процесуальній доктрині єдиної понятійно-категоріальної основи для позначення у судочинстві стандартів, пов'язаних зі здійсненням доказування, і господарський процес – не виняток. Відтак дослідження та розвиток стандартів доказування у сучасному господарському судочинстві – завдання складне та надактуальне.

Стандарт доказування “вірогідність доказів” нині ще не став предметом глибоких доктринальних розробок у вітчизняній процесуалістиці, чим зумовлюється актуальність досліджуваної теми.

Поняття стандарту доказування. Види стандартів доказування

Стандарт доказування – це певний об'єктивний критерій, на підставі якого суд оцінює докази для встановлення фактів у справі.

Натепер у процесуальній доктрині є декілька переважаючих підходів до визначення поняття стандарту доказування (*standard of proof*):

– певна умовна межа, за якою кількісна характеристика знань, отриманих судом у процесі розгляду справи, переходить у таку їхню якість, що дає підстави суду ухвалити, на його думку, правосудне рішення (Б. Ратушна)⁴;

– певний ступінь, міра переконаності (впевненості) в існуванні певного факту (фактів), що становлять предмет спору (чи всієї справи/ провадження), досягнення якого вимагається від сторони, що стверджує (А. Степаненко)⁵;

– модель процесуального доказування, у якій мета, завдання судочинства, принципи процесу, права й обов'язки його учасників у процесі доказування розглядаються як взаємозалежні елементи, що визначають сутність і зміст інституту процесуального доказування (Л. Ніколенко)⁶;

– це рівень імовірності, до якого обставина повинна бути підтверджена доказами, щоб вважатись дійсною (К. Пільков)⁷.

Сам термін “стандарт доказування” бере витоки, як відомо, з доктрини правових систем загального права, звідки він, власне, і був запозичений. В англо-американській правовій сім'ї існують два найбільш поширені стандарти доказування: 1) “поза розумним сумнівом” (“*beyond reasonable doubt*”) – для кримінальних справ; 2) “переваги доказів/балансу вірогідностей” (“*preponderance of evidence, balance of probabilities*”) – для цивільних/ господарських справ. Правова система загального права ґрунтується на тому, що для формування суддівського переконання немає необхідності в абсолютній математичній точності підтвердження наявних у справі да-

⁴ Б Ратушна, ‘Стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання’ (2012) 6 Право України 282–90.

⁵ А Степаненко, ‘Стандарт доказування “поза розумним сумнівом” в кримінальному провадженні’ (дис канд юр наук, 2017) 7.

⁶ Л Ніколенко, ‘Доказування в господарському судочинстві’ (автореф дис канд юр наук, 2004) 19.

⁷ К Пільков, *Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі* (Освіта України 2016) 240.

них, а є важливим лише такий ступінь імовірності, який дає змогу суду розв'язати сумнів в конкретній справі.

Сучасні британські юристи, вживаючи термін “стандарт доказування”, розуміють під ним той ступінь достовірності, до якого повинна здійснювати доказування та сторона, на якій лежить тягар доказування⁸. Концепцію стандарту доказування вони тісно пов'язують із процесуальним інститутом “тягар доказування”. Сторона повинна надати суддям і присяжним докази на підтвердження своєї позиції. Такі докази повинні переконати суд у їх достовірності/ймовірності до певного стандарту (ступеня), який встановлено відповідно до форми судочинства⁹. Загалом системи американського та британського правосуддя під *стандартом доказування* розуміють той ступінь, рівень доведеності тверджень щодо обставин справи, який висувається однією чи іншою стороною, та до якого обидві сторони повинні прагнути. Залежно від форми судочинства (чи то кримінальне, цивільне, господарське, адміністративне), до сторони висуваються різні вимоги щодо кінцевої точки доказування/переконання суду у своїй позиції та по-різному розподіляється тягар доказування між сторонами¹⁰.

В Англії використовуються два стандарти доказування: “баланс вірогідностей/ймовірностей” (“*balance of probabilities*”) – використовується, як правило, у “цивільних” справах, і вимагає визнавати факт доведеним тоді, коли комплекс представлених стороною доказів дає змогу судді дійти висновку про те, що спірний факт імовірніше існує, аніж не існує; “поза розумних сумнівів” (“*beyond reasonable doubt*”), який використовується зазвичай у кримінальних справах і є більш суворим, оскільки вказує, що певні сумніви можуть залишатися, але вони повинні бути вкрай несуттєвими.

Стандарт “баланс вірогідностей” (“*a balance of probabilities*”) означає – слід довести, що факт скоріше був, аніж не був, тобто суб'єктивна впевненість може бути виміряна як така, що дорівнює 51 % і вище (ця математична аналогія впливає із пояснення в справі *Miller v Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372*)¹¹. Кожна людина з власного досвіду має уявлення про те, що деякі факти трапляються рідко, а деякі – часто. Це називають апіорною вірогідністю, або “вірогідністю, що визначена природою речей” (“*inherent probability*”). З цього починається процес до-

⁸ Р Леже, *Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход* (пер с фр, Волтерс Клувер 2009) 584.

⁹ Дж Флетчер, А Наумов, *Основные концепции современного уголовного права* (пер с англ, Юристь 1998) 512.

¹⁰ А Степаненко, ‘Проблеми визначення стандарту доказування “поза розумним сумнівом”’ (2014) 6 Юридичний науковий електронний журнал 228–30 <http://lsej.org.ua/6_2014/63.pdf> (дата звернення: 30.08.2021).

¹¹ *Miller v Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372* <<https://www.coursehero.com/file/p7olciu/Miller-v-Minister-of-Pensions-1947-2-ALL-ER-In-this-case-Lord-Denning-tried-to/>> (accessed: 30.08.2021).

казування: чим менш правдоподібна та обставина, яку слід довести, тим більш переконливими мають бути докази, і навпаки, чим більш вірогідною здається обставина, тим менше зусиль потрібно від сторони, на яку покладено тягар доказування, аби переконати суд. Факт є доведеним, якщо після оцінки доказів внутрішнє переконання судді каже йому, що факт скоріше був, аніж його не було. Якщо настання факту первинно є дуже сумнівним, виконати такий стандарт буде доволі складно. Відомий британський суддя Лорд Хоффман пояснив це на такому прикладі: аби переконати когось, що істота, яка гуляла в Ріджентс-парку, була левом, знадобляться більш переконливі [*more cogent*] докази, ніж аби визнати по тому ж стандарту вірогідності, що це була німецька вівчарка¹².

У США у “цивільних” справах застосовується схожий процесуальний стандарт “превалювання/переваги доказів” (“*preponderance of evidence*”), і кримінальний стандарт “поза розумних сумнівів”. Під “перевагою доказів” слід розуміти їх домінування не у кількісному вимірі, а в якісному (тобто впливі всіх доказів у їхній сукупності на переконання присяжних чи суду у більшій імовірності існування факту, ніж його відсутності). Так, якщо позивач надав докази, а відповідач не навів жодних протилежних доказів, це зовсім не означатиме, що позов має бути задоволено. Можлива ситуація, коли сторона подала докази, але при цьому справа буде вирішена не на її користь, оскільки вона не переконала суд у ймовірності існування факту. Це трапляється у тих випадках, коли присутня тільки кількісна перевага доказів. У юридичній літературі та судовій практиці США залежно від конкретних обставин справи розмежовують також *два види достатності доказів: очевидну* (“*prima facie evidence*”) та *задовільну достатність* (“*satisfactory evidence*”). Очевидно, достатніми є докази, яких згідно з законом достатньо для встановлення певного факту або усієї сукупності фактів, що обґрунтовують вимоги або заперечення сторони доти, доки існування цього факту не буде заперечене іншими доказами. Тобто такі докази не є безспірними, але якщо протилежна сторона не надасть належні докази для їх спростування, вони є достатніми для ухвалення рішення на користь особи, яка їх подала. На відміну від очевидної достатності, критерії задовільної достатності не встановлюються законом. Задовільна достатність застосовується при остаточній оцінці доказів у більшості “цивільних” справ. Задовільно достатньою є така кількість доказів, яка за результатами їх розумового “зважування” (оцінювання) судом або присяжними здатна переконати у правдивості певного факту¹³. Тобто у такому разі достатніми є докази, які можуть

¹² Secretary of State For The Home Department v. Rehman 2001 <<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/47.html>> (дата звернення: 30.08.2021).

¹³ Т Руда, ‘Критерій достатності при оцінці доказів у цивільному судочинстві України і США: порівняльно-правовий аналіз’ (2011) 88 Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 106–10.

обґрунтувати ухвалення рішення на користь особи, яка їх подала. Це пов’язано з питанням *визначення ваги доказів*.

Термін “*вага доказів*” (“*weight of evidence*”), як його розуміють деякі дослідники, використовується для характеристики оцінювання доказів, і означає, що докази, представлені у процесі доказування однією стороною у справі, є переконливішими за докази, представлені іншою стороною¹⁴. Про переконливість доказів варто говорити безвідносно до доказів опонента. Це тим більше правильно з огляду на те, що й впроваджена у практику судочинства категорія стандарту доказування стосується вірогідності існування обставин, про які стверджує сторона, порівняно з протилежним, а не з версією опонента, якої до того ж може і не бути. Більш конкретним і таким, що може бути застосовано в сучасному господарському процесі, видається визначення, відповідно до якого *вага доказу* – це критерій здатності доказу підтримати правильний за законами логіки умовивід щодо існування певної обставини з певною вірогідністю. Якщо належність доказу як його властивість вказує на існування логічного зв’язку з обставинами, які належать до предмета доказування, то вага доказу вказує на значення цього зв’язку¹⁵.

Зарубіжна судова практика виокремлює при цьому *дві варіації підвищеного “цивільного” стандарту доказування*, які пропонувалися суддями загального права в своїх рішеннях – *гнучкий стандарт* (“*flexible standard*”) (суддя Батер) і *підхід апріорної вірогідності* (“*prior probability approach*”) (суддя Хорнал)¹⁶.

У першому випадку змінюється в бік підвищення сам стандарт доказування, проте не настільки, аби розмити межу між “цивільним” і кримінальним судочинством. У другому – стандарт залишається без змін, проте ступінь (кількість та якість) необхідних доказів змінюється залежно від серйозності обставин. Діє формула, що чим серйозніше обвинувачення, тим менша вірогідність його існування. Відтак потрібною є більша, аніж зазвичай, надійність доказів та обсяг, інтенсивність зусиль, які докладаються, аби дотриматися стандарту доказування. Побуває нарівні з цим думка, що вимагається не більша кількість доказів, а уважніше вивчення їх суддею, тобто зміщується фокус із вимог до сторін на необхідність більш пильного опрацювання інформації суддею¹⁷. Нині гнучкий стандарт широко застосовується в Австралії та Канаді, причому кожен випадок відхилення від базового “цивільного” піддається глибокому аналізу. Як наслідок, значний масив висновків апеляційних судів

¹⁴ Пільков (н 7) 49.

¹⁵ К Пільков, ‘Властивості доказів та критерії їх оцінювання’ (2020) 4 Підприємництво, господарство і право 95.

¹⁶ А Стоян, ‘Триступенева градація стандартів доказування в адміністративному процесі’ (2021) 1 Форум права 25–36.

¹⁷ M Redmayne, ‘Standards of Proof in Civil Litigation’ [1999] 62 (2) The Modern Law Review 167–95.

змінюють первинні рішення з мотивів використання стандарту, що не відповідає обставинам. Такі ускладнення виникають, зокрема, через недостатнє розуміння судом присяжних змістовного наповнення гнучкого стандарту, а спроби розтлумачити, як правило, є невдалими через лінгвістичні неточності. Наприклад, суддя вказує присяжним, що вони мають розглянути справу на основі “балансу вірогідностей”, проте, акцентуючи увагу на серйозності обставин, просить “вищого ступеня впевненості”, формуючи тим самим у присяжних хибне уявлення про “цивільний” стандарт як вищий стандарт, яким насправді є кримінальний. Окрім двозначності в розумінні, гнучкий стандарт критикується з огляду на невизначеність меж, адже коли передбачається його зміна залежно від обставин, які можуть по-різному оцінюватися суддями, відкривається безперешкодний шлях до суддівського свавілля. Використання гнучкого стандарту вважається виправданим, коли є можливість оцінити “корисність” рішення для сторін із точки зору загальнолюдської, соціальної цінності, що найкраще втілюється присяжними в кримінальному процесі, де вони є “представниками народу”. В Україні ж, попри конституційну гарантію можливості здійснення судочинства судом присяжних, у господарському процесі розгляд здійснюється суддею одноособово (колегією суддів – у визначених випадках), що є цілком виправданим з огляду на особливості господарських спорів, а також на специфіку господарсько-правових відносин, з яких такі спори виникають (ст. 129 Конституції України)¹⁸. Та й не варто абсолютизувати інститут присяжних як спосіб подолання існуючих проблем, особливо зважаючи на наявну в літературі обґрунтовану критику їх відносної непідкупності, недостатньої компетентності та залежності від думки судді¹⁹.

Зі свого боку “*підхід апріорної вірогідності*” передбачає, що суддя повинен починати розгляд справи з мінімальної початкової впевненості у вимогах, що містяться в позові. Вірогідність починає зростати разом зі збільшенням кількості наданих доказів, що повинні бути потенційно правдоподібними для судді. Як зазначає В. Твінінг, суддя загального права Ніколс наголосив свого часу в контексті зазначеного підходу на базових когнітивних навичках кожного судді: ‘початкова вірогідність або невірогідність події сама по собі має братися до уваги при вирішенні справи по суті’, ‘чим серйозніші обвинувачення, тим важче їх довести, адже потенційна вірогідність того, що вони сталися – менша’²⁰. Останнє твердження зазнало справедливої критики через неможливість доте-

¹⁸ Конституції України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 30.08.2021).

¹⁹ С. Оверчук, ‘Становлення інституту присяжних в умовах набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України’ [2012] 2 (6) Часопис Національного університету “Острозька академія”. Серія “Право” 1–4; О. Скрябін, Н. Тонне, ‘Суд присяжних за новим Кримінально-процесуальним кодексом України’ (2014) 72 Актуальні проблеми держави і права 400–6.

²⁰ William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (2-nd ed, Cambridge University Press 2006) 237.

менно встановити фактично існуючу кількість серйозних обставин та їх співвідношення зі звичайними. Метафоричне вираження стандарту може призводити також до нерозуміння та викривлення його суті. Підхід апріорної вірогідності розглядався в літературі і як такий, що має кращі шанси проявити себе під час дослідження “морально нейтральних доказів”, що не викликають у судді на початковому етапі жодних емоцій і здатні поступово збільшувати впевненість у їх існуванні²¹.

До прикладу, як зазначає Е. Шервін, необхідно докласти чимало зусиль, аби запевнити суддю в тому, що “догвір був укладений о 3-й годині ранку на Різдво”²². Проте, поряд із цим, так званий “*Todhunter paradox*” часто використовується зарубіжними дослідниками, аби продемонструвати необхідність брати до уваги обставини навіть критично низької вірогідності, якщо не має об’єктивних приводів для сумніву. Так, пропонується уявити лотерею, номінальна кількість білетів в якій становить 10 000 одиниць. Очевидець “щасливого білета” стверджує, що він під номером 642. Головне питання полягає в тому, чи можна довіряти його словам, адже, для порівняння, показання свідків у судді не відіграють вирішальної ролі, а апріорна вірогідність того, що такий білет виграшний, низька. Проте специфіка лотерей показує, що початково невисока впевненість не має великого значення в тому, який білет стане переможним. Тому, якщо очевидець дійсно бачив номер 642, він навряд чи б допустив похибку, озвучивши його, адже існують ще 99,9 % варіантів окрім нього. Звичайно, коли відома потенційна кількість помилок у вигляді виключеної нумерації лотерейних білетів, то їх легше підрахувати, водночас така калькуляція неможлива в життєвих ситуаціях. Однак у кожному разі висновок, що “події, які навряд чи сталися в минулому, так само навряд чи б стверджувалися, якби вони не сталися” є цілком переконливим. Отже, суддя, маючи низький рівень апріорної вірогідності в показаннях свідка, проте не відшукавши у нього мотивів збрехати, повинен взяти їх до уваги. Тому, якщо апріорна вірогідність певної події невелика, то заява про те, що вона сталася, має сприйматись як чинник, що збільшує її. Водночас не можна виключати існування обставин, які попри високий рівень апріорної вірогідності є неправдивими, що, власне, і провокує суд на допущення помилок. Оскільки використання підходу апріорної вірогідності тісно пов’язано з інтуїцією, життєвим і професійним досвідом судді, що формує початково неоднакову відправну точку на шкалі вірогідності і, як наслідок, вимагається початково різна кількість доказів для доведення тотожних обставин, порушуючи принцип рівності й однамітність практики, його використання також не є виправданим на те-

²¹ Стоян (н 16) 25–36.

²² Emily Sherwin, ‘Clear and Convincing Evidence of Testamentary Intent: The Search for a Compromise Between Formality and Adjudicative Justice’ [2002] 34 (2) Cornell Law Faculty Publications 25.

ренах України. Імовірно, що з огляду на викладене, підхід апіорної вірогідності, як зазначає М. Редмейн, так і не набув широкого застосування, а з плином часу перевага остаточно була віддана гнучкому стандарту²³.

У США, поряд із зазначеним вище, існує такий проміжний стандарт, як “зрозумілі та переконливі докази” (“clear and convincing evidence”), суть якого полягає в тому, що сторона повинна переконати присяжних (або суддю), що достовірність розглядуваного факту є імовірною, або ж викликати в них тверде переконання, що факт правдивий. Водночас усувати всі розумні сумніви цей стандарт доказування не вимагає²⁴. Він застосовується, зокрема, в деліктних позовах із метою стягнення з відповідача так званих штрафних збитків, які перевищують звичайні компенсаторні збитки²⁵. Однак сама собою лише істотність, важкість санкції, накладення якої на сторону у справі передбачається, не тягне за собою обов’язкового застосування більш суворого стандарту доказування²⁶. Цей стандарт становить, по суті, підвид стандарту доказування “превага доказів” і застосовується щодо позовів, у яких суд або законодавець вирішили, що для отримання рішення на свою користь сторона повинна подати більше, ніж звичайну кількість доказів. Це може бути, наприклад, коли наслідки вирішення цивільної справи є набагато серйознішими, ніж звичайне матеріальне відшкодування і наближаються за своїм характером до наслідків у кримінальній справі. Тому застосування простого цивільного стандарту у таких справах викликало б істотний ризик ухвалення помилкового рішення²⁷. Згідно з дефініцією, наданою Верховним Судом у справі “Colorado v. New Mexico”²⁸, такий стандарт означає, що обставини у справі повинні бути доведені “істотно (суттєво) більш вірогідно, аніж ні”, тобто вимагається більший рівень впевненості судді, аніж у межах “балансу вірогідностей”, проте не такий високий, як при розгляді кримінальних справ²⁹. Серед позитивних рис проміжного стандарту виділяють: 1) здатність відображати підвищену значущість обставин та асиметрію наслідків, не розмиваючи межу між “цивільним” та кримінальним процесами; 2) сприяння забезпеченню єдності судової практики і дотримання принципу рівності; 3) подолання лінгвістичних розбіжностей при описі використаного стандарту; 4) формування пев-

²³ Redmayne (n 17) 186.

²⁴ В Bennett, ‘Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review’ (1944) 32 California Law Review 75.

²⁵ В Вапнярчук, *Теорія і практика кримінального процесуального доказування* (Юрайт 2017) 151; С Бudyлин, ‘Штрафные убытки. Теперь и в России?’ (2013) 4 Вестник гражданского права 19–52; Ю Рябченко, ‘Стандарт доказування: досвід застосування та перспективи запровадження’ (2020) 10 Науковий юридичний журнал 122–8.

²⁶ D Schwartz, C Seaman, ‘Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law’ [2013] 26 (2) Harvard Journal of Law & Technology 430, 435.

²⁷ A Meyers, ‘Rejecting the Clear and Convincing Evidence Standard for Proof of Incompetence’ (1997) 87 Journal of Criminal Law and Criminology 1034.

²⁸ Colorado v. New Mexico (1984) No. 80 <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/310.html>> (accessed: 30.08.2021).

²⁹ J P McBaine, ‘Burden of proof: Degrees of Belief’ [1944] 32 (3) California Law Review 262–3.

ного рівня передбачуваності для сторін щодо несення тягаря доказування; 5) зменшення потенційних можливостей щодо суддівського свавілля за допомогою звуження дискреційних повноважень суддів із вибору стандарту; 6) прискорення апеляційного перегляду завдяки артикуляції стандарту. Однак неможливість законодавчо передбачити всі випадки застосування підвищеного стандарту або необхідність відступу від закріпленої форми спонукають суддю враховувати додаткові аспекти при здійсненні такого вибору. Так, обираючи між “цивільним” і проміжним стандартом, доводиться враховувати: підвищення для позивача означає, що суд вважає помилку, допущену щодо нього, кращою, аніж щодо відповідача, та навпаки. Водночас суд таким рішенням демонструє, що така потенційна помилка менш серйозна, ніж в аналогічних справах, де застосовується “баланс вірогідностей”. Отже, “цивільний стандарт” підтримує рівність між сторонами, тоді як уніфікована практика з його видозміни в бік підвищення забезпечує рівність між усіма позивачами (відповідачами) як групою процесуальних осіб³⁰.

Британські судді ж натомість заперечують саму можливість існування якогось проміжного стандарту, оскільки це тільки ускладнило б доказування у цивільних справах: незалежно від предмета спору, навіть у “квазікримінальних” справах повинен застосовуватися стандарт балансу ймовірностей/вірогідностей. У британській судовій практиці як сформульовано низку важливих висновків щодо стандарту доказування “баланс імовірностей/вірогідностей”:

1. Цей стандарт не є просто припущенням, яке засноване на здогадках чи підозрах: таке припущення обов’язково має засновуватися на певних доказах, яких у сукупності недостатньо, щоб однозначно встановити наявність чи відсутність певного факту. Стандарти доказування не звільняють сторону від тягаря доказування, а лише дають змогу встановити після того, як всі докази подано, чи виконано стороною свій обов’язок щодо доказування, чи достатньо доказів для встановлення певного факту й ухвалення рішення; чим серйозніше твердження, тим менш імовірно, що факт мав місце, а відповідно, тим вагомішими мають бути докази на його підтвердження, перш ніж за балансом імовірностей/вірогідностей буде встановлено наявність такого факту (випадково завдана шкода є більш імовірною за умисну). У найбільш серйозних випадках стандарт балансу ймовірностей/вірогідностей у цивільних справах наближається до кримінального стандарту “поза розумним сумнівом”, а межа між обома стандартами стає лінійною. Наприклад, за позовом про відшкодування шкоди, завданої орендодавцю пошкодженням об’єкта оренди, баланс імовірностей/вірогідностей по-різному впливатиме на кількість доказів залежно від характеру збитків. У разі незначних пошкоджень

³⁰ Стоян (н 16) 25–36.

меблів, логічно припустити, що пошкодження відбулися внаслідок їх експлуатації орендарем. Тоді, наприклад, коли ми кажемо про знищення об'єкта оренди внаслідок пожежі, таку ймовірність вже буде не так просто встановити, адже причиною пожежі можуть бути як необережність орендаря, підпал сторонніми особами або ж несправність проводки, яка була змонтована орендодавцем із порушенням норм пожежної безпеки. У такому випадку позивачу доведеться надати більше доказів на підтвердження того, що саме орендар своєю необережністю чи навмисними діями спричинив пожежу; чим менш імовірна подія, тим більше має бути свідчень на підтвердження того, що вона дійсно могла мати місце³¹. Те, що певні події трапляються нечасто, не означає, що вони взагалі не трапляються. Класична британська ілюстрація цього правила, які ми вже згадували, така: якщо ми бачимо тварину на газоні, де зазвичай вигулюють собак, то це ймовірніше собака, ніж лев. І навпаки, якщо ми бачимо тварину біля відчиненої клітки з написом “лев” у зоопарку, тим імовірніше, що це лев, а не собака.

2. Між серйозністю твердження (наслідків) та ймовірністю події відсутній прямий зв'язок: деяка серйозна шкідлива поведінка може бути досить поширеною, чи навпаки – траплятися досить нечасто. Баланс імовірностей “об'єктивізує” доказування – суд не просто посилається на своє внутрішнє переконання (адже незрозуміло, яким чином переконання було сформоване, чи не є таке переконання проявом психоемоційних особливостей судді тощо), а опирається на певні зовнішні орієнтири, щоб сторонній спостерігач, ставлячи себе на місце судді, міг так само дійти висновку, що певний факт є більш імовірним: часто цей стандарт іменують стандартом 51 %. Якщо позивач виконав свій тягар доказування на 51 %, то вважається, що він переміг, якщо 50 на 50 – то позов задоволенню не підлягає з огляду на рівність імовірностей³². В арсеналі суддів є низка способів, як виміряти цю незначну перевагу хоча б у 1 %. Допомогають статистичні дані. Наприклад, дискримінацію жінок під час влаштування на роботу можна довести, зокрема, даними статистики, які показують, що відсоток жінок на аналогічних посадах є меншим за відсоток жінок, які проживають у цій місцевості. У справах про відшкодування шкоди, завданої лікарськими засобами, так само неможливо встановити точний розмір спричиненої шкоди, адже якщо особа вже страждала на хронічну хворобу, то погіршення стану здоров'я має накопичувальний характер, виокремити й оцінити негативний ефект саме медикаментів зазвичай неможливо.

³¹ І Бут, ‘Стандарт доказування “баланс імовірностей” у цивільному судочинстві’ в *Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., т 2* (Аракелян М ред, Гельветика 2020) 324–7.

³² *Rhesa Shipping Co SA v Edmonds 1985* <<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/15.html>> (accessed: 31.08.2021).

Суттєвим недоліком оцінки доказів судом за своїм внутрішнім переконанням є суб’єктивність такої діяльності суду, це – індивідуалізована оцінка доказів. Стандарт “баланс вірогідностей”, навпаки, намагається об’єктивізувати оцінку доказів, адже цей баланс має стати очевидним не тільки для самого судді, а й для учасників справи, присяжних і навіть для будь-якого стороннього спостерігача³³. Оскільки в змагальному процесі неможливо встановити об’єктивну істину, суд змушений вдаватися до певних конструкцій та припущень, певною мірою навіть спрощень, які б пов’язували між собою окремі факти в цілісну картину. А саме наявність стандартів доказування визначає мінімальний ступінь суб’єктивної впевненості судді в істинності спірного факту, за якої суд готовий визнати тягар доведення, покладений на відповідну сторону, виконаним, тягар спростування (доведення зворотного) – таким, що перейшов на опонента, а відповідну фактичну обставину після дослідження й оцінки всіх пред’явлених цією стороною та опонентом доказів – доведеною³⁴. Значення стандарту доказування “вірогідність доказів” підкреслює необхідність зіставлення судом доказів, які надають позивач і відповідач у справі, що є логічним продовженням та підкріпленням принципів диспозитивності й змагальності; зобов’язує суд обрати один із двох варіантів, які сторони підкріплюють хоч і не достатніми доказами, але такими, що з урахуванням принципів розумності, справедливості й добросовісності дають підстави припустити, що обставина скоріше була, аніж її не було, і навпаки; важливим стає не те, яка кількість доказів буде надана, а саме їхня змістовна і якісна вага; відповідає новітнім міжнародним тенденціям, які відображені у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Треба відзначити, що існують різні підходи, якими можуть керуватися судді або законодавець під час вибору стандарту доказування, аби забезпечити єдність судової практики та рівність учасників судового процесу. Один із таких підходів пропонують дослідники-утилітаристи, які вважають за необхідне оцінювати корисність “*utility*” рішення за допомогою зіставлення як позитивних, так і негативних наслідків для кожної зі сторін. Це покликано надати можливість судді диференціювати наслідки на симетричні та несиметричні, яким кореспондують “цивільний” і кримінальний стандарти доказування. Для кращої ілюстративності таких співвідношень/зіставлень популярним серед науковців є створення формул³⁵. Так, наприклад, прорахунок однакового співвідношення наслідків для прийняття цивільного стандарту можна виразити так: $K(Пп)=K(Вп)$ та $nK(Пв)=nK(Вв)$, що розшифровується як: “корисність”

³³ Бут (н 31).

³⁴ А Карапетов, А Косарев, ‘Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование’ (2019) 5 Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу 10.

³⁵ Карапетов, Косарев (н 34) 1–96; Стоян (н 16) 25–36; Redmayne (н 17) 167–95.

рішення (К) при перемозі позивача (Пп) дорівнює корисності рішення (К) при перемозі відповідача (Вп), водночас негативні наслідки (нК) у разі відхилення вимог позивача (Пв) дорівнюють негативним наслідкам (нК) при програші відповідача (Вв). Ідентичне рівняння актуальне і в разі калькуляції асиметрії наслідків з однією лише зміною знаку переваги (>) в необхідному напрямку. Концепція утилітаризму зазнає критики з огляду на те, що певні цінності (наприклад, “правда”), неможливо включити під час підрахунку “корисності” рішення, утім, вона має важливе практичне значення, виступаючи базовим орієнтиром градації зазначених цінностей. Водночас важливим аспектом для правильного прорахунку наслідків є встановлення належного співвідношення між цінностями. Зважаючи на те, що кожному рішення завжди кореспондує ризик завдання моральної шкоди, то від порівняння ймовірності такого ризику, його реальності, розміру потенційно завданої шкоди, власне й залежить обраний стандарт. Головною умовою для уодноманітненої оцінки такої шкоди кожним окремим суддею є однакове базове уявлення про ієрархію цінностей, що об’єктивно недосяжно через різний життєвий досвід, професійну деформацію та низку потенційних когнітивних помилок (наприклад, помилка доступності, помилка ретроспективного погляду, перекручена вибірка тощо). Беручи до уваги наведені відмінності у сприйнятті, не дивно, що у схожих справах одні й ті самі об’єкти посідають різні місця на шкалі важливості, призводячи до застосування відмінних стандартів у тотожних обставинах.

Практика ЄСПЛ

Практика ЄСПЛ свідчить про безпосередню залежність стандарту доказування від важливості вирішуваного питання стосовно правового статусу особи. Відтак кримінальним справам властивий суворіший стандарт доказування, аніж цивільним³⁶. Так, зокрема, у рішенні від 23 серпня 2016 р. у справі “Дж. К. та інші проти Швеції” ЄСПЛ наголошує, що

у країнах загального права у кримінальних справах діє стандарт доказування “поза розумним сумнівом” (*beyond reasonable doubt*). Натомість у цивільних справах закон не вимагає такого високого стандарту; скоріше цивільна справа повинна бути вирішена з урахуванням “балансу вірогідностей”. <...> Суд повинен вирішити, чи є вірогідність того, що на підставі наданих доказів, а також правдивості тверджень заявника, вимога цього заявника заслуговує довіри³⁷.

³⁶ Ringvold v. Norway. App. 34964/97. 11.02.2003. ECtHR <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60933>> (accessed: 31.08.2021).

³⁷ J. K. and others v. Sweden. App. 59166/12. 23.08.2016. ECtHR <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> (accessed: 31.08.2021).

Схожий стандарт під час оцінки доказів застосовано у рішенні ЄСПЛ у справі “Бендерський проти України”, в якому Суд, оцінюючи фактичні обставини справи, звертаючись до балансу вірогідностей, вирішуючи спір, виходив із того, що факти, встановлені в експертному висновку, є більш вірогідними за інші докази³⁸.

*Стандарт доказування “вірогідність доказів”
у практиці Верховного Суду*

Задля справедливості варто зазначити, що згадки про стандарти доказування, хоч і фрагментарні, але все ж були ще у “дореформенній” практиці Верховного Суду України (далі – ВСУ). Так, ВСУ в постанові від 14 червня 2017 р. у справі № 923/2075/15 критикував апеляційний суд за те, що останній ‘відмовив у стягненні упущеної вигоди на тій лише підставі, що її розмір не може бути встановлений з розумним ступенем достовірності <...>’³⁹. Імовірно, що джерелом появи цього формулювання на той час могли стати Принципи УНІДРУА 1994 р. – ‘якщо розмір збитків не може бути встановлений з розумним ступенем достовірності, то визначення їх розміру здійснюється на розсуд суду’ (п. 3 ст. 7.4.3)⁴⁰.

Стандарти доказування згадувалися і у практиці Верховного Суду (далі – ВС) до 16 листопада 2019 р. Так, він у 2018–2019 рр. неодноразово звертався загалом до категорії стандарту доказування та відзначав, що при оцінці достатності доказів діють спеціальні правила – стандарти доказування, якими має керуватися суд при вирішенні справи. Суд наголошував, що стандарти доказування є важливим елементом змагальності процесу. Якщо сторона не надала достатньо доказів для підтвердження певної обставини, то суд робить висновок про її недоведеність (постанова ВС від 27 лютого 2019 р. у справі № 922/1163/18⁴¹; від 29 серпня 2018 р. у справі № 909/105/15⁴²; від 29 серпня 2018 р. у справі № 910/23428/17⁴³; від 31 січня 2018 р. у справі № 910/8763/17⁴⁴).

ВС висловлювався також і щодо неналежності стандарту доказування. Так, в одній зі справ він дійшов висновку, що суд апеляційної інстанції

³⁸ Бендерський проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 15 листопада 2007 р., заява 22750/02 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_313#Text> (дата звернення: 01.09.2021).

³⁹ Постанова Верховного Суду України від 14 червня 2017 р. у справі № 923/2075/15 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/67621495>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴⁰ Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT)) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920#Text> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 27 лютого 2019 р. у справі № 922/1163/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80181097>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29 серпня 2018 р. у справі № 909/105/15 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/76237002>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29 серпня 2018 р. у справі № 910/23428/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/76156187>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 31 січня 2018 р. у справі № 910/8763/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/72042344>> (дата звернення: 01.09.2021).

‘встановив для позивача надзвичайний та заздалегідь недосяжний стандарт доказування’, оскільки той поклав в основу свого рішення про скасування заходів забезпечення позову висновок про те, що позивач не надав переконливих аргументів (доказів) на підтвердження того, що особа, якій суд першої інстанції як захід забезпечення позову заборонив видавати певний висновок, обов’язково видасть такий висновок (постанова від 14 серпня 2018 р. у справі № 910/1915/18)⁴⁵.

Також у постанові від 10 вересня 2019 р. у справі № 916/2403/18 ВС зазначив, що під час розгляду справи суди повною мірою не забезпечили дотримання принципу змагальності та найбільш відповідного цьому принципу стандарту доказування – стандарту переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, аніж протилежний⁴⁶.

*Ключові правові позиції щодо застосування стандарту доказування
“вірогідність доказів” в актуальній практиці ВС*

Обов’язок із доказування розуміється як закріплена в процесуальному та матеріальному законодавстві міра належної поведінки особи, що бере участь у судовому процесі, зі збирання та надання доказів для підтвердження свого суб’єктивного права, що має за мету усунення невизначеності, яка виникає в правовідносинах у разі неможливості достовірно з’ясувати обставини, які мають значення для справи.

Необхідність доводити обставини, на які учасник справи посилається як на підставу своїх вимог і заперечень у господарському процесі, є складовою обов’язку сприяти всебічному, повному й об’єктивному встановленню усіх обставин справи, що передбачає, зокрема, подання належних доказів, тобто таких, що підтверджують обставини, які входять у предмет доказування у справі, з відповідним посиленням на те, які обставини цей доказ підтверджує.

Стандарти доказування – важливий елемент змагального процесу. Це спеціальні правила, якими суд має керуватися при вирішенні справи. Ці правила дають змогу оцінити, наскільки вдало сторони виконали вимоги щодо тягаря доказування і наскільки вони змогли переконати суд у своїй позиції, що робить оцінку доказів більш алгоритмізованою та обґрунтованою. Нині у праві існують такі основні стандарти доказування: “баланс імовірностей” (“*balance of probabilities*”), або “*перевага*

⁴⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 14 серпня 2018 р. у справі № 910/1915/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/75896089>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 10 вересня 2019 р. у справі № 916/2403/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/84320526>> (дата звернення: 01.09.2021).

доказів” (*“preponderance of the evidence”*); “наявність чітких та переконливих доказів” (*“clear and convincing evidence”*); “поза розумним сумнівом” (*“beyond reasonable doubt”*) (постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – КГС ВС), від 25 червня 2020 р. у справі № 924/233/18)⁴⁷.

Стандарт доказування “вірогідності доказів”, на відміну від “достатності доказів”, підкреслює необхідність зіставлення судом доказів, які надає позивач і відповідач. Тобто з набуттям чинності нового стандарту доказування необхідним є не надати достатньо доказів для підтвердження певної обставини, а надати їх саме ту кількість, яка зможе переважити доводи протилежної сторони судового процесу (постанова КГС ВС від 25 червня 2020 р. у справі № 924/233/18)⁴⁸.

Тлумачення змісту ст. 79 ГПК України свідчить, що нею покладено на суд обов’язок оцінювати докази, обставини справи з огляду на їхню вірогідність, яка дає змогу дійти висновку, що факти, які розглядаються, скоріше були, аніж їх не було (постанови КГС ВС від 21 серпня 2020 р. у справі № 904/2357/20⁴⁹; від 29 січня 2021 р. у справі № 922/51/20 ВС КГС⁵⁰).

Слід зауважити, що ВС у процесі касаційного перегляду судових рішень неодноразово звертався загалом до категорії стандарту доказування та відзначав, що принцип змагальності забезпечує повноту дослідження обставин справи. Цей принцип передбачає покладання тягаря доказування на сторони. Одночасно цей принцип не передбачає обов’язку суду вважати доведеною та встановленою обставину, про яку сторона стверджує (постанова КГС ВС від 4 березня 2021 р. у справі № 908/1879/17⁵¹). Така обставина підлягає доказуванню таким чином, аби задовольнити, як правило, стандарт переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, аніж протилежний (постанови КГС ВС від 2 2018 р. у справі № 910/18036/17⁵²; від 23 жовтня 2019 р.

⁴⁷ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 червня 2020 р. у справі № 924/233/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/90205664>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁴⁸ Там само.

⁴⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21 серпня 2020 р. у справі № 904/2357/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91092249>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵⁰ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29 січня 2021 р. у справі № 922/51/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/94517830>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 4 березня 2021 р. у справі № 908/1879/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/95343913>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 2 жовтня 2018 р. у справі № 910/18036/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/77112562>> (дата звернення: 01.09.2021).

у справі № 917/1307/18⁵³; від 18 листопада 2019 р. у справі № 902/761/18⁵⁴; від 4 грудня 2019 р. у справі № 917/2101/17⁵⁵. Аналогічний стандарт доказування застосовано також Великою Палатою ВС у постанові від 18 березня 2020 р. у справі № 129/1033/13-ц⁵⁶).

Висновки. З огляду на викладене складно зрозуміти логіку законодавця (якщо логіка в цих діях, звісно, є), що “цивільний” стандарт доказування “вірогідність доказів” впровадив виключно до господарського процесу Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні”, тоді як цивільний процес жодних змін не зазнав. Однак, чи насправді відповідали такі зміни в процесуальному законодавстві меті стимулювання інвестиційної діяльності? Чи відбулося за наслідками набрання чинності Законом таке стимулювання, інтенсифікація залучення інвестицій у національну економіку? Поточні статистичні показники засвідчують, що “ні”. Відтак законодавець продовжує невтомно шукати “чарівну пігулку”, і тепер для стимулювання інвестиційної діяльності планується скасувати Господарський кодекс України. 9 серпня 2021 р. до Верховної Ради України подано законопроект “Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період”⁵⁷, яким передбачено внесення змін до Цивільного кодексу України, визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України, а також низку прикінцевих положень. Складається враження, що в нормах ГПК України щодо доказів та доказування, а також у самому факті існування Господарського кодексу України і криється першопричина негативного впливу на інвестиційну діяльність в Україні, хоч очевидно, що це не так. Відповідний крок законодавця щодо точкового “удосконалення” ГПК України нелогічним є і тому, що до господарської юрисдикції, на відміну від цивільної (юрисдикції загальних судів), належать справи за участю суб’єктів власних повноважень, які складно віднести до суто приватноправових (наприклад, справи у спорах, що виникають із відносин, пов’язаних із захистом економічної конкуренції, зокрема й у спорах, пов’язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України; справи про банкрутство; справи у спорах щодо приватизації майна тощо), тобто “цивільних” справ у розумінні країн,

⁵³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23 жовтня 2019 р. у справі № 917/1307/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/8521153>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18 листопада 2019 р. у справі № 902/761/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/85710940>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 4 грудня 2019 р. у справі № 917/2101/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Page/2>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18 березня 2020 у справі № 129/1033/13-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/88952196>> (дата звернення: 01.09.2021).

⁵⁷ Проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період від 9 вересня 2021 р. № 6013 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72707> (дата звернення: 01.09.2021).

де такий стандарт впроваджено. І зауваження викликає не так сам факт впровадження стандарту доказування до вітчизняного господарського процесу, як той спосіб, у який це сталося: а) зміни торкнулися точково лише господарського процесу, тоді як цивільний та адміністративний процеси таких змін не зазнали, що демонструє хаотичний поспіх і непослідовність законодавця; б) законодавець замінив по суті таку властивість доказів, як їхню достатність у господарському процесі на стандарт доказування “вірогідність доказів”, тоді як вони є не взаємозамінними категоріями. Цивільний та адміністративний процеси і надалі оперують категорією “достатність доказів”, що розкриває взаємозв’язок сукупності доказів, яка дає можливість суду зробити висновок про існування факту, на підтвердження якого вони зібрані. Тобто достатність доказів – це сукупність доказів у справі, яка дає можливість вирішити відповідний спір. Визначення характеристики достатності доказів і взаємного зв’язку в їх сукупності зводиться до вирішення питання про те, чи встановлені обставини, що становлять предмет доказування, чи є можливість на основі аналізу зібраних фактичних даних вирішити спір. Достатність доказів може бути визначена і в якісному аспекті як властивість доказів, яка надає можливість покласти їхню сукупність в основу процесуального рішення. Суд вирішує, що доказів достатньо тоді, коли вони сформували внутрішньо обґрунтовану впевненість суду в тому, що певна обставина мала місце. А така впевненість прямо не залежить від того, скільки саме окремих доказів подала та чи інша сторона й не вимагає подання якомога більшої кількості доказів. Тобто достатність – це теж про вагомість доказів, а не про їхню кількість. Тож чи потрібно було відмовлятися від категорії “достатність доказів” у господарському процесі? Видається, що законодавцеві не варто було плутати властивості доказів зі стандартами доказування. Впровадження останніх потребувало більш вдумливого та виваженого підходу. Власне, потребує його, як видається, і зараз.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Twining W, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (2-nd ed, Cambridge University Press 2006) (in English).
2. Vapniarchuk V, *Teoriia i praktyka kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia* (Iurait 2017) (in Ukrainian).
3. Pilkov K, *Teoriia i praktyka dokazuvannia u mizhnarodnomu komertsiiinomu arbitrazhi* (Osvita Ukrainy 2016) (in Ukrainian).

Edited and translated books

4. Lezhe R, *Velikie pravovye sistemy sovremennosti: sravnitel'no-pravovoj podhod* (per s fr, Volters Kluver 2009) (in Russian).
5. Fletcher Dzh, Naumov A, *Osnovnye koncepcii sovremennogo ugolovnogo prava* (per s angl, Jurist 1998) (in Russian).

Journal articles

6. Bennett B, 'Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review' (1944) 32 California Law Review 75.
7. McBaine J P, 'Burden of proof: Degrees of Belief' [1944] 32 (3) California Law Review 262-3.
8. Meyers A, 'Rejecting the Clear and Convincing Evidence Standard for Proof of Incompetence' (1997) 87 Journal of Criminal Law and Criminology 1034.
9. Redmayne M, 'Standards of Proof in Civil Litigation' [1999] 62 (2) The Modern Law Review 167-195.
10. Schwartz D, Seaman C, 'Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law' [2013] 26 (2) Harvard Journal of Law & Technology 430-5.
11. Sherwin E, 'Clear and Convincing Evidence of Testamentary Intent: The Search for a Compromise Between Formality and Adjudicative Justice' [2002] 34 (2) Cornell Law Faculty Publications 25.
12. Budylin S, 'Shtrafnye ubytki. Teper' i v Rossii?' (2013) 4 Vestnik grazhdanskogo prava 19-52 (in Russian).
13. Karapetov A, Kosarev A, 'Standarty dokazyvaniya: analiticheskoe i jempiricheskoe issledovanie' (2019) 5 Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii. Prilozhenie k Ezhemesjachnomu zhurnalu 10 (in Russian).
14. Overchuk S, 'Stanovlennia instytutu prysiazhnykh v umovakh nabrannia chynnosti Kryminalnym protsesualnym kodeksom Ukrainy' [2012] 2 (6) Chasopys Natsionalnoho universytetu "Ostrozka akademiia". Seriya "Pravo" 1-4 (in Ukrainian).
15. Pilkov K, 'Vlastyvoli dokaziv ta kryterii yikh otsiniuvannia' (2020) 4 Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo 95 (in Ukrainian).
16. Ratushna B, 'Standart dokazuvannia yak kryterii dostovirnosti rezultatu sudovoho piznannia' (2012) 6 Pravo Ukrainy 282-90 (in Ukrainian).
17. Riabchenko Yu, 'Standart dokazuvannia: dosvid zastosuvannia ta perspektyvy zaprovadzhennia' (2020) 10 Naukovyi yurydychnyi zhurnal 122-8 (in Ukrainian).
18. Rieznikova V, V Shcherbyna, 'Suchasni tendentsii rozvytku hospodarskoho protsesu Ukrainy' (2017) 9 Pravo Ukrainy 9-27 (in Ukrainian).
19. Ruda T, 'Kryterii dostatnosti pry otsinti dokaziv u tsyvilnomu sudochynstvi Ukrainy i SShA: porivnialno-pravovyi analiz' (2011) 88 Visnyk Kyivskoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky 106-10 (in Ukrainian).
20. Skriabin O, Tonne N, 'Sud prysiazhnykh za novym Kryminalno-protsesualnym kodeksom Ukrainy' (2014) 72 Aktualni problemy derzhavy i prava 400-6 (in Ukrainian).
21. Stepanenko A, 'Problemy vyznachennia standartu dokazuvannia "poza rozumnym sumnivom"' (2014) 6 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 228-30 <http://lsej.org.ua/6_2014/63.pdf> (accessed: 30.08.2021) (in Ukrainian).
22. Stoian A, 'Trystupeneva hradatsiia standartiv dokazuvannia v administratyvnomu protsesi' (2021) 1 Forum prava 25-36 (in Ukrainian).

Conference papers

23. But I, 'Standart dokazuvannia "balans ymovirnosti" u tsyvilnomu sudochynstvi' *Pravove zhyttia suchasnoi Ukrainy: materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf., t 2* (Arakelian M red, Helvetyka 2020) 324-7 (in Ukrainian).

Theses

24. Nikolenko L, ‘Dokazuvannia v hospodarskomu sudochynstvi’ (avtoref dys kand yuryd nauk, 2004) 19 (in Ukrainian).
25. Stepanenko A, ‘Standart dokazuvannia “poza rozumnym sumnivom” v kryminalnomu provadzhenni’ (dys kand yuryd nauk, 2017) 7 (in Ukrainian).

Viktoriiia Rieznikova

STANDARD OF PROOF “PROBABILITY OF EVIDENCE”
IN ECONOMIC PROCEDURE

ABSTRACT. The article is devoted to the introduction of the standard of proof “probability of evidence” into the economic proceedings. The article covers the standard of proof, as well as approaches to the definition of concept of standard of proof that prevail in modern procedural doctrine. Each of the types of standards of proof has been examined. The article provides insight into the foreign experience of using the standards of proof in general, as well as the standard of proof “probability of evidence” in particular. It has been established that in the Anglo-American legal family there are two most common standards of proof: 1) “beyond a reasonable doubt” for criminal cases; 2) “preponderance of evidence, balance of probabilities” for civil/commercial cases. The legal system of common law is based on the fact that for the formation of a judicial conviction there is no need for the absolute mathematical accuracy of confirmation of data available in the case, but only such a degree of probability is important that allows the court to dispel doubts in a particular case. It was also established that foreign jurisprudence distinguishes two variations of the raised “civil” standard of proof: the “flexible standard” and the “prior probability approach”. Intermediate standards of proof used in the United States have also been investigated. Particular attention is paid to such an intermediate standard as “clear and convincing evidence”. The article covers the role of the standard of proof “probability of evidence”. Particular attention is paid to the approaches that can be followed by judges or legislators when choosing a standard of proof to ensure the unity of judicial practice and equality of participants in the trial. The article refers to the case law of the European Court of Human Rights. It also covers the standard of proof “probability of proof” in the practice of the Supreme Court. The article analyzes and systematizes, summarizes the key legal positions on the application of the standard of proof “probability of evidence” in the current practice of the Supreme Court.

KEYWORDS: proof; standard of proof; economic proceedings; sufficiency of evidence; probability of evidence; balance of probabilities; concept of standard of proof; types of standards of proof; burden of proof; weight of evidence; civil law standards of proof; standard of proof in economic procedure.

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО



Тетяна Дроботова

кандидатка юридичних наук,
заслужена юристка України, суддя,
секретарка судової палати для розгляду справ
щодо земельних відносин та права власності
Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
tdrobotova@gmail.com

Інна Кульчій

кандидатка юридичних наук,
наукова консультантка Касаційного господарського суду
у складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2012-4794>
innakulchii@gmail.com



УДК 349.4

ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ЗЕМЕЛЬ

АНОТАЦІЯ. Метою статті є аналіз та узагальнення практики Верховного Суду (ВС) щодо правового режиму окремих категорій земель.

Аналіз результатів розгляду основних категорій господарських справ протягом 2020 р. дає підстави стверджувати, що значну частину справ, розглянутих господарськими судами, становлять справи зі спорів, які виникають із земельних відносин. Така ситуація зумовлюється здебільшого недоліками законодавства й неоднозначністю його тлумачення. У цьому аспекті значної актуальності набуває аналіз позицій ВС щодо правового режиму окремих категорій земель із метою сприяння формуванню усталеної судової практики.

Незважаючи на відсутність законодавчого визначення категорії “правовий режим земель”, у науці земельного права вона набула широкого розповсюдження.

У статті під правовим режимом земель пропонується розуміти встановлений правовими нормами порядок та умови використання земель України. Відповідно до частин 1, 2 ст. 18 Земельного кодексу України (ЗК України) до земель України належать усі землі в межах її території, зокрема острови та землі, зайняті водними

об'єктами, які за основним цільовим призначенням поділяються на категорії. Категорії земель України мають особливий правовий режим. Землі України за основним цільовим призначенням поділяються на такі категорії: а) землі сільськогосподарського призначення; б) землі житлової та громадської забудови; в) землі природно-заповідного й іншого природоохоронного призначення; г) землі оздоровчого призначення; г) землі рекреаційного призначення; д) землі історико-культурного призначення; е) землі лісгосподарського призначення; є) землі водного фонду; ж) землі транспорту, промисловості, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (ч. 1 ст. 19 ЗК України).

Авторки проаналізували низку рішень ВС щодо правового режиму окремих категорій земель, виокремили правові позиції по категоріям земель, а також висвітлили проблемні питання щодо набуття права власності та способів захисту прав на землю.

У статті зроблено висновок, що значну частину земельних спорів становлять спори щодо набуття права власності та способів захисту прав на землю. Подальше дослідження правових позицій ВС та їх правозастосування сприятимуть формуванню усталеної практики в означеній сфері.

Ключові слова: правовий режим земель; категорії земель; цільове призначення земельних ділянок; набуття права власності на землю; способи захисту прав на землю.

Дослідження позицій науковців щодо розуміння правового режиму земель дає підстави стверджувати, що це поняття визначається по-різному. А. Мірошніченко під правовим режимом земель розуміє встановлений правовими нормами порядок поведінки щодо цих земель¹. В. Сидор правовий режим земель розглядає як особливий порядок правового регулювання поведінки учасників суспільних відносин у галузі використання й охорони земель, а також управління земельними ресурсами, що виражається в поєднанні юридичних засобів, спрямованих на забезпечення раціонального використання та охорони земель в інтересах усього суспільства і конкретних землевласників та землекористувачів². С. Шарапова, досліджуючи особливості правового режиму земель за умови комплексного їх використання, визначає як встановлений нормами законодавства і заснований на принципах земельного права порядок регулювання поведінки суб'єктів щодо земельних ділянок, на яких розміщені інші об'єкти природного і штучного походження, який спрямований на забезпечення ефективного, невиснажливого використання, відновлення, охорони земель та забезпечення і підтримання безпечного стану навколишнього природного середовища³.

Метою дослідження є аналіз та узагальнення практики Верховного Суду (далі – ВС) щодо правового режиму окремих категорій земель.

¹ А Мірошніченко, *Земельне право України: підручник* (2-ге вид, допов і перероб, Алерта, ЦУЛ 2011) 433.

² В Сидор, 'Правовий режим земель в земельному законодавстві України' [2010] 8 (119) Адвокат 27–31.

³ С Шарапова, 'Особливості правового режиму земель за умови комплексного їх використання' (2021) 1 *Право і суспільство* 130–1.

Для цілей цієї статті під правовим режимом земель пропонується розуміти встановлений правовими нормами порядок та умови використання земель України. Відповідно до частин 1, 2 ст. 18 Земельного кодексу України (далі – ЗК України)⁴ до земель України належать усі землі в межах її території, зокрема острови та землі, зайняті водними об'єктами, які за основним цільовим призначенням поділяються на категорії. Категорії земель України мають особливий правовий режим.

Землі України за основним цільовим призначенням поділяються на такі категорії: а) землі сільськогосподарського призначення; б) землі житлової та громадської забудови; в) землі природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення; г) землі оздоровчого призначення; ґ) землі рекреаційного призначення; д) землі історико-культурного призначення; е) землі лісгосподарського призначення; є) землі водного фонду; ж) землі транспорту, промисловості, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (ч. 1 ст. 19 ЗК України)⁵.

Зосередимо увагу на практиці ВС щодо правового режиму окремих категорій земель, яка стосується порядку набуття права власності та порушення порядку використання земельних ділянок і способів захисту прав на землю.

Землі житлової та громадської забудови

Статтею 38 ЗК України визначено, що до земель житлової та громадської забудови належать земельні ділянки в межах населених пунктів, які використовуються для розміщення житлової забудови, громадських будівель і споруд, інших об'єктів загального користування.

Землі загального користування населених пунктів. Порядок продажу земельних ділянок державної та комунальної власності громадянам та юридичним особам визначений ст. 128 ЗК України. При цьому у п. “а” ч. 4 ст. 83 ЗК України зазначено, що до земель комунальної власності, які не можуть передаватись у приватну власність, належать, зокрема, землі загального користування населених пунктів (майдани, вулиці, проїзди, шляхи, набережні, пляжі, парки, сквери, бульвари, кладовища, місця знешкодження та утилізації відходів тощо).

У постанові від 29 квітня 2020 р. у справі № 922/1363/19 про зобов'язання міськуча ради надати дозвіл на проведення експертної грошової оцінки спірної земельної ділянки Касаційний господарський суд у складі ВС (далі – КГС ВС) наголосив, ‘що земельні ділянки, які знаходяться в загальному користуванні, не можуть передаватись у приватну власність’, а тому міська рада в межах своїх повноважень і відповідно

⁴ Земельний кодекс України: Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

⁵ Там само.

до чинного законодавства правомірно відмовила фізичній особі – підприємцю у продажі спірної земельної ділянки шляхом ухвалення відповідного рішення⁶.

Земельні ділянки багатоквартирних будинків. Земельні ділянки, на яких розташовані багатоквартирні будинки, а також належні до них будівлі, споруди та прибудинкова територія, що перебувають у спільній сумісній власності власників квартир і нежитлових приміщень у будинку, передаються безоплатно у власність або в постійне користування співвласникам багатоквартирного будинку в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ч. 2 ст. 42 ЗК України).

Порядок використання земельних ділянок, на яких розташовані багатоквартирні будинки, а також належні до них будівлі, споруди та прибудинкові території, визначається співвласниками. Розміри та конфігурація земельних ділянок, на яких розташовані багатоквартирні будинки, а також належні до них будівлі, споруди та прибудинкові території, визначаються на підставі відповідної землевпорядної документації. У разі знищення (руйнування) багатоквартирного будинку майнові права на земельну ділянку, на якій розташовано такий будинок, а також належні до нього будівлі, споруди та прибудинкова територія, зберігаються за співвласниками багатоквартирного будинку.

У постанові від 29 липня 2020 р. у справі № 907/641/18 КГС ВС вказав, що з аналізу цільового призначення земельних ділянок, на яких розташовані багатоквартирні жилі будинки, та норм ст. 42 ЗК України випливає, що ‘в разі приватизації громадянами квартир у такому будинку земельна ділянка як така, що входить до житлового комплексу, може передаватися безоплатно у власність або надаватися у користування лише об’єднанню співвласників будинку’, створеному відповідно до Закону України ‘Про об’єднання співвласників багатоквартирного будинку’⁷ у порядку, передбаченому Постановою Кабінету Міністрів України ‘Про реалізацію Закону України ‘Про об’єднання співвласників багатоквартирного будинку’⁸. Отже, суд дійшов висновку, що нормами земельного законодавства ‘не передбачено можливості передачі у власність чи користування окремим співвласникам багатоквартирних будинків земельної ділянки, на якій розташований багатоквартирний жилий будинок, або її частини’⁹.

⁶ Постанова Верховного Суду від 29 квітня 2020 р. у справі № 922/1363/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/89008788>> (дата звернення: 13.09.2021).

⁷ Про об’єднання співвласників багатоквартирного будинку: Закон України від 29 листопада 2001 р. № 2866-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-14#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

⁸ Про реалізацію Закону України ‘Про об’єднання співвласників багатоквартирного будинку’: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2002 р. № 1521 (втратила чинність на підставі Постанови від 5 вересня 2018 р. № 711) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1521-2002-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

⁹ Постанова Верховного Суду від 29 липня 2020 р. у справі № 907/641/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/90723047>> (дата звернення: 13.09.2021).

Землі рекреаційного призначення

Відповідно до норм ст. 50 ЗК України до земель рекреаційного призначення належать землі, які використовуються для організації відпочинку населення, туризму та проведення спортивних заходів.

Земельні ділянки зелених зон і зелених насаджень міст належать до земель рекреаційного призначення (ст. 51 ЗК України). Землі рекреаційного призначення можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності. Порядок використання земель рекреаційного призначення визначається законом (частини 1, 4 ст. 52 ЗК України).

У постанові від 4 лютого 2020 р. у справі № 911/3738/17 КГС ВС зазначив, що

передання у приватну власність земельної ділянки, віднесеної до території зелених насаджень загального користування (земельної ділянки зелених зон і зелених насаджень міст), для будівництва й обслуговування індивідуального житлового будинку та господарських споруд без зміни її цільового призначення суперечить положенням ЗК України¹⁰.

Аналогічний висновок викладено у п. 34 постанови Великої Палати ВС (далі – ВП ВС) від 12 грудня 2018 р. у справі № 761/31121/14-ц¹¹.

Окрім того, на землях рекреаційного призначення забороняється діяльність, що перешкоджає або може перешкоджати використанню їх за призначенням, а також негативно впливає або може вплинути на природний стан цих земель (ч. 3 ст. 52 ЗК України). Тому КГС ВС у постанові від 16 жовтня 2018 у справі № 922/3958/17 дійшов висновку, що наведені норми

встановлюють обмеження не щодо передачі у приватну власність земель рекреаційного призначення, а щодо діяльності на відповідних земельних ділянках, тоді як судами не було встановлено обставин (мети та умов тощо) передачі у власність товариства земельної ділянки згідно з оспорюваним рішенням всупереч наведених положень частини другої статті 52 ЗК України¹².

У постанові від 2 лютого 2021 р. у справі № 925/642/19 про визнання незаконним і скасування рішення міської ради, яким остання незаконно передала третій особі в оренду земельну ділянку рекреаційного призначення, що перебуває в адміністративних межах сільської ради та належить до комунальної власності територіальної громади, ВП ВС зробила

¹⁰ Постанова Верховного Суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 911/3738/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87559737>> (дата звернення: 13.09.2021).

¹¹ Постанова Верховного Суду від 12 грудня 2018 р. у справі № 761/31121/14-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/79365520>> (дата звернення: 13.09.2021).

¹² Постанова Верховного Суду від 16 жовтня 2018 р. у справі № 922/3958/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/77397832>> (дата звернення: 13.09.2021).

висновок, що обраний позивачем спосіб захисту є неефективним, оскільки задоволення вимоги про визнання рішення міської ради незаконним та його скасування не може призвести до захисту або відновлення порушеного речового права позивача (у разі його наявності), зокрема повернення у його володіння або користування спірної земельної ділянки, відшкодування шкоди¹³.

Для витребування майна оспорювання рішень органів державної влади чи місцевого самоврядування, які вже були реалізовані і вичерпали свою дію, оскарження всього ланцюга договорів та інших правочинів щодо спірного майна не є ефективним способом захисту прав; при цьому позивач у межах розгляду справи про витребування майна із чужого володіння має право посилатися, зокрема, на незаконність рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування, без заявлення вимоги про визнання його недійсним; таке рішення за умови його невідповідності закону не зумовлює правових наслідків, на які воно спрямоване.

Отже, у такому випадку належним способом захисту позивача буде звернення до суду з вимогами про витребування майна із чужого незаконного володіння, якщо позивач був позбавлений права володіння земельною ділянкою, або усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження майном, якщо позивачу чиняться перешкоди в реалізації цих прав.

Землі історико-культурного призначення

До земель історико-культурного призначення належать землі, на яких розташовані пам'ятки культурної спадщини, їх комплекси (ансамблі), історико-культурні заповідники, історико-культурні заповідні території, охоронювані археологічні території, музеї просто неба, меморіальні музеї-садиби (ст. 53 ЗК України).

Відповідно до ст. 34 Закону України "Про охорону культурної спадщини"¹⁴ території пам'яток, охоронних зон, заповідників, музеїв-заповідників, охоронювані археологічні території належать до земель історико-культурного призначення, включаються до державних земельних кадастрів, планів землекористування, проєктів землеустрою, іншої проєктно-планувальної та містобудівної документації.

Землі історико-культурного призначення відносяться до особливо цінних земель (ч. 1 ст. 150 ЗК України). Виходячи з принципу використання земельних ділянок за цільовим призначенням (ст. 96 ЗК України) на землях історико-культурного призначення забороняється діяльність, яка суперечить їх цільовому призначенню. Законодавством встановлений дозвільний порядок використання земель історико-культурного призначення.

¹³ Постанова Верховного Суду від 2 лютого 2021 р. у справі № 925/642/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/94666782>> (дата звернення: 13.09.2021).

¹⁴ Про охорону культурної спадщини: Закон України від 8 червня 2000 р. № 1805-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1805-14#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

Навколо історико-культурних заповідників, історико-культурних заповідних територій, музеїв просто неба, меморіальних музеїв-садиб, пам'яток культурної спадщини, їх комплексів (ансамблів) встановлюються зони охорони пам'яток із заборонаю діяльності, що шкідливо впливає або може вплинути на додержання режиму використання таких земель (ч. 2 ст. 54 ЗК України).

Отже, з урахуванням встановлених обставин ВП ВС у постанові від 26 червня 2018 р. у справі № 914/582/17 дійшла висновку, що

земля, яка знаходиться під гаражами, які на підставі рішення, що оскаржується прийнято у комунальну власність районної ради, належить до земель історико-культурного призначення, а отже, має спеціальний режим охорони як об'єкт культурної спадщини¹⁵.

Землі лісогосподарського призначення

До земель лісогосподарського призначення належать землі, вкриті лісовою рослинністю, а також не вкриті лісовою рослинністю, нелісові землі, які надані та використовуються для потреб лісового господарства (ст. 55 ЗК України).

Згідно з п. "г" ч. 3 ст. 83 ЗК України до земель комунальної власності, які не можуть передаватись у приватну власність, належать землі лісогосподарського призначення, крім випадків, визначених ЗК України.

У постанові від 4 лютого 2020 р. у справі № 911/3523/17 про витребування земельної ділянки з чужого незаконного володіння КГС ВС дійшов висновку, що законодавство України обмежує безоплатне передання у приватну власність земель лісогосподарського призначення переданням за рішенням уповноваженого органу 'тільки замкнених земельних ділянок лісогосподарського призначення загальною площею до 5 гектарів у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств'¹⁶.

Згідно з частинами 2 та 3 ст. 1 Лісового кодексу України (далі – ЛК України)¹⁷ ліси України є її національним багатством і за своїм призначенням та місцезонашуванням виконують переважно водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, виховні, інші функції та є джерелом для задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. Усі ліси на території України, незалежно від того, на землях яких категорій за основним цільовим призначенням вони зростають, та незалежно від права власності на них, становлять лісовий фонд України і перебувають під охороною держави.

¹⁵ Постанова Верховного Суду від 26 червня 2018 р. у справі № 914/582/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/75265992>> (дата звернення: 13.09.2021).

¹⁶ Постанова Верховного Суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 911/3523/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87623744>> (дата звернення: 13.09.2021).

¹⁷ Лісовий кодекс України: Закон України від 21 січня 1994 р. № 3852-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3852-12#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

Заволодіння приватними особами ділянками лісогосподарського призначення всупереч вимогам чинного законодавства, без законного дозволу уповноваженого на те органу може зумовлювати конфлікт між гарантованим ст. 1 Першого протоколу правом цих осіб мирно володіти майном і конституційними правами всіх інших осіб на безпечне довкілля, не погіршення екологічної ситуації та використання власності не на шкоду суспільству.

КГС ВС також вказав, що “суспільним”, “публічним” інтересом звернення з вимогою про витребування спірної земельної ділянки із володіння товариства у цій справі є задоволення суспільної потреби у відновленні законності під час вирішенні суспільно важливого та соціально значущого питання – зміни цільового призначення земель лісового фонду та безоплатної передачі у власність громадянам земельних ділянок і лісів із державної власності, а також захист суспільних інтересів загалом, права власності на землю Українського народу, лісів – національного багатства України та лісів як джерела задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. “Суспільний”, “публічний” інтерес полягає у відновленні правового порядку в частині визначення меж компетенції органів державної влади та місцевого самоврядування, відновленні становища, яке існувало до порушення права власності Українського народу на землі лісогосподарського призначення, захист такого права через повернення в державну власність земель лісогосподарського призначення, що незаконно вибули з такої власності.

Стосовно земель лісогосподарського призначення закон установлює

пріоритет державної, комунальної власності на землю над приватною і, крім того, прямо забороняє органам місцевого самоврядування та органам виконавчої влади передавати в приватну власність ліси та землю відповідного цільового призначення поза складом угідь селянських, фермерських та інших господарств, або й у складі цих угідь, якщо площа ділянки більше, ніж 5 га¹⁸.

Окрім того, ВП ВС у постанові від 14 листопада 2018 р. у справі № 183/1617/16 щодо визнання неправомірним і скасування рішення сільської ради про передачу земельної ділянки державного лісового фонду у власність фізичної особи для будівництва й обслуговування житлового будинку, визнання недійсним державного акта та витребування земельної ділянки, дійшла висновку, що захист порушених прав особи, яка вважає себе власником майна, що було неодноразово відчужене, можливий через пред’явлення віндикаційного позову до останнього набувача цього

¹⁸ Постанова Верховного Суду від 4 лютого 2020 р. у справі № 911/3523/17 (н 16).

майна з підстав, передбачених статтями 387 та 388 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹⁹.

Задоволення вимоги про витребування майна з незаконного володіння особи, за якою воно зареєстроване на праві власності, відповідає речово-правовому характеру віндикаційного позову та призводить до ефективного захисту прав власника.

У тих випадках, коли має бути застосована вимога про витребування майна з чужого незаконного володіння, вимога власника про визнання права власності чи інші його вимоги, спрямовані на уникнення застосування приписів статей 387 і 388 ЦК України, є неефективними²⁰.

Власник із дотриманням вимог статей 387 і 388 ЦК України може витребувати належне йому майно від особи, яка є останнім його набувачем, незалежно від того, скільки разів це майно було відчужене до того, як воно потрапило у володіння останнього набувача. Для такого витребування оспорювання наступних рішень органів державної влади чи місцевого самоврядування, договорів, інших правочинів щодо спірного майна і документів, що посвідчують відповідне право, не є ефективним способом захисту права власника.

Щодо земель лісового фонду ВС також зауважив, що зайняття спірної земельної ділянки з порушенням положень ЗК України та ЛК України треба розглядати як не пов'язане з позбавленням володіння порушення права власності держави чи відповідної територіальної громади. У такому разі позовну вимогу про зобов'язання повернути земельну ділянку слід розглядати як негативний позов, який можна заявити впродовж усього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки (постанови ВП ВС від 28 листопада 2018 р. у справі № 504/2864/13-ц²¹, від 4 липня 2018 р. у справі № 653/1096/16-ц²², від 12 червня 2019 р. у справі № 487/10128/14-ц²³).

Водночас власник земельної ділянки лісогосподарського призначення може вимагати усунення порушення його права власності на цю ділянку, зокрема оспорюючи відповідні рішення органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, договори або інші правочини та вимагаючи повернути таку ділянку.

¹⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

²⁰ Постанова Верховного Суду від 14 листопада 2018 р. у справі № 183/1617/16 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/81574015>> (дата звернення: 13.09.2021).

²¹ Постанова Верховного Суду від 28 листопада 2018 р. у справі № 504/2864/13-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/81842010>> (дата звернення: 13.09.2021).

²² Постанова Верховного Суду від 4 липня 2018 р. у справі № 653/1096/16-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/75296538>> (дата звернення: 13.09.2021).

²³ Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 р. у справі № 487/10128/14-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/85541621>> (дата звернення: 13.09.2021).

Відповідно до постанови ВП ВС від 12 червня 2019 р. у справі № 487/10128/14-ц 'повернення земельної ділянки лісогосподарського призначення державі слід розглядати як негаторний позов, який можна заявити впродовж всього часу тривання порушення прав законного володільця цієї ділянки'²⁴.

Розглядаючи позов прокурора в інтересах держави про визнання недійсними рішень органів державної влади та місцевого самоврядування, скасування рішення про державну реєстрацію права власності, визнання недійсним договору іпотеки та витребування земельної ділянки лісового фонду, ВП ВС у постанові від 16 червня 2020 р. у справі № 372/266/15-ц також вказала, що не є ефективним способом захисту права власника для мети витребування ним його майна з чужого незаконного володіння оспорування не тільки рішень органів державної влади чи місцевого самоврядування, а й договорів, інших правочинів щодо спірного майна та документів, що посвідчують відповідне право. Останні не є підставами набуття земельної ділянки у власність із земель державної чи комунальної власності. Такою підставою є відповідне рішення органу державної влади чи органу місцевого самоврядування. Тому помилковими є висновки про неможливість витребування спірної земельної ділянки через те, що не були оскаржені державні акти, на підставі яких земельні ділянки (з яких надалі була сформована спірна земельна ділянка) вибули з власності держави та були передані дев'ятьом фізичним особам. Так само помилково вважати, що для ефективного захисту права власності власник має витребувати відповідне майно у кінцевого набувача після того, як визнає недійсним договір, на підставі якого це майно перейшло у володіння до вказаного набувача²⁵.

Землі водного фонду

До земель водного фонду належать землі, зайняті: морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водними об'єктами, болотами, а також островами; прибережними захисними смугами вздовж морів, річок та навколо водойм; гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами та каналами, а також землі, виділені під смуги відведення для них; береговими смугами водних шляхів (ч. 1 ст. 58 ЗК України та ст. 4 Водного кодексу України, далі – ВК України²⁶).

Статтею 59 ЗК України передбачено обмеження щодо набуття таких земель у приватну власність і встановлено можливість використання таких земель для визначених цілей на умовах оренди. Відповідно до ч. 4

²⁴ Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 р. у справі № 487/10128/14-ц (н 23).

²⁵ Постанова Верховного Суду від 16 червня 2020 р. у справі № 372/266/15-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458955>> (дата звернення: 13.09.2021).

²⁶ Водний кодекс України: Закон України від 6 червня 1995 р. № 213/95-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/213/95-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

ст. 84 цього Кодексу землі водного фонду взагалі не можуть передаватися у приватну власність, крім випадків, передбачених законодавством. Випадки передачі земель водного фонду у приватну власність, зокрема громадян, передбачені положеннями ч. 2 ст. 59 ЗК України.

Громадянам та юридичним особам за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування можуть безоплатно передаватися у власність замкнені природні водойми (загальною площею до 3 га). Власники на своїх земельних ділянках можуть у встановленому порядку створювати рибогосподарські, протиерозійні та інші штучні водойми (ч. 2 ст. 59 зазначеного Кодексу).

Відповідно до ст. 60 ЗК України, ст. 88 ВК України прибережні захисні смуги встановлюються по обидва береги річок та навколо водойм уздовж урізу води (у меженний період) шириною: для малих річок, струмків і потічків, а також ставків площею менш як 3 га – 25 м; для середніх річок, водосховищ на них, водойм, а також ставків площею понад 3 га – 50 м; для великих річок, водосховищ на них та озер – 100 м.

Отже, прибережна захисна смуга – це частина водоохоронної зони визначеної законодавством ширини вздовж річки, моря, навколо водойм, на якій встановлено особливий режим. За змістом ч. 4 ст. 88 ВК України у межах існуючих населених пунктів прибережна захисна смуга встановлюється з урахуванням містобудівної документації.

Згідно з п. 2.9 Порядку погодження природоохоронними органами матеріалів щодо вилучення (викупу), надання земельних ділянок²⁷, затвердженого наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 5 листопада 2004 р. № 434, у разі відсутності належної земельпорядної документації та встановлених у натурі (на місцевості) меж щодо водоохоронних зон і прибережних захисних смуг водних об'єктів природоохоронний орган забезпечує їхнє збереження за допомогою урахування при розгляді матеріалів щодо вилучення (викупу), надання цих земельних ділянок нормативних розмірів прибережних захисних смуг, встановлених ст. 88 ВК України, та орієнтовних розмірів і меж водоохоронних зон, що визначаються відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку визначення розмірів і меж водоохоронних зон та режиму ведення господарської діяльності в них”²⁸, з урахуванням конкретної ситуації.

Наявність прибережних захисних смуг визначеної ширини передбачена нормами закону (ст. 60 ЗК України, ст. 88 ВК України).

²⁷ Про затвердження Порядку погодження природоохоронними органами матеріалів щодо вилучення (викупу), надання земельних ділянок: наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 5 листопада 2004 р. № 434 (втратив чинність на підставі наказу від 12 червня 2017 р. № 217) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1470-04#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

²⁸ Про затвердження Порядку визначення розмірів і меж водоохоронних зон та режиму ведення господарської діяльності в них: Постанова Кабінету Міністрів України від 8 травня 1996 р. № 486 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/486-96-%D0%BF#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

Відтак КГС ВС у постанові від 1 листопада 2018 р. у справі № 915/812/17 про визнання незаконним і скасування розпорядження про продаж земельної ділянки фізичній особі, розташованої в межах території сільської ради, вказав, що 'відсутність проекту землеустрою щодо встановлення прибережної захисної смуги не свідчить про відсутність самої прибережної захисної смуги, оскільки її розміри встановлено законом'²⁹.

Таким чином, системний аналіз наведених норм законодавства дає підстави для висновку, що *при наданні земельної ділянки за відсутності проекту землеустрою зі встановлення прибережної захисної смуги необхідно виходити з нормативних розмірів прибережних захисних смуг, установлених ст. 88 ВК України, та орієнтовних розмірів і меж водоохоронних зон, що визначаються відповідно до Порядку визначення*. Надання у приватну власність земельних ділянок, розташованих у прибережній захисній смузі, без урахування обмежень, зазначених у ст. 59 ЗК України, суперечить нормам статей 83, 84 цього Кодексу. Аналогічну правову позицію викладено у постанові ВП ВС від 30 травня 2018 р. у справі № 469/1393/16-ц³⁰.

Окрім того, у прибережних захисних смугах уздовж річок забороняється будівництво будь-яких споруд (крім гідротехнічних, гідрометричних і лінійних), зокрема баз відпочинку (п. 4 ч. 2 ст. 89 ВК України). Тому у постанові від 23 червня 2020 р. у справі № 680/214/16-ц про визнання недійсною декларацію щодо готовності об'єкта до експлуатації (елінг із кімнатами відпочинку) та скасування її реєстрації, зобов'язання знести самочинно збудоване нерухоме майно тощо, ВП ВС зауважила, що

землі прибережних захисних смуг є землями водного фонду України, на які розповсюджується особливий порядок їх використання та режим обмеженої господарської діяльності. А на землях рекреаційного призначення забороняється діяльність, що перешкоджає або може перешкоджати використанню їх за призначенням, а також негативно впливає або може вплинути на природний стан цих земель (частина третя статті 52 ЗК України)³¹.

Розглядаючи спори щодо земель водного фонду, ВС виходить із того, що на них розповсюджується особливий порядок їх використання та надання у користування. Такі землі можуть змінювати володільця лише у випадках, прямо передбачених у ЗК України та ВК України. Тому зайняття земельної ділянки водного фонду з порушенням, зокрема, ст. 59,

²⁹ Постанова Верховного Суду від 1 листопада 2018 р. у справі № 915/812/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/77689118>> (дата звернення: 13.09.2021).

³⁰ Постанова Верховного Суду від 30 травня 2018 р. у справі № 469/1393/16-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/74475898>> (дата звернення: 13.09.2021).

³¹ Постанова Верховного Суду від 23 червня 2020 р. у справі № 680/214/16-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91555165>> (дата звернення: 13.09.2021).

пп. “Г” ч. 3 ст. 83, пп. “Г” ч. 3, пп. “Д” ч. 4 ст. 84, ч. 3 ст. 93 ЗК України, ст. 85, ч. 5 ст. 88 ВК України треба розглядати як не пов’язане з позбавленням володіння порушення права власності держави чи відповідної територіальної громади.

Заволодіння громадянами та юридичними особами землями водного фонду (перехід до них володіння цими землями) всупереч вимогам ЗК України є неможливим. Розташування земель водного фонду вказує на неможливість виникнення приватного власника, а отже, і нового володільця, крім випадків, передбачених у ст. 59 цього Кодексу.

Залежно від обставин справи вимогу зобов’язати повернути земельну ділянку суд може кваліфікувати як негативний позов. Такий позов можна заявити впродовж усього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки. Власник земельної ділянки водного фонду може вимагати усунення порушення його права власності на цю ділянку, зокрема, оспорюючи відповідні рішення органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, договори або інші правочини, та вимагаючи повернути таку ділянку. Відповідна правова позиція викладена у постановках ВП ВС від 12 червня 2019 р. у справі № 487/10128/14-ц³² та від 15 вересня 2020 р. у справі № 469/1044/17³³.

При цьому підставою набуття земельної ділянки у власність із земель державної чи комунальної власності є відповідне рішення органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, а не державний акт на право власності на земельну ділянку. Такий акт лише посвідчував відповідне право та не мав самостійного юридичного значення. Тому для вирішення питання про належність права власності на земельні ділянки та для повернення цих ділянок власнику визнання недійсними державних актів не є необхідним. Такі вимоги не є ефективним способом захисту для усунення перешкод у користуванні та розпорядженні земельними ділянками водного фонду. Відповідний висновок КГС ВС зробив у постанові від 1 грудня 2020 р. у справі № 915/1784/18³⁴.

Землі енергетичної системи

Землями енергетичної системи визнаються землі, надані під електрогенеруючі об’єкти (атомні, теплові, гідроелектростанції, електростанції з використанням енергії вітру і сонця та інших джерел), під об’єкти транспортування електроенергії до користувача, крім визначених законом випадків розміщення таких об’єктів на землях іншого цільового призначення (ч. 1 ст. 76 ЗК України).

³² Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 у справі № 487/10128/14-ц (н 23).

³³ Постанова Верховного Суду від 15 вересня 2020 р. у справі № 469/1044/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92270734>> (дата звернення: 13.09.2021).

³⁴ Постанова Верховного Суду від 1 грудня 2020 р. у справі № 915/1784/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/93263274>> (дата звернення: 13.09.2021).

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об’єктів”

об’єкт енергетики – електрична станція (крім ядерної частини атомної електричної станції), електрична підстанція, електрична мережа, підключені до об’єднаної енергетичної системи України, а також котельня, підключена до магістральної теплової мережі, магістральна тепла мережа, споруда альтернативної енергетики тощо³⁵.

Згідно зі ст. 6 цього Закону:

До земель енергетики відносяться землі, надані в установленому законом порядку у власність та користування для розміщення, будівництва і експлуатації об’єктів з виробництва і передачі електричної та теплової енергії, об’єктів альтернативної енергетики, об’єктів технологічної інфраструктури об’єктів енергетики, в тому числі адміністративних та виробничих будівель підприємств, що здійснюють таку діяльність³⁶.

Таким чином, зазначеним Законом нормативно визначено, які об’єкти є об’єктами саме енергетики. Відтак КГС ВС у постанові від 5 лютого 2020 р. у справі № 905/998/18 про визнання укладеним договором про пайову участь у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури, передаючи справу на новий розгляд, зауважив, що судами першої та апеляційної інстанцій

не досліджено з наданням відповідної оцінки та висновків в оскаржуваних судових рішеннях, чи є побудований об’єкт об’єктом енергетики саме в розумінні вищевказаних положень Закону України “Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об’єктів”, чи ні³⁷.

Землі оборони

Землями оборони визнаються землі, надані для розміщення і постійної діяльності військових частин, установ, військово-навчальних закладів, підприємств та організацій Збройних Сил України, інших військових формувань, утворених відповідно до законодавства України. Навколо військових та інших оборонних об’єктів у разі необхідності створюються захисні, охоронні та інші зони з особливими умовами користування.

³⁵ Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об’єктів: Закон України від 9 липня 2010 р. № 2480-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2480-17#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

³⁶ Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об’єктів: Закон України від 9 липня 2010 р. № 2480-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2480-17#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

³⁷ Постанова Верховного Суду від 5 лютого 2020 р. у справі № 905/998/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87478667>> (дата звернення: 13.09.2021).

Порядок використання земель оборони встановлюється законом (частини 1, 3, 4 ст. 77 ЗК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону України “Про Збройні Сили України”:

Земля, води, інші природні ресурси, а також майно, закріплені за військовими частинами, військовими навчальними закладами, установами та організаціями Збройних Сил України, є державною власністю, належать їм на праві оперативного управління та звільняються від сплати усіх видів податків відповідно до законів з питань оподаткування³⁸.

Відповідно до приписів ст. 4 Закону України “Про використання земель оборони”:

Військові частини за погодженням з органами місцевого самоврядування або місцевими органами виконавчої влади і в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України, можуть дозволяти фізичним і юридичним особам вирощувати сільськогосподарські культури, випасати худобу та заготовляти сіно на землях, наданих їм у постійне користування. Землі оборони можуть використовуватися для будівництва об’єктів соціально-культурного призначення, житла для військовослужбовців та членів їхніх сімей, а також соціального та доступного житла без зміни їх цільового призначення³⁹.

Пунктом “б” ч. 3 ст. 84 ЗК України передбачено, що до земель державної власності, які не можуть передаватись у комунальну власність, належать землі оборони, крім земельних ділянок під об’єктами соціально-культурного, виробничого та житлового призначення.

Таким чином, земельні ділянки, що відносяться до земель оборони, знаходяться в управлінні та у користуванні Міністерства оборони України, а власником цих земель є держава в особі Кабінету Міністрів України, який розпоряджається відповідними земельними ділянками. Такий висновок зробив КГС ВС у постанові від 26 серпня 2020 р. у справі № 904/9761/17 про визнання незаконним рішення⁴⁰. Отже, істотною передумовою для припинення права постійного користування землями оборони, які закріплені за структурними одиницями Збройних Сил України, та подальшої передачі таких ділянок у власність або у користування іншим особам, є прийняття Кабінетом Міністрів України відповідного рішення за поданням Міністерства оборони України.

³⁸ Про Збройні Сили України: Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1934-12#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

³⁹ Про використання земель оборони: Закон України від 27 листопада 2003 р. № 1345-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1345-15#Text>> (дата звернення: 13.09.2021).

⁴⁰ Постанова Верховного Суду від 26 серпня 2020 р. у справі № 904/9761/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91169974>> (дата звернення: 13.09.2021).

Відповідно до ч. 1 ст. 317 ЦК України власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. За змістом ст. 391 ЦК України власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном.

У розумінні положень наведеної норми право власності може бути також порушено без вилучення майна у власника. Власник у цьому випадку має право вимагати захисту свого права і від особи, яка перешкоджає користуванню та розпорядженню ним своїм майном, тобто може звертатися до суду з негаторним позовом.

Звернутися з негаторним позовом може власник або титульний володілець, у якого перебуває річ, щодо якої відповідач ускладнює здійснення повноважень користування або розпорядження, а відповідачем — лише та особа, яка перешкоджає позивачеві у здійсненні його законного права користування чи розпорядження річчю.

Підставою для подання негаторного позову є вчинення третьою особою перешкод власнику в реалізації ним повноважень розпорядження та/або користування належним йому майном. Однією з умов подання такого позову є триваючий характер правопорушення і наявність його в момент подання позову. Характерною ознакою негаторного позову є протиправне вчинення перешкод власникові у реалізації ним повноважень розпорядження або/та користування належним йому майном.

У постанові від 19 вересня 2019 р. у справі № 926/3836/17 за позовом заступника військового прокурора в інтересах держави в особі Міністерства оборони України та Квартирно-експлуатаційного відділу міста про усунення перешкод у користуванні земельною ділянкою, що належить до земель оборони, КГС ВС зазначив, що оскільки на час розгляду справи Міністерство оборони України та/або Квартирно-експлуатаційний відділ міста Чернівців не є володіючими власниками (титульними володільцями) спірної земельної ділянки, негаторний позов подано особами, які не є титульними володільцями спірної земельної ділянки, правових підстав для задоволення такого позову немає, оскільки захист прав неволодіючого власника підлягає розгляду за правилами віндикаційного позову⁴¹.

Висновки. Отже, системний аналіз актуальної практики ВС щодо правового режиму окремих категорій земель дає підстави стверджувати, що значну частину земельних спорів у цій сфері становлять спори щодо набуття права власності та способів захисту прав на землю. Подальше дослідження правових позицій ВС та їх правозастосування сприятимуть формуванню усталеної практики в означеній сфері.

⁴¹ Постанова Верховного Суду від 19 вересня 2019 р. у справі № 926/3836/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/84626222>> (дата звернення: 13.09.2021).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Miroshnychenko A, *Zemelne pravo Ukrainy: pidruchnyk* (2-he vyd, dopovn i pererob, Alerta, TsUL 2011) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Sharapova S, 'Osoblyvosti pravovoho rezhymu zemel za umovy kompleksnoho yikh vykorystannia' (2021) 1 *Pravo i suspilstvo* (in Ukrainian).
3. Sydor V, 'Pravovyi rezhym zemel v zemelnomu zakonodavstvi Ukrainy' [2010] 8 (119) *Advokat* 27–31 (in Ukrainian).

Tetiana Drobotova
Inna Kulchii

THE SUPREME COURT'S PRACTICE OF THE LEGAL REGIME OF CERTAIN CATEGORIES OF LAND

ABSTRACT. The analysis of the results of consideration of the main categories of commercial cases during 2020 gives grounds to assert that a significant part of the cases considered by commercial courts are cases of disputes arising from land relations. This situation is mainly due to the shortcomings of the legislation and the ambiguity of its interpretation. In this aspect, the analysis of the Supreme Court's practice of the legal regime of certain categories of land in order to promote the formation of established case law becomes significant.

Despite the lack of a legislative definition of the category "legal regime of land", in the science of land law, it has become widespread.

In the article under the legal regime of lands it is offered to understand the order and conditions of the lands use established by legal norms. In accordance with the first and second parts of Article 18 of the Land Code of Ukraine, the lands of Ukraine include all lands within its territory, including islands and lands occupied by water bodies, which are divided into categories according to the main purpose. Categories of lands of Ukraine have a special legal regime.

The lands of Ukraine according to the main purpose are divided into the following categories: a) agricultural lands; b) land for housing and public buildings; c) lands of nature reserve and other nature protection purpose; d) health-improving lands; e) recreational lands; e) lands of historical and cultural purpose; f) forestry lands; g) water fund lands; g) lands of transport, industry, communications, energy, defense and other purposes (the first part of Article 19 of the Civil Code of Ukraine).

The authors analyzed a number of the Supreme Court's decisions on the legal regime of certain categories of land, identified legal positions on categories of land, and highlighted problematic issues regarding to the acquisition of property rights and ways to protect land rights.

The article concludes that a significant part of land disputes are disputes over the acquisition of property rights and ways to protect land rights. Further study of the Supreme Court's legal positions and their enforcement will contribute to the formation of established practice in applying the law in this area.

The purpose of the article is to analyze and summarize the practice of the Supreme Court on the legal regime of certain categories of land.

KEYWORDS: legal regime of lands; land categories; the main purpose of lands; acquisition of property rights; ways to protect land rights.



Оксана Хабло

кандидатка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3923-275X>
hokana@ukr.net

УДК 343.13

НАБУТТЯ СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО У РАЗІ НЕМОЖЛИВОСТІ БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ВРУЧЕННЯ ПИСЬМОВОГО ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ

АНОТАЦІЯ. Повідомлення про підозру має визначальне значення як для кримінального провадження загалом, так і для особи, яка набуває статусу підозрюваного, зокрема. Аналіз норм Кримінального процесуального кодексу України (КПК України) свідчить про відсутність чіткої й однозначної позиції законодавця при регулюванні порядку набуття статусу підозрюваного особою, яка не з'являється за викликом для вручення повідомлення про підозру.

Метою статті є комплексний аналіз кримінального процесуального законодавства, наукових підходів, прецедентної практики Європейського суду з прав людини та вітчизняної правозастосовної практики щодо набуття статусу підозрюваного особами, яким не можливо безпосередньо вручити письмове повідомлення про підозру.

У частині 1 ст. 278 КПК України визначено, що у разі неможливості вручення повідомлення про підозру у день його складання, воно здійснюється у спосіб, передбачений для вручення повідомлень. Буквальне тлумачення цієї норми дає змогу стверджувати, що у випадку неможливості безпосереднього вручення письмового повідомлення про підозру, воно здійснюється за правилами виклику у кримінальному провадженні (через надіслання поштою, електронною поштою, вручення під розписку дорослому члену сім'ї тощо). Повідомлення про підозру у порядку, передбаченому для здійснення викликів, не дає змоги в повному обсязі виконати вимоги кримінального процесуального законодавства (зокрема, щодо повідомлення прав підозрюваному та їх роз'яснення) і не відповідає принципу верховенства права, складовою якого є вимога правової визначеності моменту набуття особою статусу підозрюваного. Процедура "заочного повідомлення про підозру" є необхідною у разі здійснення спеціального досудового розслідування, коли кримінальне провадження здійснюється за відсутності підозрюваного. Особа може набути статусу підозрюваного без безпосереднього вручення такого процесуального документа,

© Оксана Хабло, 2021

лише у разі, якщо це не можливо здійснити через невстановлення її місцезнаходження. Необхідність заочного повідомлення про підозру у цьому випадку обумовлена потребою оголошення особи в розшук, що не можна здійснити без надання їй статусу підозрюваного.

Перехід від загального до особливого (заочного) порядку набуття статусу підозрюваного може відбуватися лише у виняткових випадках за наявності вагомих для цього підстав, що обумовлено конкуренцією публічних і приватних інтересів у кримінальному провадженні. Неможливість безпосереднього вручення повідомлення про підозру обумовлена як відсутністю особи за місцем проживання і відсутністю відомостей про її місцезнаходження, так і неявкою особи на виклик у разі її перебування за кордоном чи на тимчасово окупованій території України.

Ключові слова: повідомлення про підозру; вручення повідомлення про підозру; підозрюваний; неможливість безпосереднього вручення; здійснення викликів; заочне провадження; розшук особи.

Здійснення повідомлення про підозру має визначальне значення як для кримінального провадження загалом, так і для особи, яка набуває статусу підозрюваного, зокрема. З моменту повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення розпочинається етап притягнення особи до кримінальної відповідальності (п. 14 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу, далі – КПК України¹). Повідомлення про підозру персоніфікує кримінальне провадження, адже з цього моменту у ньому з'являється центральна процесуальна фігура стадії досудового розслідування – підозрюваний. Набуття особою статусу підозрюваного суттєво змінює її процесуальне становище. Адже лише щодо підозрюваного застосовуються запобіжні заходи (зокрема і тримання під вартою), відсторонення від посади чи оголошення в розшук. Окрім цього, у підозрюваного з'являється право на першу вимогу мати захисника і побачення з ним до першого допиту, тобто виникає можливість реалізації функції захисту. Слід також враховувати і те, що повідомлення про підозру встановлює межі, у яких досудове розслідування буде закінчено та направлено до суду.

Враховуючи фундаментальність інституту повідомлення про підозру, законодавець має приділяти особливу увагу регулюванню процесуального порядку набуття особою статусу підозрюваного. Так, повідомленню про підозру присвячена глава 22 КПК України, яка складається з таких статей: “Випадки повідомлення про підозру” (ст. 276); “Зміст письмового повідомлення про підозру” (ст. 277); “Вручення письмового повідомлення про підозру” (ст. 278) та “Зміна повідомлення про підозру” (ст. 279). Утім, аналіз вказаних норм свідчить про відсутність чіткої та однозначної позиції законодавця щодо регулювання порядку набуття статусу підозрюваного особою, якій не можливо вручити письмове повідомлення

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 13.09.2021).

про підозру безпосередньо (як унаслідок її неявки за викликом, так і через невстановлення місцезнаходження).

Така законодавча регламентація призводить до проблем правозастосування. Зокрема, відомі випадки відмови Вищої ради правосуддя у задоволенні клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку ненабуттям особою статусу підозрюваного через неналежне вручення письмового повідомлення про підозру. Хоча, на думку прокурорів, які зверталися з відповідним клопотанням, підозра була вручена належним чином – через надсилання поштового відправлення за відповідною адресою місця реєстрації та проживання².

Отже, проблеми набуття статусу підозрюваного у разі неможливості безпосереднього вручення письмового повідомлення про підозру потребує дослідження та вироблення єдиного науково обгрунтованого підходу до її вирішення.

Повідомлення про підозру як інститут кримінального процесуального права був предметом дослідження таких учених: Ю. Аленін, І. Гловюк, Н. Глинська, О. Капліна, Л. Лобойко, В. Михайленко, В. Нор, Ю. Сухов, В. Тертишник, Л. Удалова, О. Фараон, О. Шило, М. Шевчук, О. Яновська. Увага вчених здебільшого зверталася на обгрунтованість підозри, її сутність і значення у кримінальному провадженні, особливості повідомлення про підозру окремих категорій осіб. Утім, проблема набуття статусу підозрюваного у разі неможливості безпосереднього вручення письмового повідомлення про підозру не отримала належної уваги як науковців, так і законодавця, що зумовило різну правозастосовну практику стосовно цього питання.

Метою дослідження є комплексний аналіз кримінального процесуального законодавства, наукових підходів, прецедентної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та вітчизняної правозастосовної практики щодо набуття статусу підозрюваного особами, яким не можливо безпосередньо вручити письмове повідомлення про підозру.

Повідомлення про підозру є комплексним кримінальним процесуальним актом. Так, у Постанові Великої Палати Верховного Суду вказано, що

процедуру здійснення повідомлення особі про підозру можна умовно поділити на такі етапи: 1) етап прийняття рішення щодо необхідності здійснення особі повідомлення про підозру <...>; 2) етап об'єктивації/ вираження сформованого внутрішнього волевиявлення уповноваженої посадової особи щодо прийнятого рішення в зовнішню форму <...>; 3) етап доведення інформації до відома адресата, щодо якого прийняте рішення про повідомлення про підозру, шляхом безпосереднього вру-

² Ухвала Вищої ради правосуддя від 1 вересня 2020 р. № 2517/0/15-20 <<https://hcj.gov.ua/doc/doc/4141>> (дата звернення: 13.09.2021).

чення його тексту особі згідно зі статтею 278 КПК України. На цьому етапі відбувається також повідомлення прав підозрюваному, а в разі якщо підозрюваний висловить відповідне прохання, то йому зобов'язані детально роз'яснити кожне із зазначених прав (частина третя статті 276 КПК України)³.

Варто зауважити, що етап доведення інформації до відома адресата (вручення письмового повідомлення про підозру), зі свого боку, також є комплексним. Аналіз КПК України дає змогу виокремити систему таких процесуальних дій, які необхідно здійснити під час вручення письмового повідомлення про підозру: встановлення точного місцезнаходження особи та її виклик (ст. 135); безпосереднє вручення процесуального документа (ч. 1 ст. 278); повідомлення підозрюваному про його процесуальні права (ч. 2 ст. 276); на прохання підозрюваного детальне роз'яснення прав підозрюваного (ч. 3 ст. 276); отримання розписки про вручення повідомлення про підозру та роз'яснення прав підозрюваного; внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ч. 4 ст. 278).

Це загальний порядок вручення повідомлення про підозру, який застосовується у разі, якщо місцезнаходження особи відоме і вона з'явилася за викликом для проведення процесуальної дії – повідомлення про підозру.

Утім, у слідчого, дізнавача чи прокурора не завжди є можливість безпосередньо вручити особі письмове повідомлення про підозру. Це може бути як у випадках, коли під час досудового розслідування особа навмисно не з'являється на виклик для отримання повідомлення про підозру, так і у випадках, коли викликати особу для повідомлення підозри не можливо внаслідок невстановлення її місцезнаходження або перебування на тимчасово окупованій території України.

Водночас варто відзначити, що повідомлення про підозру є обов'язковим етапом досудового розслідування, від якого залежить рух кримінального провадження. Адже відсутність підозрюваного у кримінальному провадженні не дає змоги ні оголосити особу у розшук (лише підозрюваного можна оголошувати у розшук), ні здійснювати спеціальне досудове розслідування (*in absentia*), ні зупинити кримінальне провадження. Це може призвести до того, що зі впливом визначених законом строків досудового розслідування кримінальне провадження буде закрито відповідно до положень абзацу 2 п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України, що ставить під сумнів досягнення завдань кримінального провадження, можливість

³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019 р. у справі № 536/2475/14-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/86365236>> (дата звернення: 13.09.2021).

реалізації принципу невідворотності покарання та забезпечення права на справедливий суд.

У зв'язку з наведеним у КПК України передбачено особливий порядок набуття статусу підозрюваного у випадках, коли повідомлення про підозру не можливо безпосередньо вручити особі, щодо якої воно складено.

Так, у ч. 1 ст. 278 КПК України визначено, що письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором, а у випадку неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень⁴. Утім, таке законодавче формулювання не відповідає принципу юридичної визначеності та чіткості, що зумовлює проблеми застосування цього положення. Адже неоднозначно тлумачаться як науковцями, так і практиками фрази щодо “вручається в день його складення”, “у спосіб, передбачений для вручення повідомлень”, “неможливості такого вручення”.

Щодо вручення письмового повідомлення про підозру в день його складення, то варто зауважити, що як у Постанові Великої Палати Верховного Суду у справі № 536/2475/14-к, так і в Окремій думці суддів у цій справі чітко прослідковується розрізнення складення процесуального документа повідомлення про підозру та його підписання чи погодження. Зокрема, у Постанові Великої Палати Верховного Суду відзначається, що етап об'єктивації сформованого внутрішнього волевиявлення уповноваженої посадової особи щодо прийнятого рішення в зовнішню форму здійснюється шляхом складання тексту повідомлення про підозру відповідно до вимог, передбачених статтею 277 КПК України, та його підписання⁵. А в Окремій думці зауважується, що

письмове повідомлення про підозру являє собою комплекс дій, що охоплюють процедуру здійснення повідомлення про підозру і включає в себе такі етапи як 1) складення письмового повідомлення про підозру; 2) підписання письмового повідомлення про підозру; 3) вручення письмового повідомлення про підозру; 4) роз'яснення змісту підозри та процесуальних прав підозрюваній особі⁶.

Таким чином, виникає запитання щодо моменту вручення письмового повідомлення про підозру. Адже день складання цього процесуального документа (як вказано у ч. 1 ст. 278 КПК України) і день його підписання або погодження уповноваженою на те особою можуть бути різними. Відповідь на це запитання залежить від суб'єкта складення тексту пові-

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019 р. у справі № 536/2475/14-к (н 3).

⁶ Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019 р. у справі № 536/2475/14-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/86468688>> (дата звернення: 13.09.2021).

домлення про підозру. Адже, якщо письмове повідомлення про підозру складає слідчий чи дізнавач, то таке рішення має бути погоджене у прокурора. Тому очевидно, що письмове повідомлення про підозру має бути вручено не в день його складення та підписання слідчим чи дізнавачем, а в день його погодження у прокурора, тобто тоді, коли цей процесуальний документ буде мати усі реквізити, визначені КПК України. Окрім цього, слід враховувати, що не кожне повідомлення, складене слідчим чи дізнавачем, буде погоджене процесуальним керівником. Очевидно, що в цьому випадку при визначенні моменту повідомлення про підозру більш правильним буде врахування моменту прийняття рішення та його погодження, а не складання процесуального документа.

Однак найбільше питань правозастосування виникає щодо формулювання у ч. 1 ст. 278 КПК України положення про те, що у разі неможливості вручення повідомлення про підозру у день його складання, воно здійснюється “у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень”. Зокрема, це положення відсилає нас до норм глави 6 КПК України (статті 111–112), яка регламентує процесуальну форму повідомлень у кримінальному провадженні. При цьому в ч. 3 ст. 111 КПК України, зі свого боку, вказано, що повідомлення у кримінальному провадженні здійснюється у порядку, передбаченому главою 11 КПК України. А ця глава містить ст. 135 КПК України, що вже безпосередньо визначає порядок здійснення виклику в кримінальному провадженні.

Тобто наведена вище процесуальна форма повідомлення про підозру, у разі неможливості його безпосереднього вручення, регламентується за допомогою подвійного відсилання. Адже положення, які регламентують повідомлення про підозру, містять відсилочну норму до норм, які визначають порядок повідомлень у кримінальному провадженні (глава 6 КПК України), а норми цієї глави, зі свого боку, відсилають до норм, які визначають порядок здійснення викликів (глава 11 КПК України).

Очевидно, що використання у нормах закону подвійного відсилання не сприяє чіткості розуміння законодавства та створює проблеми правозастосування. І це при тому, що етап повідомлення про підозру має виключно важливе значення для розвитку кримінальних процесуальних правовідносин, руху кримінального провадження та забезпечення реалізації принципу верховенства права.

Буквальне тлумачення положення ч. 1 ст. 278 КПК України дає змогу стверджувати, що у випадку неможливості безпосереднього вручення письмового повідомлення про підозру, воно здійснюється за правилом виклику у кримінальному провадженні, зокрема через: надіслання поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком; вручення під розписку дорослому члену сім'ї чи іншій особі, яка з нею проживає; вру-

чення житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи (частини 1, 2 ст. 135 КПК України).

Утім, застосування такого порядку повідомлення про підозру є досить суперечливим як на думку науковців, практиків, так і прецедентної практики ЄСПЛ. Зокрема, Н. Глинська, Л. Лобойко та О. Шило відзначають, що

застосування порядку, передбаченого для вручення повідомлень (глави – 6, 11 КПК), кожного разу, коли особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, виявиться тимчасово відсутньою за місцем проживання (тимчасового перебування) <...> чи роботи <...>, нівелює суть інституту повідомлення про підозру й може мати наслідком зловживання слідчими, прокурорами широко витлумаченим ними правом на застосування особливого порядку повідомлення⁷.

Далі вчені зауважують, що

правова регламентація моменту повідомлення про підозру і застосування відповідних норм КПК має узгоджуватися з принципом юридичної визначеності. Реалізації цього принципу важко домогтися в разі вручення повідомлення про підозру під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи, як це передбачено ч. 2 ст. 135 КПК⁸.

Дійсно, надіслання повідомлення про підозру за правилами здійснення виклику не дає змоги визначити момент отримання такого повідомлення особою та, відповідно, момент набуття процесуального статусу підозрюваного, від чого залежить законність подальших процесуальних рішень. Адже саме з моменту набуття статусу підозрюваного слідчий чи прокурор можуть звертатися до суду з клопотанням про обрання щодо особи запобіжного заходу та інших заходів процесуального примусу. Правозастосовній практиці відомі випадки, коли особа не вважає себе підозрюваною, оскільки її особисто повідомлення про підозру не було вручено, і, відповідно, не виконує обов'язки підозрюваного. Водночас, на думку сторони обвинувачення, така особа набула статусу підозрюваного після направлення їй відповідного повідомлення поштою, що дозволяє звертатися до суду з клопотанням про дозвіл на затримання з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування тримання

⁷ Н. Глинська, Л. Лобойко, О. Шило, 'Повідомлення про підозру: правомірність застосування порядку, передбаченого КПК для вручення повідомлень' [2017] 45 (1166) Юридичний вісник України 16 листопада.

⁸ Там само.

під вартою, про відсторонення від посади (відсторонення судді від здійснення правосуддя) чи оголошувати особу в розшук.

Окрім цього, з моменту набуття статусу підозрюваного права особи можуть суттєво обмежуватися, тому вона повинна мати можливість реалізовувати своє право на захист. А відсутність визначеності щодо набуття статусу підозрюваного не гарантує можливості реалізації цього права та своєчасного залучення захисника до участі у кримінальному провадженні.

Варто звернути увагу і на те, що у рішенні Великої Палати Верховного Суду вказано:

<...> вручення процесуального документа (повідомлення про підозру), а також повідомлення і роз'яснення (за необхідності) прав підозрюваному є кінцевим етапом, яким завершується процедура здійснення повідомлення про підозру⁹.

І як слушно зауважує з цього приводу О. Капліна,

для того щоб особа ознайомила з змістом підозри, усвідомила її сутність, отримала відповідні роз'яснення та набула процесуального статусу, вона мусить безпосередньо ознайомитися з процесуальним документом, який їй слід вручити “в руки”. Формальне ставлення до цього не досягає мети інституту повідомлення про підозру¹⁰.

Про необхідність безпосереднього вручення повідомлення про підозру свідчить і те, що з моменту набуття статусу підозрюваного розпочинається притягнення особи до кримінальної відповідальності, про що вона повинна знати і розуміти. Адже право знати та розуміти, в чому особа підозрюється, є одним зі складових елементів права на справедливий суд, яке задеклароване у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Зокрема, у п. “а” пп. 3 ст. 6 Конвенції визначено, що кожний обвинувачений має право бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього¹¹.

Слід відзначити, що відповідно до практики ЄСПЛ термін “обвинувачення”, який використовується у ст. 6 Конвенції, слід прирівняти до терміна “підозра” в розумінні КПК України. Зокрема, у п. 46 рішення ЄСПЛ у справі “Девеер проти Бельгії” вказано, що “для цілей ч. 1 ст. 6 Конвенції “обвинувачення” (*charge*) може бути визначене як офіційне повідомлен-

⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019 р. у справі № 536/2475/14-к (н 3).

¹⁰ О Капліна, ‘Повідомлення про підозру: протистояння правових позицій сторін обвинувачення та захисту’ (2017) 12 Право України 77.

¹¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 13.09.2021).

ня, надане індивіду компетентним суб'єктом про те, що така особа підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення¹². Такий підхід ЄСПЛ ґрунтується на тому, що під час розгляду справ перевага надається “матеріально-правовій”, а не “формальній” концепції “обвинувачення” (п. 52 рішення у справі “Шабельник проти України”¹³).

Окрім цього,

обов'язок повідомити обвинуваченого про зміст пред'явленого обвинувачення повністю покладається на сторону обвинувачення, і він не може бути дотриманий у пасивний спосіб, шляхом створення інформації без повідомлення про неї стороні захисту (п. 65 рішення у справі “Маточча (Mattocchia) проти Італії”)¹⁴.

Наведене вище дає змогу погодитися з ученими, які стверджують, що

належним суб'єктом висунення такого обвинувачення є лише той суб'єкт, якого держава на це уповноважила, тобто прокурор, слідчий як представники сторони обвинувачення. Саме від них особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, має безпосередньо отримувати інформацію про це та про свої права¹⁵.

Отже, зазначене свідчить про те, що повідомлення про підозру у порядку, передбаченому для здійснення викликів, не дає змоги в повному обсязі виконати вимоги кримінального процесуального законодавства щодо здійснення повідомлення про підозру (зокрема, стосовно повідомлення прав підозрюваному та їх роз'яснення) та не відповідає принципу верховенства права, складовою якого є вимога правової визначеності моменту набуття особою статусу підозрюваного.

Утім, в окремих випадках процедура так званого “заочного повідомлення про підозру” є необхідною для досягнення завдань кримінального провадження. У цьому випадку питання стосується конкуренції публічних і приватних інтересів під час кримінального провадження. Зокрема, Н. Глинська, Л. Лобойко та О. Шило відзначають, що ‘особливий порядок повідомлення про підозру ставить під загрозу приватні інтереси особи, якій повідомляють про підозру’¹⁶. Утім,

¹² Deweer v. Belgium. App. 6903/75. 27.02.1980 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57469>> (accessed: 13.09.2021).

¹³ Шабельник проти України. Рішення Європейського Суду з прав людини від 19 лютого 2009 р. заява № 16404/03 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_457#Text> (дата звернення: 13.09.2021).

¹⁴ Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2019 р. у справі № 536/2475/14-к (н 6).

¹⁵ Глинська, Лобойко, Шило (н 7).

¹⁶ Там само.

у ситуації, коли особа не просто тимчасово відсутня за місцем проживання, а їй невідомо де знаходиться і коли з'явиться за місцем свого проживання, перевагу над приватними інтересами, забезпечуваними засадами верховенства права і наявністю права на захист, мають публічні інтереси, що полягають у притягненні особи до кримінальної відповідальності¹⁷.

Отже, особливий (заочний, спрощений) порядок набуття статусу підозрюваного (внаслідок направлення відповідного повідомлення поштою) може відбуватися лише за наявності вагомих, а не формальних для цього підстав. Перехід від звичайного до особливого порядку вручення повідомлення про підозру може відбуватися лише у виняткових випадках. Насамперед це стосується спеціального досудового розслідування (*in absentia*), коли кримінальне процесуальне законодавство дозволяє здійснювати кримінальне провадження за відсутності підозрюваного, обвинуваченого.

Слід зауважити, що у ч. 1 ст. 278 КПК України не конкретизовано випадки, в яких повідомлення про підозру має здійснюватися у спосіб, передбачений для здійснення викликів. У цій нормі вказано, що особливий порядок повідомлення про підозру застосовується у випадку *неможливості* вручення повідомлення про підозру в день його складення. Але причини, з яких повідомлення про підозру не можливо безпосередньо вручити особі, в законодавстві не сформульовані.

У цьому контексті пропонуємо звернути увагу на положення ч. 1 ст. 42 КПК України, де визначено, що

підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279 цього Кодексу, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень¹⁸.

Тобто особа може набути статусу підозрюваного заочно, без отримання такого процесуального документа особисто, лише у разі, якщо це не можливо здійснити через невстановлення її місцезнаходження. Тому не може бути підставою застосування особливого порядку вручення повідомлення про підозру

факт відсутності особи за місцем проживання у зв'язку з тим, що вона, перебуваючи у відпустці, виїхала на декілька днів до іншого населено-

¹⁷ Глинська, Лобойко, Шило (н 7).

¹⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

го пункту або за кордон і до того ж повідомила слідчого, прокурора про день свого повернення додому¹⁹.

Слід зауважити: надання статусу підозрюваного особі, місцезнаходження якої невідоме, є необхідною умовою для оголошення її в розшук. Зокрема, у ч. 1 ст. 281 КПК України визначено, що

якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме або він виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора за умови його належного повідомлення про такий виклик, слідчий, прокурор оголошує розшук такого підозрюваного²⁰.

Враховуючи те, що перед оголошенням особи в розшук, вона має набути статусу підозрюваного, а безпосередньо вручити письмове повідомлення про підозру не має можливості, то саме в цьому випадку є необхідність повідомляти про підозру у спосіб, передбачений для здійснення викликів. Тому варто погодитися з твердженням про те, що

нез'явлення особи, що достеменно перебуває в Україні, за викликом слідчого для вручення повідомлення про підозру, навіть у випадку належного повідомлення про такий виклик, або відмова від отримання повідомлення про підозру особою чи уникнення від її вручення не може бути підставою для вручення підозри у спосіб, передбачений для вручення повідомлень²¹.

Наведене свідчить, що здійснення повідомлення про підозру у спосіб, передбачений для здійснення викликів, може застосовуватись лише у випадку невстановлення місцезнаходження особи (внаслідок її переховування від органів досудового розслідування) або в разі перебування на тимчасово окупованій території України чи за межами України, якщо вона не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора за умови належного повідомлення про такий виклик.

Таким чином, "неможливість" безпосереднього вручення повідомлення про підозру обумовлена такими фактами: відсутність особи за місцем проживання та відсутність відомостей про її місцезнаходження; неявка особи на виклик у разі її перебування за кордоном чи на території, яка є тимчасово невідконтрольною Україні.

¹⁹ Глинська, Лобойко, Шило (н 7).

²⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

²¹ Ю Сухов, 'Повідомлення про підозру особі: аналіз окремих аспектів позиції Великої Палати Верховного Суду щодо спеціальних суб'єктів' (*Судебно-Юридическая газета*) <<https://sud.ua/ru/news/blog/172318-povidomlennya-pro-pidozru-osobi-analiz-okremikh-aspektiv-pozitsiyi-velikoyi-palati-verkhovnoho-sudu-schodo-spetsialnikh-subyektiv>> (дата звернення: 13.09.2021).

Отже, підставами застосування особливого (заочного) порядку вручення повідомлення про підозру мають бути два факти: встановлення відсутності особи за місцем проживання та необхідність оголошення її в розшук.

Якщо ж місцезнаходження особи, якій необхідно повідомити про підозру, відоме і в слідчого, дізнавача чи прокурора є точні відомості про місце проживання, тимчасового перебування чи роботи, то не можна повідомляти про підозру у спосіб, передбачений КПК України для здійснення викликів. У таких випадках, у разі неявки осіб за викликом для вручення повідомлення про підозру, до них слід застосовувати привід. Хоча варто зауважити: у цьому разі проблема полягає в тому, що особа, яка не набула статусу підозрюваного, не має ніякого процесуального статусу у цьому кримінальному провадженні. А тому відповідно до норм КПК України до такої особи не можливо застосувати привід. Утім, вважаємо, що питання потребує законодавчого врегулювання, оскільки саме привід варто застосовувати до осіб, які не з'являються на виклик для вручення повідомлення про підозру. Окрім цього, як слушно зауважує Ю. Сухов,

у разі відмови від безпосереднього отримання повідомлення про підозру особою або залишення нею місця вчинення такої процесуальної дії прокурор/слідчий, відповідно до ч. 6 ст. 104 КПК, повинен засвідчити факт відмови особи від посвідчення отримання повідомлення, а також факт надання письмових пояснень особи щодо причин такої відмови підписом її захисника (законного представника), а у разі його відсутності чи відмови від підпису – понятих²².

Висновки. Повідомлення особи про підозру у порядку, передбаченому для здійснення викликів, не дає змоги в повному обсязі виконати вимоги кримінального процесуального законодавства щодо здійснення повідомлення про підозру та не відповідає принципу верховенства права. Перехід від загального до особливого (заочного) порядку набуття статусу підозрюваного може відбуватися лише у виняткових випадках за наявності вагомих для цього підстав, що обумовлено конкуренцією публічних і приватних інтересів у кримінальному провадженні. Неможливість безпосереднього вручення повідомлення про підозру обумовлена як відсутністю особи за місцем проживання і відсутністю відомостей про її місцезнаходження, так і неявкою особи на виклик у разі її перебування за кордоном чи на тимчасово окупованій території України.

У статті викладається наукове тлумачення норм, які регламентують процесуальний порядок повідомлення про підозру у разі неможливості

²² Сухов (н 21).

безпосереднього вручення цього процесуального документа. Утім, остаточну крапку у вирішенні цієї правової проблеми має поставити Верховний Суд. Адже будь-які сумніви у законності набуття статусу підозрюваного зумовлює визнання цього акта юридично нікчемним, що, зі свого боку, призводить до ненабуття особою статусу підозрюваного та до незаконності вчинення всіх подальших слідчих (розшукових) дій за його участю у відповідному статусі.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Kaplina O, 'Povidomlennia pro pidozru: protystoiannya pravovikh pozytsii storin obvynuvachennia ta zakhystu' (2017) 12 Pravo Ukrainy 74–81 (in Ukrainian).

Newspaper articles

2. Hlynska N, Loboiko L, Shylo O, 'Povidomlennia pro pidozru: pravomirnist zastosuvannia poriadku, peredbachenoho KPK dlia vruchennia povidomlen' [2017] 45 (1166) Yurydychnyi visnyk Ukrainy (in Ukrainian).

Websites

3. Sukhov U, 'Povidomlennia pro pidozru osobi: analiz okremykh aspektiv pozytsiyi Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu shchodo spetsialnykh subiektiv' (*Sudebno-Yurydycheskaya hazeta*) <<https://sud.ua/ru/news/blog/172318-povidomlennia-pro-pidozru-osobi-analiz-okremikh-aspektiv-pozitsiyi-velikoyi-palati-verkhovnoho-sudu-schodo-spetsialnikh-subiektiv>> (accessed: 13.09.2021) (in Ukrainian).

Oksana Khablo

ACQUISITION OF THE STATUS OF A SUSPECT IF SERVICE OF WRITTEN NOTICE OF SUSPICION IS IMPOSSIBLE

ABSTRACT. Informing a person of a suspicion is of crucial importance for criminal proceedings in general as well as for a person who acquires the status of a suspect. Analysis of norms of Criminal Procedural Code of Ukraine indicates the lack of accurate and explicit position of a legislator concerning the procedure of acquisition of the status of a suspect by a person who does not show up when summoned to service a notice of suspicion.

The aim of this research is a complex analysis of criminal procedure law, scientific approaches and law enforcement practice of acquisition of the status of a suspect by people who cannot be personally serviced a notice of suspicion.

In Part 1 article 278 of Criminal Procedural Code of Ukraine it is stated that if it is impossible to service a notice of suspicion on the day of its issue, it is done in the way provided for servicing notices. Literal interpretation of this norm allows to assert that if it is impossible to service a written notice of suspicion, it is done according to the rules of summoning in criminal proceedings (by sending via post, e-mail, serving it to a grown-up

family member against receipt etc.). Informing of a suspicion according to the procedure provided for summoning does not allow to meet the requirements of criminal procedure law completely (in particular when it comes to informing the person of their rights and their explanation) and does not comply with the rule of law whose element is a requirement to identify the moment of acquisition of the status of suspicion by a person. The procedure of “informing a person about a suspicion by default” is obligatory for a special pre-trial investigation when criminal proceedings are carried out without the suspect being present. The person can acquire the status of a suspect without being served such a procedural document only if it impossible to locate the person. Necessity of informing of a suspicion in absentia is determined by the need to put out a BOLO on the person, which is impossible to do without granting them the status of a suspect.

Transition from general to special (in absentia) procedure of acquisition of the status of a suspect can only take place in exceptional situations if there are serious grounds for that caused by competition of public and personal interests in criminal proceedings. Impossibility of personal serving a notice of suspicion is determined by absence of the person at their address and lack of information of their whereabouts and by failing to come after being summoned because of being abroad or on the temporary occupied territories of Ukraine.

KEYWORDS: informing of a suspicion; serving a notice of suspicion; a suspect; impossibility of serving a notice personally; summoning; proceedings in absentia.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

DOI: 10.33498/Юш-2021-09-117



Микола Панов

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, голова координаційного бюро з проблем кримінального права відділення кримінально-правових наук НАПрН України, професор кафедри кримінального права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6323-6489>
criminallaw2v@gmail.com

УДК 343.214

КВАЛІФІКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ: ПОНЯТТЯ І КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ

Анотація. У статті розглядається поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”, яке має надзвичайно важливе значення для правильного застосування закону про кримінальну відповідальність, призначення справедливого покарання особі, визнаної вироком суду винною у вчиненні кримінального правопорушення, здійснення кримінально-правового регулювання на принципах верховенства права, законності, справедливості. Обґрунтовується, що кваліфікація кримінальних правопорушень виконує надзвичайно важливу функцію специфічного засобу встановлення і визначення у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні певного складу кримінальних правопорушень (юридична оцінка вчиненого діяння) як обов’язкового елемента підстави кримінальної відповідальності. Розглядаються структурні елементи кваліфікації кримінальних правопорушень: її об’єкт (вчинене суспільно небезпечне діяння); підстави – фактична підстава (суспільно небезпечне діяння як основний елемент кримінального правопорушення), юридична підстава (склад кримінального правопорушення, визначений у кримінально-правовій нормі), зміст кваліфікації як специфічний вид пізнавальної діяльності (гносеологічний і формально-логічний аспекти) розмежування суміжних кримінальних правопорушень і відмежування від діянь правомірних. Формулюється висновок, що кваліфікація кримінальних правопорушень – це встановлення точної відповідності ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння обов’язковим ознакам складу кримінального правопорушення, визначеного в кримінально-правовій нормі, поєднане з розмежуванням суміжних кримінальних правопорушень і відмежуванням від діянь, що не є кримінальними правопорушеннями.

Метою статті є з’ясування змісту поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”, визначення його на рівні дефініції, формулювання пропозиції з правильного застосування норм закону про кримінальну відповідальність при кваліфікації кримінальних правопорушень.

© Микола Панов, 2021

Основним результатом дослідження є запропоноване визначення поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”, сформульовані рекомендації з процедури кваліфікації суспільно небезпечних діянь, що відносяться до класу кримінальних правопорушень.

У висновку сформульоване визначення поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”.

Ключові слова: кваліфікація кримінальних правопорушень; підстави кваліфікації кримінальних правопорушень; формально-логічні аспекти кваліфікації; суспільно небезпечне діяння; склад кримінального правопорушення; кримінально-правова норма; диспозиція кримінально-правової норми; диспозиція статті Особливої частини Кримінального кодексу України.

Метою дослідження є з’ясування змісту поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”, визначення його на рівні дефініції, формулювання пропозиції з правильного застосування норм закону про кримінальну відповідальність при кваліфікації кримінальних правопорушень.

1. *Нормативно-правові основи формування поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”.* Кваліфікація (від лат. *qualification*: *quails* – якість, який за якістю + *facere* – робити) кримінальних правопорушень є одним із найбільш важливих етапів застосування і реалізації норм кримінального права. Правильна кваліфікація забезпечує здійснення конституційного принципу верховенства права і законності (ст. 8 Конституції України)¹, гарантує дотримання й охорону прав і свобод людини та громадянина у кримінальному судочинстві, слугує необхідною умовою (засобом) встановлення наявності підстави кримінальної відповідальності в діянні особи, визнаної вироком суду винною у його вчиненні, призначення справедливого покарання або звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання. Зі свого боку помилки у кваліфікації кримінальних правопорушень неодмінно ведуть до помилок у призначенні покарання, а також при вирішенні всіх інших питань кримінальної відповідальності.

Термін “кваліфікація кримінальних правопорушень” достатньо широко використовується як у Кримінальному кодексі України (далі – КК України; статті 9, 29, 33, 35, 66, 67 та інші)², так і в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України; п. 5 ч. 5 ст. 214, п. 5 ч. 1 ст. 277, п. 5 ч. 2 ст. 291 та інші). Однак нормативно-правового (легального) визначення поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень” чинне законодавство не містить. У навчальній та науковій літературі з кримінального права поняття “кваліфікація кримінальних

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 14.09.2021).

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 14.09.2021).

правопорушень” трактують по-різному: як встановлення і юридичне закріплення точної відповідності ознак вчиненого діяння й ознак складу злочину (далі – кримінального правопорушення), передбаченого кримінально-правовою нормою³, або як встановлення тотожності ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння та ознак кримінально-правової норми, що передбачає відповідальність за це діяння⁴; як кримінально-правову оцінку вчиненого суспільно небезпечного діяння⁵ та ін. При наявності певних (і суттєвих) відмінностей кожне з визначень, утім, відображає більшою чи меншою мірою основні й суттєві властивості кваліфікації кримінальних правопорушень як логіко-юридичного, пізнавального й оцінювального процесу (юридичної оцінки) та його результату. Проте в останні роки в літературі з кримінального права окремі науковці пропонують для включення у науковий обіг і правозастосовну діяльність *інше поняття* – *кримінально-правова кваліфікація*, до змісту й обсягу якого (об’єкт кваліфікації) включають не тільки кваліфікацію кримінальних правопорушень, а й кваліфікацію діянь у кримінально-правовому відношенні правомірних: малозначних діянь; діянь, які вчинені за обставин, що виключають їхню злочинність; діянь осіб, які є неосудними чи не досягли віку кримінальної відповідальності (не є суб’єктами кримінального правопорушення), а також посткримінальну, зокрема й правомірну, поведінку особи⁶.

Як видно, наведені позиції далеко не збігаються за своїм змістом та обсягом, ба більше, суперечать певним чином одна одній. Тому для розкриття змісту поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень”, об’єктивними формами прояву яких є кримінальний проступок і злочин (ст. 12 КК України), і встановлення його обсягу, вважаємо за необхідне з’ясування місця і ролі (функції) кваліфікації кримінальних правопорушень у системі основних інститутів кримінального права. Є підстави стверджувати, що головним і визначальним із них є інститут “кримінальної відповідальності”, який об’єднує всі базові інститути кримінального права: “закон про кримінальну відповідальність”, “кримінальне правопорушення”, “покарання” тощо та значною мірою забезпечує виконання ними основних функцій кримінального права: охоронної, регулятивної,

³ Див.: В Кудрявцев, *Общая теория квалификации преступлений* (Юрид лит 1972) 352; Б Куринов, *Научные основы квалификации преступлений* (Изд-во Моск ун-та 1984) 184; Н Кузнецова, *Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу “Основы квалификации преступлений”* (Городец 2007) 336; Л Гаухман, *Квалификация преступлений: закон, теория, практика* (Центр ЮрИнфоР 2003) 448.

⁴ Див.: А Наумов, А Новиченко, *Законы логики при квалификации преступлений* (Юрид лит 1978) 104.

⁵ В Навроцький, *Основы криминально-правовой квалификации: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2006) 6–44.

⁶ Див.: В Навроцький, *Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації* (Атіка 1999) 7–167; Навроцький (н 5) 497–570; В Колосовский, *Теоретические проблемы квалификации уголовно-правовых деяний* (Статут 2011) 24–86; О Ус, *Теория та практика кримінально-правової кваліфікації: лекції* (Право 2018) 276–313.

превентивної. Кваліфікація кримінальних правопорушень належить безпосередньо саме інституту “кримінальної відповідальності”, оскільки тісно пов’язана з найбільш важливим центральним його структурним елементом – *підставою кримінальної відповідальності*, якою, згідно з ч. 1 ст. 2 КК України, є “*вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого КК України*”.

З викладеного випливає, що встановлення підстави кримінальної відповідальності за вчинене особою суспільно небезпечне діяння і реалізація кримінальної відповідальності на принципах верховенства права й законності в усіх випадках має здійснюватися із застосуванням основних положень кваліфікації (кримінально-правової оцінки) вчиненого, що, безперечно, є об’єктивною необхідністю. Отже, є підстави стверджувати, що кваліфікація кримінальних правопорушень виконує в структурі інституту кримінальної відповідальності надзвичайно важливу *функцію специфічного засобу встановлення і визначення у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні певного складу кримінального правопорушення – кримінально-правової оцінки вчиненого, – як підстави кримінальної відповідальності*. Означені функції кваліфікації і зміст підстави кримінальної відповідальності водночас безпосередньо визначають і структуру та зміст *поняття кваліфікації кримінальних правопорушень*, до елементів структури якої вважаємо за необхідне віднести: об’єкт кваліфікації, яким є суспільно небезпечне діяння як центральний (основний) елемент кримінального правопорушення, *суб’єкт кваліфікації* – особа, що застосовує кримінальний закон (слідчий, дізнавач, прокурор, суддя), *підстави кваліфікації* – подія кримінального правопорушення (*фактична підстава*), та склад кримінального правопорушення, передбачений конкретною кримінально-правовою нормою (*юридична підстава*), *зміст кваліфікації* – інтелектуальна діяльність особи, що застосовує кримінальний закон (суб’єкт кваліфікації) зі встановлення у вчиненому суспільно небезпечному діянні певного складу кримінального правопорушення, передбаченого КК України. Ці структурні елементи кваліфікації, обумовлені змістом інституту “підстава кримінальної відповідальності” й у своїй єдності становлять зміст єдиного і цільного поняття кримінального права, що позначається терміном “кваліфікація кримінальних правопорушень” і розповсюджується на кваліфікацію та кримінальні проступки і злочини, передбачені у відповідних статтях (частинах статей) Особливої частини КК України. Розглянемо їх детальніше.

2. *Об’єкт кваліфікації кримінального правопорушення*. Зі змісту ч. 1 ст. 2 КК України випливає, що об’єктом кваліфікації є вчинене особою суспільно небезпечне діяння, що передбачене цим Кодексом. *Суспільно небезпечне діяння*, у кримінально-правовому розумінні, – основний

(стрижневий) елемент кримінального правопорушення, – являє собою конкретний акт свідомої вольової суспільно небезпечної поведінки особи (суб'єкта кримінального правопорушення) у формі дії чи бездіяльності (ч. 1 ст. 11, статті 18, 23, 24, 25 КК України). Дія – це активна форма суспільно небезпечної поведінки особи, її елементарними складовими є рухи тіла, жести, слова. Дії поділяються на фізичні й інформаційні, на прості (наприклад, нанесення удару рукою) і складні, що містять низку (комплекс) тотожних або однорідних чи тісно пов'язаних між собою дій (мордування, катування, розбій, вимагання тощо). *Бездіяльність* – пасивна форма суспільно небезпечної поведінки особи, що виражається у невиконанні нею певних активних дій, які вона була зобов'язана і могла вчинити для запобігання заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам фізичної чи юридичної особи, суспільству або державі. Діяння як акт поведінки особи, що слугує об'єктом кримінально правової оцінки і кваліфікації, повинне мати *конкретний* характер. Воно завжди обмежено об'єктом, метою і зовнішнім середовищем, відбувається у певних об'єктивно-предметних умовах, у відповідній обстановці, місці та часі вчиняється відносно певної особи чи предмета (об'єкта, явища або процесу) об'єктивної дійсності. Звідси випливає, що морально-етичні якості особи, її погляди, думки, бажання, наміри, якими б негативними вони не були, не можуть розглядатись як суспільно небезпечне діяння і, відповідно до цього, бути об'єктом кримінально-правової кваліфікації, за умов, що вони не знайшли вираження у вчиненому суспільно небезпечному діянні, в конкретному акті поведінки у формі суспільно небезпечної дії або бездіяльності.

Діяння – це свідомий акт поведінки людини, яка як істота розумна (homo sapiens) здатна розуміти фактичні й соціальні властивості (суспільна небезпечність) вчинюваної нею дії або бездіяльності. У випадках, коли акт поведінки людини, або рухи тіла, не контролюються її свідомістю (наприклад, дії душевнохворих або неосудних осіб чи осіб, що діють у стані омани як наслідку обману), така поведінка не може визнаватись діянням у кримінально-правовому сенсі. Діяння – це завжди акт вольової поведінки суб'єкта, який здатний вільно обирати певний варіант поведінки і керувати своїми діями та вчиняти їх за своїм розсудом (свобода волі). Якщо у вчинюваному акті поведінки відсутній прояв волі (наприклад, унаслідок непереборної сили чи під безпосереднім впливом фізичного або нездоланого психічного насильства), то це буде свідчити про відсутність діяння як такого.

Суспільна небезпечність діяння – його соціальна (матеріальна) ознака – знаходить вираз у тому, що діяння заподіює істотну шкоду охоронюваним кримінальним законом суспільним відносинам, або ж створює реальну загрозу її спричинення. Шкода є головним і визначальним показ-

ником суспільної небезпечності діяння. Ще у давні часи Ч. Беккарія відзначав: “Дійсним мірилом злочинів є шкода, що заподіюється ними суспільству”. Суспільна небезпечність кримінального правопорушення, як його *об’єктивна і суттєва властивість*, обумовлюється всією сукупністю об’єктивних і суб’єктивних ознак (обставин), притаманних кримінальному правопорушенню: цінністю соціальних благ, із приводу яких функціонують суспільні відносини і на які здійснюється кримінально-протиправне посягання; характером і способом діяння (насильство, обман, зловживання довірою, жорстокість, загально небезпечний спосіб); засобами і знаряддями його вчинення (зброя, отрута, загально небезпечні предмети тощо); мотивами і метою вчинюваного діяння (корисливі мотиви, ненависть, ворожість, помста тощо). Отже, саме суспільна небезпечність діяння, як *іманентна властивість кримінального правопорушення*, визначає його соціальну сутність і зміст, слугує соціальною основою вирішення багатьох питань кримінально-правового регулювання: при визнанні суспільно небезпечних діянь у законі кримінальними правопорушеннями (криміналізація), встановленні в санкціях кримінально-правових норм покарання за них (пеналізація), оцінки тяжкості кримінальних правопорушень, їхні класифікації мають суттєве значення для призначення покарання за вчинене суспільно небезпечне діяння та ін.⁷ З викладеного випливає, що об’єктом кваліфікації є суспільно небезпечне діяння, а тому цим об’єктом не може визнаватися позитивна поведінка, тобто правомірні дії чи бездіяльність особи, навіть її посткримінальна позитивна поведінка і не може бути покладена в обґрунтування поняття “кримінально-правова кваліфікація”.

3. *Підстави кваліфікації кримінального правопорушення*. Слово “підстава” означає “те головне, на чому базується що-небудь”, наприклад, висновок щодо чогось або певна праця чи інша діяльність, що ґрунтується на чомусь⁸. З цього випливає, що *підстави кримінально-правової кваліфікації – це ті об’єктивні обставини, що лежать в основі визнання вчиненого суспільно небезпечного діяння певним кримінальним правопорушенням із одночасною констатацією передбаченості його відповідною нормою закону про кримінальну відповідальність (певною статтею чи частиною статті КК України), яка передбачає і забороняє вказане суспільно небезпечне діяння за умови, що ця заборона порушена вчиненим діянням*. З огляду на викладену загальну характеристику кваліфікації кримінальних правопорушень і змісту більш загального за обсягом поняття “*підстава кримінальної відповідальності*”, підстави кваліфікації слід поділити на два види, які отримали умовну назву “*фактична підста-*

⁷ Див.: М Панов, С Харитонов, ‘Суспільна небезпечність діяння в системі ознак поняття “Кримінальне правопорушення”’ (2020) 150 Проблеми законності 124–40.

⁸ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови (Бусел В ред, Перун 2003) 782.

ва” і “юридична (нормативно-правова) підстава” кваліфікації кримінальних правопорушень.

3.1. Фактична підстава кваліфікації – це вчинене особою суспільно небезпечне діяння, яке слугує об’єктом кваліфікації (фактично збігається з цим об’єктом) із точки зору визнання (чи, навпаки, невизнання) цього діяння певним кримінальним правопорушенням. Саме щодо вказаного об’єкта (суспільно небезпечного діяння) суб’єкт кваліфікації – слідчий, дізнавач, прокурор, суддя – здійснює пізнавальну логіко-юридичну та нормативно-правову оцінювальну діяльність. Безумовно, фактична підстава кваліфікації тісно пов’язана з обставинами, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні (предмет доказування). Ними, згідно з ч. 1 ст. 91 КПК України, зокрема, є: 1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); 2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення; 3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; 4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом’якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; 5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; та інші обставини, що імперативно визначені в законі і тому підлягають обов’язковому доказуванню у кожному кримінальному провадженні. Однак при цьому зазначимо, що з точки зору змісту поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень” основоположною одиницею кримінального правопорушення як факта (явища) реальної дійсності є суспільно небезпечне діяння, яке є обов’язковим (конститутивним) і визначальним елементом поняття кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 11 КК України)⁹. Тому його вчинення має бути насамперед встановлено та доведено кримінально-процесуальними і криміналістичними засобами у кожному кримінальному провадженні. По суті встановлення і чітке викладення у словесній формі в змісті акта застосування права факту (події) вчинення суспільно небезпечного діяння завжди передує у часі самій процедурі кваліфікації кримінального правопорушення як специфічної логіко-гносеологічної й оцінювально-пізнавальної (із точки зору кримінального права) діяльності.

3.2. Юридична (нормативно-правова) підстава кваліфікації кримінальних правопорушень. Згідно з ч. 1 ст. 2 КК України юридичною підставою кваліфікації кримінальних правопорушень є наявність у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні складу кримінального правопорушення,

⁹ М Панов, С Харитонов, ‘Кримінальне правопорушення: поняття та його види’ (2021) 3 Право України 31–8.

передбаченого цим Кодексом. Під складом кримінального правопорушення у кримінальному праві розуміють юридичну (нормативно-правову) конструкцію, що визначається в законі про кримінальну відповідальність і являє собою систему об'єктивних і суб'єктивних ознак, які у сукупності визначають певне суспільно небезпечне діяння як кримінальне правопорушення¹⁰. Ознака складу кримінального правопорушення – це певна риса (властивість, якість) суспільно небезпечного діяння як мінімізованого елемента визначення у кримінально-правовій нормі кримінального правопорушення, яка задовольняє такі вимоги: а) відображає суттєві індивідуальні фактичні та соціальні риси й особливості, які притаманні конкретному кримінальному правопорушенню (його “виду”) та якими воно відрізняється від інших кримінальних правопорушень, а також від діянь, що не є кримінально протиправними; б) разом з іншими ознаками цього складу (та в їх єдності) визначає суспільну небезпечність і кримінальну протиправність діяння; в) безпосередньо вказана в законі чи однозначно випливає із його змісту при тлумаченні; г) притаманна всім кримінальним правопорушенням певного виду (типу) і не є виведеною (утвореною) від інших ознак¹¹.

Всі ознаки складу кримінального правопорушення поділяються на *обов'язкові*, тобто завжди, в усіх випадках (без виключення), вказані в кримінально-правовій нормі (діяння, вина), і *факультативні* (що не завжди, не в усіх випадках у ній вказуються). Але якщо хоча б одна з факультативних ознак вказана в законі (спеціальний суб'єкт, суспільно небезпечні наслідки, місце, час, мета, мотив тощо), вона набуває властивості *обов'язкової ознаки* складу кримінального правопорушення. Ознаки складу кримінального правопорушення, крім того, поділяються на *позитивні* (їх переважна більшість), які вказують на наявність певних властивостей (рис), притаманних кримінальному правопорушенню, наприклад, таємне викрадення чужого майна – при крадіжці (ч. 1 ст. 185 КК України); грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, – при хуліганстві (ч. 1 ст. 206 КК України), і *негативні*, що вказують на відсутність тих чи інших рис (якостей) у цьому кримінальному правопорушенні (заподіяння значної майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою за відсутності ознак шахрайства – ч. 1 ст. 192 КК України). З погляду техніко-юридичних особливостей конструювання складів кримінальних правопорушень за ознаками, що становлять їхній зміст, у законі передбачається *вичерпний перелік ознак*, сукупність яких (як обов'язкових)

¹⁰ Див.: Л. Кругликов, О. Спиридонов, *Юридические конструкции и символы в уголовном праве* (Юрид. центр Пресс 2005) 336.

¹¹ Кудрявцев (н 3) 111–5.

визначає певне діяння як кримінальне правопорушення. Це зобов'язує суб'єкта кваліфікації встановити наявність у вчиненому суспільно небезпечному діянні всіх, без винятку, обов'язкових ознак складу, передбаченого законом.

В окремих випадках у законі вказуються альтернативні ознаки. Так, у низці норм вказуються два чи більше *альтернативних видів діянь одного й того ж кримінального правопорушення*, наприклад, тяжке тілесне ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК України), або *альтернативні способи вчинення кримінального правопорушення* – обман чи зловживання довірою: при шахрайстві (ст. 190 КК України); чи *суспільно небезпечні наслідки діяння* – аварія поїзда, судна або порушення нормальної роботи транспорту, або створення небезпеки для життя людей, або настання інших тяжких наслідків при пошкодженні шляхів сполучення і транспортних засобів (ч. 1 ст. 277 КК України), тощо. Особливості кваліфікації при альтернативних *ознаках складу кримінальних правопорушень* полягають у тому, що встановлення хоча б однієї з цих альтернативних ознак у вчиненому суспільно небезпечному діянні дає підстави стверджувати про наявність цієї ознаки складу кримінального правопорушення і наявності у вчиненому складі кримінального правопорушення з альтернативними ознаками.

Склад кримінального правопорушення являє собою таку систему юридичних (вказаних у кримінальному законі) об'єктивних і суб'єктивних ознак, які мають бути завжди (в усіх можливих варіантах) вичерпними, необхідними й достатніми для встановлення підстави кримінальної відповідальності (складу кримінального правопорушення) і кваліфікації вчиненого у кожному конкретному випадку. Вичерпність ознак складу кримінального правопорушення слід розуміти як їх всебічне та повне, в усіх необхідних деталях (конкретно), і водночас в узагальненому вигляді текстуальне визначення в законі об'єктивних і суб'єктивних ознак – рис та властивостей суспільно небезпечного діяння, що визнане кримінальним правопорушенням. *Необхідність* ознак вказує на безперечну обов'язковість встановлення у кожному суспільно небезпечному діянні, що підлягає кваліфікації, усіх, без винятку, обов'язкових (тобто передбачених кримінальною правовою нормою) ознак, які у сукупності визначають суспільно небезпечне діяння як кримінальне правопорушення. Відсутність хоча б однієї з цих обов'язкових ознак, безумовно, виключає можливість визнання у цьому діянні складу кримінального правопорушення. *Достатність* підкреслює те, що встановлення всіх обов'язкових передбачених у законі ознак не потребує додаткового встановлення інших (додаткових) і не вказаних у законі ознак для формування висновку щодо наявності у вчиненому суспільно небезпечному діянні складу кримінального правопорушення як юридичної підстави

кримінальної відповідальності та кваліфікації вчиненого суспільно небезпечного діяння¹².

Склад кримінального правопорушення являє собою *струнку і жорстко замкнену, тобто вичерпну (закриту) систему об'єктивних і суб'єктивних ознак, передбачених у законі про кримінальну відповідальність*, що характеризується логічною узгодженістю та упорядкованістю. Всі вони тісно пов'язані між собою, безпосередньо вказані в законі чи однозначно впливають із його змісту при тлумаченні й утворюють єдине ціле – склад кримінального правопорушення. Водночас є підстави ці ознаки згрупувати за ступенем узагальнення в одиниці більш високого рівня, що утворюють структуру складу кримінального правопорушення. Ці узагальнені одиниці в теорії кримінального права отримали назву *“елементи складу кримінального правопорушення”*¹³. В основу такого рішення покладена модель реальної суспільно небезпечної поведінки особи (як і загалом – поведінки людини) структуру якого утворюють об'єкт і суб'єкт, що об'єднані (з'єднані) актом поведінки людини – її діянням у формі дії чи бездіяльності, у межах якої виокремлюються *об'єктивна сторона і суб'єктивна сторона* цього діяння. Відповідно до цього у структурі складу кримінального правопорушення (на підставі структурного аналізу акта суспільно небезпечної поведінки особи) виокремлюються об'єкт (у низці випадків – також і *предмет*), *об'єктивна сторона* (до змісту якої відносять суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок між діянням і наслідками, місце, час, обстановку, спосіб, засоби вчинення кримінального правопорушення), *суб'єктивна сторона* (певна форма вини – умисел чи необережність, мотив і мета), *суб'єкт кримінального правопорушення* (особа фізична, осудна, що досягла віку кримінальної відповідальності). Ці елементи виступають по суті категоріями кримінального права і мають важливе пізнавальне та юридичне значення. Їх використання надає можливість науково обґрунтованого конструювання кримінально-правових норм, у диспозиціях яких, визначених у статтях (частинах чи пунктах статей) Особливої частини КК України, безпосередньо формулюються ознаки відповідних складів кримінальних правопорушень.

Елементи складу кримінального правопорушення надають можливість приводити ознаки складу в логічно узгоджену, відносно струнку систему, що, зі свого боку, сприяє виявленню у процедурі кваліфікації обсягу й змісту останніх і, таким чином, достатньо чіткому й повному встановленню тих явищ соціально-правової реальності, які вони призначені відображати в кримінально-правових нормах, закріплених у відповідних

¹² Кудрявцев (н 3) 70–8.

¹³ М Карпушин, В Курляндский, *Уголовная ответственность и состав преступления* (Юрид лит 1974) 173–83.

статтях КК України. Крім того, аналіз елементів і ознак складу кримінальних правопорушень (ознаки, як найменші структурні одиниці складу, належать до того чи іншого з його елементів і за обсягом узагальнення підпорядковані останнім), виявлення їх найбільш суттєвих рис (на рівні загального), властивих кожному конкретному складу кримінального правопорушення, надало можливість сформулювати і визначити *загальне поняття складу кримінального правопорушення*. Це поняття є науковою нормативно-правовою абстракцією, яка відображає те загальне, що властиве кожному конкретному складу кримінального правопорушення – крадіжці, розбою, хуліганству тощо. Отже, загальне поняття складу кримінального правопорушення – це ‘поняття про всі конкретні склади кримінальних правопорушень’¹⁴, являє собою абстракцію найвищого рівня у кримінальному праві (поряд із загальним поняттям “кримінальне правопорушення” – ч. 1 ст. 11 КК України) і тому саме собою, безумовно, не може бути юридичною підставою кваліфікації кримінальних правопорушень. Водночас подібно до будь-якої наукової абстракції загальне поняття “склад кримінального правопорушення” має велике науково-пізнавальне й методологічне значення, слугує необхідним засобом аналізу, розроблення і формулювання в законі конкретних складів кримінальних правопорушень, будучи теоретичною основою для розкриття їхнього змісту, що конче потрібно для правильного застосування кримінального закону¹⁵ і кваліфікації кримінальних правопорушень.

Таким чином, *юридичною підставою кваліфікації може бути лише конкретний склад кримінального правопорушення*, зміст якого включає у себе найбільш суттєві узагальнені риси суспільно небезпечних діянь (правопорушень) одного і того ж виду (типу), що характеризуються притаманними їм узагальненими (видовими) ознаками і належать до одного й того ж типу (виду) кримінально протиправної поведінки, наприклад, до вбивств, грабежів чи зґвалтувань тощо. Ці *склади кримінальних правопорушень і їх суттєві ознаки нормативно закріплюються і визначаються у диспозиціях відповідних кримінально-правових норм*. Тому при кваліфікації кримінальних правопорушень, для встановлення його складу як юридичної підстави, у кожному конкретному випадку слід розв’язати питання більш загального порядку – питання щодо співвідношення цих базових для кримінального права понять: “склад кримінального правопорушення” і “кримінально-правова норма”.

Кримінально-правова норма – первинне й основоположне нормативно-правове утворення (одиниця) кримінального права – являє собою встановлений державою, в законі про кримінальну відповідальність, заборонений, під загрозою застосування покарання, певний вид (тип) суспільно

¹⁴ Див.: Я Браїнин, *Уголовная ответственность в советском уголовном праве* (1963) 95.

¹⁵ Там само 95.

небезпечної поведінки особи (суб'єкта кримінального правопорушення) – діяння (дії чи бездіяльності) в його узагальненому вигляді, – і визначає це діяння як кримінальне правопорушення. Отже, склад кримінального правопорушення, як обов'язковий елемент підстави кримінальної відповідальності і, відповідно, *юридична підстава кваліфікації*, передбачається безпосередньо в змісті норми закону про кримінальну відповідальність. Це твердження базується на конституційних положеннях (п. 22 ст. 92 Конституції України), відповідно до яких виключно законами України визначаються діяння, які є кримінально протиправними і за які передбачається відповідальність. Розвиваючи і конкретизуючи ці установчі правоположення, у ч. 3 ст. 3 КК України встановлено: 'Кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінальні правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом'¹⁶. Викладене означає, що норми закону про кримінальну відповідальність встановлюють під загрозою покарання *державну заборону* вчинення кримінальних правопорушень, що звернена до невизначеного кола осіб, яким адресований цей закон. У зв'язку з цим не можна погодитися з позицією окремих юристів, які вважають, що норми кримінального права безпосередньо не містять таких заборон, вони встановлюються нормами іншої галузевої належності. Норми ж кримінального права передбачають виключно кримінальні правові наслідки діянь – їхню караність¹⁷. Близькими до цього є твердження, що такі елементи кримінально-правової норми, як гіпотеза і диспозиція, формуються нормами регулятивного права (цивільним, господарським, фінансовим тощо), санкція ж відноситься до сфери кримінального права¹⁸. Вказані погляди суперечать визнаним трактуванням кримінального права як самостійної галузі публічного права і кримінально-правової норми як її основного (базового) структурного елемента, а тому є неприйнятними, зокрема й для визначення поняття "кваліфікація кримінальних правопорушень".

Для формування і визначення поняття "кваліфікація кримінальних правопорушень" надто важливо з'ясувати особливості конструювання складів кримінальних правопорушень та їх відображення у кримінально-правових нормах, а також техніко-юридичне визначення і закріплення у структурі КК України. Тут відзначимо, що кримінально-правова норма (в її класичному варіанті) складається із гіпотези, диспозиції і санкції, що органічно пов'язані між собою й утворюють зміст цієї норми як цілісного системного об'єкта, що слугує, зі свого боку, основоположним і визначальним елементом (одиницею) системи кримінального права як галузі права. *Гіпотеза*, зміст якої впливає, головним чином, із низки статей

¹⁶ Кримінальний кодекс України (н 1).

¹⁷ Див.: О Наден, *Теоретичні основи кримінально-правового регулювання в Україні* (2012) 117–24.

¹⁸ Див.: Н Гуторова, 'Охоронна функція кримінального права' в *Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (Право 2014) 31–5.

Загальної частини кримінального права (статті 1, 2, 3, 11, 19, 22 КК України та інші), це обставини загального порядку за наявності яких, з урахуванням в обов'язковому порядку її диспозиції, застосовується ця норма. *Диспозиція* – основний елемент кримінально-правової норми. Вона в письмовій формі викладена (закріплена), перш за все, у тексті статті (частині статті) Особливої частини КК України. Саме в диспозиції норми, у словесній формі визначається (описується) в узагальненому вигляді певний вид (варіант, тип) суспільно небезпечної поведінки особи – його діяння (дія чи бездіяльність), – вчинення якого визнається кримінальним правопорушенням. Тим самим безпосередньо в диспозиції кримінально-правової норми формулюються ознаки складу кримінального правопорушення – простого, кваліфікованого чи особливо кваліфікованого. За юридичною технікою визначення змісту кримінально-правової норми і способом опису (закріплення) у них ознак складу кримінального правопорушення диспозиції поділяють на *прості, описові, відсилочні й бланкетні*. У *простих диспозиціях* дається назва кримінального правопорушення загальновідомим терміном і не вказуються його ознаки. *Описовими* визнаються диспозиції, в яких містяться визначення суспільно небезпечного діяння, що визнається кримінальним правопорушенням, і вказуються його суттєві обов'язкові об'єктивні та/або суб'єктивні ознаки. *Відсилочні диспозиції* для встановлення ознак кримінального правопорушення відсилають до інших норм КК України. *Бланкетні диспозиції* – це такі, в яких зміст кримінально-правової норми (її ознаки кримінального правопорушення) визначається як кримінальним законом (і перш за все – саме ним), так і окремими нормами чи елементами норм інших галузей права. Останні включаються законодавцем до змісту закону про кримінальну відповідальність і слугують його обов'язковими структурними елементами, виконують при цьому *субсидіарну та конкретизуючу функції* та забезпечують тим самим належний рівень і достатню якість кримінально-правового регулювання¹⁹. *Санкція* – це та частина кримінально-правової норми, що містить у собі вказівку на покарання (кримінально-правова караність), яке має бути застосоване до особи за вчинення суспільно небезпечного діяння, яким порушуються заборони чи приписи, визначені в диспозиції цієї норми²⁰. Санкція (і покарання, яке в ній встановлено), головним чином, *надає специфічного публічного характеру кримінально-правовій нормі загалом*, підкреслює її відмінність від інших норм – заборон, наприклад, від норм адміністративного права. Саме санкція значною мірою визначає державно-владний характер приписів цієї норми і підкреслює протиправний і заборонений у кримінально-

¹⁹ Див.: М Панов, 'Уголовно-правовая норма при бланкетной диспозиции закона об уголовной ответственности: понятие и особенности применения' в Панов М, *Вибрані праці з проблем правознавства* (Право 2020) 484–99.

²⁰ Див.: Н Дурманов, *Советский уголовный закон* (Изд-во МГУ 1967) 112–30.

правовому сенсі характер суспільно небезпечного діяння особи (дії чи бездіяльності), визначеної в диспозиції кримінально-правової норми.

Утім, надзвичайно важливим для вирішення проблеми кримінально-правової кваліфікації є те, що в диспозиції кримінально-правової норми вичерпно та в повному обсязі передбачаються суттєві об'єктивні та суб'єктивні ознаки, які визначають суспільно небезпечне діяння як кримінальне правопорушення й утворюють таким чином певний (конкретний) склад цього правопорушення. Тут важливо відзначити, що диспозиція кримінально-правової норми, у змісті якої закріплюються відповідні ознаки конкретного складу кримінального правопорушення, складаються насамперед з ознак диспозиції статті або частини статті Особливої частини КК України. З цього випливає, що для встановлення складу кримінального правопорушення і змісту кримінально-правової норми як нормативно-правової основи кваліфікації, слід звернутися, перш за все, до аналізу змісту диспозиції відповідної статті (частини статті) Особливої частини КК України. Однак диспозиція кримінально-правової норми і диспозиція статті (частини статті) Особливої частини КК України не є тотожними і не збігаються за обсягом. Диспозиція кримінально-правової норми – це поняття більш широке за обсягом і глибше за змістом, аніж диспозиція статті Особливої частини КК України. В останній вказуються лише ті ознаки, що є специфічними і притаманними лише цьому, конкретному складу кримінального правопорушення (особливе). Однак загальні для всіх складів кримінальних правопорушень (загальне) ознаки, що також становлять зміст диспозиції кримінально-правової норми, законодавець вносить за “рамки” диспозиції статті Особливої частини КК України²¹ і знаходять відображення й закріплення у певних статтях Загальної частини, а саме: ст. 1 (об'єкт кримінального правопорушення); ст. 11 (суспільно небезпечне, протиправне діяння); статті 18–22 (ознаки суб'єкта кримінального правопорушення); статті 23–25 (поняття, ознаки і форми вини: умисел і необережність) та ін. Крім того, в Загальній частині КК України визначаються і деякі специфічні форми прояву кримінальних правопорушень, що становлять спеціальні види складів кримінальних правопорушень: незакінчене кримінальне правопорушення (статті 13–16 КК України) і співучасть у кримінальному правопорушенні (статті 26–31 КК України). Отже, кримінально-правова норма, а також склад кримінального правопорушення, в яких вичерпно визначаються об'єктивні та суб'єктивні ознаки кримінального правопорушення – це складне, комплексне нормативно-правове утворення, що знаходить законодавче визначення, по-перше,

²¹ Див.: Н Кузнецова, ‘Преступление, состав преступления, диспозиция уголовно-правовой нормы’ (1967) 54 Вестн. МГУ. Серия ‘Право’ 44.

в диспозиції певної статті (чи частині статті) Особливої частини КК України, по-друге, в окремих статтях Загальної частини КК України.

Логічною моделлю, що покладено в основу конструювання диспозиції кримінально-правової норми, визначення її змісту й обсягу, є склад кримінального правопорушення, який, зі свого боку, формується, як відзначалося, на підставі встановлення структури (моделі) акта суспільно небезпечної поведінки (діяння) людини, з його обов'язковими елементами: об'єктом і суб'єктом, об'єктивною та суб'єктивною стороною і властивими їм суттєвими й загальними (типовими) ознаками. Ця норма належить до виду норм, які в теорії права отримали назву "логічна норма"²². Саме таке комплексне трактування кримінально-правової норми, із використанням структурних одиниць (статей) як Особливої, так і Загальної частин КК України, здатне у повному обсязі й вичерпно, логічно-послідовно відобразити в словесній формі у тексті закону склад кримінального правопорушення і всі його обов'язкові ознаки. У такому розумінні склад кримінального правопорушення, передбачений кримінально-правовою нормою, є необхідною умовою (елементом) підстави кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК України) і, відповідно до цього, юридичною (нормативно-правовою) підставою кваліфікації вчиненого особою суспільно небезпечного діяння.

У процедурі кваліфікації – при формуванні висновку щодо змісту диспозиції кримінально-правової норми, в якій вичерпно визначаються обов'язкові ознаки складу кримінального правопорушення, застосовуються різні пізнавальні засоби і прийоми. Домінуючим серед них є *індуктивний умовивід*, при застосуванні якого, на підставі одиничних або часткових суджень, виводиться загальне судження²³. Базовим тут, безумовно, є судження, викладене в диспозиції статті (частині статті) Особливої частини КК України, що визначає основні обов'язкові ознаки, властиві складу цього конкретного кримінального правопорушення. Часткові судження – ознаки, притаманні всім складам кримінальних правопорушень, що передбачені, як раніше вказувалося, в окремих статтях Загальної частини КК України. Висновок (загальне судження) – встановлення змісту кримінально-правової норми і складу кримінального правопорушення із вичерпним визначенням усіх його обов'язкових ознак як юридичної підстави кваліфікації.

Для визначення законної прокримінальної відповідальності кримінально-правових норм і відображення у них відповідних складів кримінальних правопорушень, законодавець використовує різноманітні прийоми і засоби законодавчої техніки. Основним і надзвичайно важливим

²² Див.: С Алексеев, *Общая теория права*, т 2 (1982) 35, 39–41, 56, 63.

²³ А Конверський, *Логіка: підручник для студентів юридичних факультетів* (Центр учбової літератури 2008) 267–8.

*правилом (принципом) при цьому має бути забезпечення чітких і ємних (точних) законодавчих формулювань, у яких мають бути встановлені точні (а не розпливчасті, надмірно узагальнені, із застосуванням родових понять) склади кримінальних правопорушень, які мають бути позбавлені казуїстичності (без зайвої деталізації), і водночас не бути надмірно широкими за обсягом (генералізованими) та забезпечувати в оптимально-узагальненій, у словесній формі достатньо чітке визначення суттєвих й обов'язкових ознак відповідних складів кримінальних правопорушень. Вирішення вказаного завдання здійснюється, головним чином, через застосування *формально-визначених (точних) видових понять* і відповідної юридичної термінології, за допомогою яких досить чітко і вичерпно, водночас із необхідністю, повнотою, визначаються зміст (система ознак) та обсяг поняття відповідних суспільно небезпечних діянь, що визнаються кримінально-протиправними (тобто містять ознаки складу кримінального правопорушення) і, внаслідок цього, – караними. Перелік цих діянь, а також ознак, що їм притаманні, є *вичерпним* – вони прямо вказані в законі або однозначно виводяться із його змісту при тлумаченні. Це надає можливість достатньо точно й у повному обсязі виявляти у кожному конкретному випадку обсяг об'єктів (явищ) реальної дійсності, що відображаються у законі і на які поширюється дія цього закону та його норм. Цей підхід є необхідною умовою і методологічним підґрунтям забезпечення виконання надзвичайно важливого доктринального положення кримінального права, відповідно до якого *застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено* (ч. 4 ст. 3 КК України), що має, безперечно, реалізовуватись як у кримінальному правотворенні, так і у правозастосовній діяльності, особливо при кваліфікації кримінальних правопорушень.*

Поряд із цим при визначенні у кримінально-правових нормах складів кримінальних правопорушень у низці випадків використовуються й оціночні поняття, що є об'єктивною потребою, оскільки законодавець стикається з необхідністю визначення (відображення) у законі таких явищ (об'єктів) реальної дійсності, які характеризуються гранично широким обсягом, складністю і недостатньою чіткістю (певною аморфністю): “особлива жорстокість” (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК України), “особливе зухвальство” (ч. 1 ст. 296 КК України), “сильне душевне хвилювання” (ст. 116 КК України), “істотна шкода” (ч. 1 ст. 364 КК України), “тяжкі наслідки” (ст. 236 КК України), “тероризування засуджених” (ст. 392 КК України)²⁴ та ін. Унаслідок цього особливість оціночних понять полягає у тому, що вони загалом не мають завершеного переліку ознак, які утворюють їх зміст і можуть бути доповнені новою (конкретизованою) ознакою. Обсяг

²⁴ Див.: Н Панов, ‘Оценочные понятия и их применение в уголовном праве’ (1976) 7 Проблемы социалистической законности 99–106.

(коло) явищ, що відображають ці поняття, не мають чіткого обмеження і визначення порівняно з формалізованими поняттями. Це вимагає від правозастосувача необхідної оцінки вчиненого діяння за шкалою порядку “більше – менше”, “краще – гірше”, “хороший – поганий” та інше, що, зі свого боку, пов’язане з можливим суб’єктивним углядом (дискрецією) особи, що застосовує кримінальний закон. Безумовно, вказані поняття певним чином ускладнюють закон про кримінальну відповідальність і його застосування, погіршують якість, перетворюють цей закон у менш визначений, що обумовлює й певні особливості і складнощі його застосування при кваліфікації кримінальних правопорушень²⁵.

Для надання кримінально-правовому регулюванню оптимальної визначеності й формування у законі про кримінальну відповідальність відносно точних складів кримінальних правопорушень важливою і достатньо поширеною практикою у кримінальному законотворенні є використання *бланкетних диспозицій*. Їхньою особливістю є те, що ознаки цих складів кримінальних правопорушень визначаються в законі як безпосередньо кримінально-правовою нормою (і насамперед саме нею), так і нормами чи елементами норм інших галузей права, які включаються до змісту кримінально-правового регулювання. До них можна віднести, наприклад, “порушення правил безпеки дорожнього руху особами, які керують транспортними засобами” (ст. 286 КК України); “порушення встановлених правил охорони надр” (ст. 240 КК України); “порушення правил несення бойового чергування” (ст. 420 КК України) та ін. Причому останні не замінюють і не змінюють норми (її елементів) кримінального права, не розширюють і не збільшують зміст, обсяг і межі складу кримінального правопорушення, визначеного в диспозиції кримінально-правової норми та не змінюють обсяг кримінально-правового регулювання. Вони завжди виконують *субсидіарну функцію*, а тому їх застосування лише *уточнює* та *конкретизує* відповідні ознаки складу кримінального правопорушення, які викладені у кримінальному законі, як правило, у надто загальній формі. Головною і визначальною складовою цих диспозицій у всіх випадках є їхня кримінально-правова компонента (характер діяння, спосіб вчинення кримінального правопорушення, суспільно небезпечні наслідки, мотив, мета тощо), які визначають і зміст та обсяг соціально-правових явищ, що охоплюються ознаками складу кримінального правопорушення, визначеного в цій диспозиції. Отже, *функціональне призначення цих елементів бланкетної диспозиції – надати відносну й специфічну визначеність і гнучкість (еластичність) нормі закону про кримінальну відповідальність, яка має надто широ-*

²⁵ Див.: Н Панов, ‘Оценочные понятия: методологические аспекты исследования и применения в уголовном праве’ в Панов М, *Проблеми методології науки кримінального права: вибрані наукові праці* (Анісімов Г, Гальцова В уклад, Право 2018) 248–72.

кий обсяг, деталізувати у правозастосуванні та конкретизувати ознаки складу кримінального правопорушення у правозастосуванні з метою забезпечити у кожному конкретному випадку необхідну точність та ефективність норм кримінального закону, зокрема, при кваліфікації кримінальних правопорушень²⁶.

Таким чином, для встановлення у вчиненому суспільно небезпечному діянні конкретного складу кримінального правопорушення, як юридичної підстави кримінально-правової кваліфікації, його елементів і ознак слід, перш за все, з'ясувати зміст диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК України, в якій встановлено кримінальну відповідальність за відповідне кримінальне правопорушення, а також певних статей Загальної частини КК України, у яких визначаються ті чи інші, загальні для всіх складів кримінальних правопорушень ознаки, притаманні кожному конкретному складу кримінального правопорушення. У випадках, коли законодавець формулює бланкетні диспозиції, для встановлення всіх ознак складу кримінального правопорушення, необхідно також звернутися до змісту норм інших галузей законодавства (законів чи підзаконних актів), які передбачені законом про кримінальну відповідальність чи однозначно впливають із його змісту, встановити при цьому їхню юридичну силу, дію у часі й просторі та за колом осіб, і за допомогою визначення змісту цих норм конкретизувати (деталізувати) ознаки цього складу кримінального правопорушення у межах кримінально-правової норми, визначеної у законі про кримінальну відповідальність.

4. *Зміст кваліфікації кримінальних правопорушень як специфічний вид пізнавальної діяльності: гносеологічний та формально-логічний аспекти.* Кваліфікація кримінальних правопорушень, із погляду її психологічної характеристика, являє собою доволі складний пізнавальний процес. Причому ця пізнавальна діяльність правозастосувача (слідчого, дізнавача, прокурора, судді) має певні особливості як при встановленні фактичних обставин – події вчиненого суспільно небезпечного діяння (кримінального правопорушення), так і при встановленні змісту складу кримінального правопорушення, а також при встановленні відповідності вчиненого діяння обов'язковим ознакам відповідного складу кримінального правопорушення, визначеному в кримінально-правовій нормі. Тут, однак, відзначимо, що процедура кваліфікації включає в себе широкий спектр прийомів, методів і форм як емпіричного, так і теоретичного пізнання, зокрема: аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія, умовивід тощо у їхній єдності. Результатом цієї пізнавальної діяльності мають бути *чіткі й однозначні судження* щодо суттєвих рис і властивостей вчиненого особою суспільно небезпечного діяння, змісту складу криміналь-

²⁶ Див.: М Панов, Н Квасневська, 'Кваліфікація злочинів при банкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність' (2010) 9 Право України 47–57.

ного правопорушення, обов'язкові ознаки якого охоплюють за змістом і обсягом всі суттєві риси вказаного діяння. Отже, основною складовою кваліфікації, її “кульмінаційною фазою” є встановлення точної відповідності суттєвих рис і властивостей вчиненого суспільно небезпечного діяння ознакам складу кримінального правопорушення, визначеному в кримінально-правовій нормі й закріпленому у тексті відповідних статей КК України. Безперечно, це центральний (головний) елемент у структурі кваліфікації кримінальних правопорушень. При цьому, однак, слід мати на увазі, що *вчинене суспільно небезпечне діяння* завжди характеризується конкретними рисами, а тому відноситься до сфери одиничного (конкретного). На відміну від цього, *ознаки складу кримінального правопорушення* – це система *суттєвих узагальнених (на основі абстрагування) ознак*, які становлять зміст відповідної моделі кримінального правопорушення, визначеної у законі і яка являє собою сферу узагальненої множини діянь одного і того ж виду (класу). Отже, *гносеологічний аспект кваліфікації кримінального правопорушення являє собою віднесення одиничного явища (фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння) до множини явищ – суспільно небезпечних діянь одного і того ж виду (типу)²⁷, – відображених в узагальненому виді в обов'язкових ознаках складу кримінального правопорушення, що становлять зміст кримінально-правової норми.*

Аналіз теоретичних засад пізнавальної діяльності правозастосувача при кваліфікації кримінальних правопорушень надає можливість розглянути і з'ясувати *логічні основи цієї діяльності*. Формальна логіка як наука про закони, форми і способи правильного мислення²⁸ як ніяка інша становить наукове підґрунтя кваліфікації кримінальних правопорушень. Порухення правил логіки при кваліфікації неодмінно тягне за собою помилки у цій пізнавальній діяльності. Встановлення точної відповідності ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння ознакам складу кримінального правопорушення, визначеного у законі – центральний елемент кваліфікації – з точки зору формальної логіки базується на *логічній операції дедуктивного “умовиводу”*. *Умовиводом називається така форма мислення або логічна операція, за допомогою якої з одного або декількох відомих суджень виводиться нове судження*. Умовивід складається із *засновків та висновку*. *Засновками* називаються раніше відомі судження, на підставі яких робиться висновок. *Висновок* – це нове судження, отримане в результаті зіставлення засновків²⁹. При кваліфікації кримінальних правопорушень відношення між засновками і висновком є відносинами *логічного слідування*, за яких *висновок (як наслідок) виводиться (впливає) із засновків*. Вказана логічна операція здійснюється за правилами *кате-*

²⁷ Див.: В Жеребкін, *Логический анализ права* (Вища шк 1976) 13–7.

²⁸ *Логіка: підручник для студентів вищих навчальних закладів* (Титов В ред, Право 2005) 4–10.

²⁹ Конверський (н 23) 213.

горичного силогізму³⁰, під яким розуміється такий дедуктивний умовивід, який складається із двох засновків і висновку у формі категоричного судження³¹. Засновки цього умовиводу поділяються на більший і менший. Більший засновок при кваліфікації – це категоричне судження загального порядку, зміст якого становить система обов'язкових ознак складу кримінального правопорушення, визначеного у диспозиції певної кримінально-правової норми. При цьому необхідно врахувати, що при формуванні більшого засновку обов'язково враховуються: *по-перше*, зміст диспозиції статті Особливої частини КК України (її частини чи пункту), що застосовується у цьому випадку, *по-друге*, зміст статей Загальної частини КК України, в яких визначаються ознаки складу кримінального правопорушення, властиві всім кримінальним правопорушенням, *по-третє*, у випадках незакінченого кримінального правопорушення або співучасті в ньому – зміст відповідних статей КК України, що передбачають вказані інститути, *по-четверте*, при кваліфікації кримінальних правопорушень, ознаки яких визначені в бланкетних диспозиціях, до змісту більшого засновку включають норми (чи їх елементи), що відносяться до інших галузей права, а в цьому випадку були порушені вчиненим суспільно небезпечним діянням і при цьому виконують конкретизуючу та субсидіарну функції щодо кримінально-правової норми. Отже, основу більшого засновку становить система знань (інформації), що своїм джерелом мають структурні елементи комплексної логічної кримінально-правової норми, у змісті якої закріплюються обов'язкові ознаки складу кримінального правопорушення як юридичної (нормативно-правової) підстави кваліфікації³². Менший засновок являє собою категоричне судження відносно встановлених основних і суттєвих рис (властивостей) конкретного, фактично вчиненого (одиночного) суспільно небезпечного діяння. Висновок при кваліфікації – це категоричне судження (умовивід) про точну (в усіх конкретних деталях) відповідність вчиненого особою суспільно небезпечного діяння всім обов'язковим ознакам складу кримінального правопорушення, визначеного у кримінально-правовій нормі з обов'язковою вказівкою в акті застосування права відповідної статті (частини статті) Особливої частини КК України з наведенням необхідної аргументації.

5. Однак зміст поняття “кваліфікація кримінальних правопорушень” не вичерпується раніше розглянутими його елементами. Зміст цього по-

³⁰ Див.: Жеребкін (н 27) 13–7.

³¹ Див.: Тигів (н 28) 122–31; С Цалін, *Логічний словник-довідник* (4-ге вид, Факт 2006) 289–90.

³² Визначення логічної структури більшого засновку, основу якого становлять елементи й ознаки конкретного складу кримінального правопорушення, є додатковим аргументом непереконливості позиції щодо поняття “кримінально-правова кваліфікація”, його трактування і введення в обіг науки і практики кримінального права.

няття становлять також розмежування кримінальних правопорушень і відмежування їх від діянь, що не є кримінальними правопорушеннями.

5.1. Проблема розмежування кримінальних правопорушень виникає при їх кваліфікації в ситуаціях, коли вчинене суспільно небезпечне діяння підпадає одночасно під ознаки двох чи більше різних складів кримінальних правопорушень, передбачених різними кримінально-правовими нормами, ознаки яких мають суттєву схожість чи навіть збігаються. Подібні склади кримінальних правопорушень отримали в літературі назву “суміжних складів кримінальних правопорушень” (чи “суміжні кримінальні правопорушення”), а норми, що їх передбачають – “суміжні кримінально-правові норми”³³. У таких складах кримінальних правопорушень схожими чи однаковими є окремі ознаки (чи елементи) (наприклад, діяння у складах різних видів вбивств – статті 115, 116, 119 КК України), спосіб вчинення кримінального правопорушення (у складах шахрайства, заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, шахрайства з фінансовими ресурсами – статті 190, 192, 222 КК України), певні форми вини (у складах умисних вбивств, умисних тілесних ушкоджень – ч. 1 ст. 115, ч. 2 ст. 115, статті 121, 122, 123 КК України та ін.). Кваліфікація діянь у подібних випадках пов’язана зі значними складнощами, оскільки це діяння підпадає одночасно під ознаки декількох кримінально-правових норм, у яких закріплені суміжні, але, втім, різні склади кримінальних правопорушень³⁴. У таких, достатньо розповсюджених ситуаціях завжди виникає необхідність провести розмежування цих складів кримінальних правопорушень. Саме такий підхід лежить в основі кваліфікації кримінальних правопорушень. Отже, аби правильно кваліфікувати вчинене суспільно небезпечне діяння, необхідно чітко уявляти розмежувальні лінії між суміжними кримінально-караними діяннями³⁵. По суті весь процес кваліфікації здебільшого полягає в послідовному відмежуванні кожного з елементів і ознак складу злочину, під які підпадають ознаки вчиненого суспільно небезпечного діяння, від елементів і ознак інших (суміжних) складів злочинів. У цьому сенсі слушним є відоме твердження, що ‘розмежування злочинів становить зворотний бік кваліфікації’³⁶.

Важливе значення для здійснення розмежування при кваліфікації має метод порівняння³⁷. Тут завжди мають зіставлятися (порівнюватися) два чи більше об’єктів: елементів або ж ознак різних (суміжних) складів кримінальних правопорушень і надаватися їхня відповідна соціально-

³³ А Трайнин, *Состав преступления по советскому уголовному праву* (Юрид лит 1951) 260–1; Е Фесенко, ‘Смежные составы преступлений и их разграничение’ (1988) 49 Пробл. правоведения 114–9; Л Брич, *Теория размежування складів злочинів* (Львів держ ун-т внутр справ 2013) 201–224.

³⁴ О Марін, *Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм* (Атіка 2003) 73–149.

³⁵ Кудрявцев (н 3) 146.

³⁶ Там само.

³⁷ Брич (н 33) 201–24.

правова оцінка. При порівнянні мають зіставлятися як якісні, так і кількісні ознаки, що їм властиві, з'ясовуватись як їхня схожість чи тотожність, так і відмінність (різниця між ними). Для констатації відмінності кримінальних правопорушень необхідно встановити такі їх суттєві ознаки (або хоча б одну із них), якими ці склади *відрізняються* один від одного. Так, склад насильницького грабежу (ч. 2 ст. 186 КК України) відрізняється від складу розбою (ч. 1 ст. 187 КК України) ступенем насильства: при грабежі це насильство “не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого”, а при розбої воно “є небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу”. У цьому полягає сутність розмежування складів кримінальних правопорушень. Розмежування при кваліфікації здійснюється не саме собою, не як деяка “самостійна пізнавальна процедура”, “не безцільно”³⁸. Воно завжди має проводитися обов'язково під кутом зору *обрання із суміжних складів* кримінальних правопорушень того із них, який найбільш точно й у повному обсязі охоплює всі основні суттєві об'єктивні й суб'єктивні ознаки вчиненого суспільно небезпечного діяння, що необхідно для його *правильної кваліфікації*.

Безумовно, процедура розмежування суміжних кримінальних правопорушень при їх кваліфікації має досить складний характер, оскільки її об'єктом є суспільно небезпечне діяння, яке одночасно підпадає під ознаки двох чи більше складів кримінальних правопорушень, що містять у собі елементи чи ознаки, що мають суттєву схожість або подібність (чи навіть збіг). З'ясовуючи сутність вказаних складів і послідовно аналізуючи їхні елементи й ознаки в процесі розмежування, слід дотримуватися таких узагальнюючих положень:

1. У процесі порівняння вказаних ознак домінуючими, які мають ураховуватися, насамперед слід визнавати ті з них (чи хоча б однієї з них), які свідчать про їхню відмінність і надають можливість проводити їх розмежування, тобто відрізнити один від одного.

2. Ознаки (або хоча б одна із них), за якими відрізняються вказані склади кримінальних правопорушень, мають бути суттєвими, передбаченими кримінально-правовою нормою чи однозначно впливати з її змісту при тлумаченні та відображати сутність діяння, що підлягає кваліфікації.

3. При порівнянні суміжних складів кримінальних правопорушень і норм, що їх передбачають, *обранню і застосуванню підлягає лише та з них, яка з найбільшою повнотою і в повному обсязі охоплює вчинене суспільно небезпечне діяння, з необхідністю точно і повно відображає його суттєві риси.*

4. У випадках, коли вчинене суспільно небезпечне діяння не охоплюється в повному обсязі жодною (однією) із декількох норм кримінального

³⁸ Брич (н 33) 201–24.

права, що передбачають суміжні склади злочинів, а лише в їх єдності, для забезпечення повноти кримінально-правової кваліфікації й оцінки вчиненого необхідно застосовувати всі ці норми за правилами сукупності кримінальних правопорушень.

5.2. Кваліфікація кримінальних правопорушень тісно пов'язана з необхідністю *відмежування їх від діянь, що не є кримінальними правопорушеннями*, тобто правомірних у кримінально-правовому розумінні. Загальне правило цього відмежування впливає зі змісту ч. 1 ст. 2 та ч. 1 ст. 11 КК України і зводиться до такого: якщо вчинене діяння не містить жодного складу кримінального правопорушення, передбаченого однією зі статей Особливої частини КК України (частиною чи пунктом статті), воно не є кримінально-протиправним, тобто є правомірним, і не може розглядатись як об'єкт кваліфікації.

Поряд із цим слід визначити наявність низки обставин, коли вчинене діяння містить ознаки складу кримінального правопорушення, визначеного у відповідній кримінально-правовій нормі (тобто є кримінально-протиправним), але за певних підстав та умов, передбачених КК України, не визнається кримінальним правопорушенням і не тягне за собою кримінальну відповідальність, тобто є актом правомірної поведінки, у зв'язку з чим виникає необхідність відмежовувати їх від кримінальних правопорушень. До цих обставин вважаємо за необхідне віднести такі:

По-перше, у ч. 2 ст. 11 КК України встановлено: не є кримінальним правопорушенням дія чи бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Із наведеного законодавчого визначення випливає, що діяння (дія чи бездіяльність), передбачене законом як кримінальне правопорушення (кримінальна протиправність), містить у собі ознаки відповідного складу кримінального правопорушення. Але у наслідок малозначності конкретно вчиненого діяння (не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди) ступінь його суспільної небезпечності є нижчим, аніж той типовий та узагальнений рівень, що відображений у диспозиції і санкції закону. Тому в законі встановлено, що це діяння не становить суспільної небезпечності, і на цій підставі не може розглядатись як кримінальне правопорушення.

По-друге, значна кількість діянь, хоча і передбачена в статтях Особливої частини КК України як кримінальні правопорушення, але визнаються правомірними, якщо вчиняються при наявності обставин, що виключають кримінальну протиправність цих діянь (розділ VIII, статті 36–43 КК України). У вказаних випадках вчинені діяння слід відмежовувати від кримінальних правопорушень. При цьому слід дотримувати-

ся такого правила: при наявності всіх обов'язкових ознак, притаманних обставинам, що виключають кримінальну протиправність діяння, фактично вчинене діяння є правомірним, а тому не є об'єктом кваліфікації. Але якщо умови правомірності цих діянь були порушені, вчинене розглядається як діяння кримінально-протиправне суспільно небезпечне, а тому підлягає кваліфікації за загальними правилами з особливостями, встановленими у відповідних нормах, які регламентують обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння (перевищення меж необхідної оборони, перевищення заходів, необхідних для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення, тощо).

По-третє, готування до кримінального проступку або до злочину, за який статтею Особливої частини КК України передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк до двох років або інше, більш м'яке покарання, на підставі ч. 2 ст. 14 КК України визнається діянням правомірним і не тягне кримінальної відповідальності.

По-четверте, відсутній склад кримінального правопорушення і за умови добровільної відмови при незакінченому кримінальному правопорушенні, коли особа добровільно, тобто за своєю волею, остаточно припиняє готування або замах на кримінальне правопорушення, при усвідомленні нею можливості доведення його до кінця (ч. 1 ст. 17 КК України). *Добровільну відмову*, яка виключає кримінальну відповідальність (ч. 2 ст. 17 КК України), слід відрізнити від *незакінченого кримінального правопорушення*, яке не доведене особою до кінця на стадії готування або замаху на кримінальне правопорушення з причин, що не залежали від її волі. У цьому випадку вчинене суспільно небезпечне діяння містить склад незакінченого кримінального правопорушення, а тому є об'єктом кримінально-правової кваліфікації та розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень.

Висновки. Кваліфікація кримінальних правопорушень – це встановлення точної відповідності ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння обов'язковим ознакам складу кримінального правопорушення, передбаченого кримінально-правовою нормою, поєднане з розмежуванням суміжних кримінальних правопорушень та з відмежуванням від діянь, що не є кримінальними правопорушеннями.

Процедура кваліфікації кримінальних правопорушень може застосовуватися також для правової оцінки (умовної) суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, що не досягли віку кримінальної відповідальності та є неосудними.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Alekseev S, *Obshhaja teorija prava, t 2* (1982) (in Russian).
2. Brajnin Ja, *Ugolovnaja otvetstvennost' v sovetskom ugolovnom prave* (1963) (in Russian).
3. Brich L, *Teoriia rozmezhuvannia skladiv zlochyniv* (Lviv derzh un-t vnutr sprav 2013) (in Ukrainian).
4. Durmanov N, *Sovetskij ugolovnyj zakon* (Izd-vo MGU 1967) (in Russian).
5. Gauhman L, *Kvalifikacija prestuplenij: zakon, teorija, praktika* (Centr JurInfoR 2003) (in Russian).
6. Karpushin M, *Kurljandskij V, Ugolovnaja otvetstvennost' i sostav prestuplenija* (Jurid lit 1974) (in Russian).
7. Kolosovskij V, *Teoreticheskie problemy kvalifikacii ugolovno-pravovyh dejanij* (Statut 2011) (in Russian).
8. Konverskyi A, *Lohika: pidruchnyk dlja studentiv yurydychnyh fakul'tetiv* (Tsentr uchbovoi literatury 2008) (in Ukrainian).
9. Kruglikov L, Spiridonov O, *Juridicheskie konstrukcii i simvoly v ugolovnom prave* (Jurid centr Press 2005) (in Russian).
10. Kudrjavcev V, *Obshhaja teorija kvalifikacii prestuplenij* (Jurid lit 1972) (in Russian).
11. Kurinov B, *Nauchnye osnovy kvalifikacii prestuplenij* (Izd-vo Mosk un-ta 1984) (in Russian).
12. Kuznecova N, *Problemy kvalifikacii prestuplenij: lekcii po speckursu "Osnovy kvalifikacii prestuplenij"* (Gorodec 2007) (in Russian).
13. Marin O, *Kvalifikatsiia zlochyniv pry konkurentsii kryminalno-pravovykh norm* (Atika 2003) (in Ukrainian).
14. Naden O, *Teoretychni osnovy kryminalno-pravovoho rehuliuвання v Ukraini* (2012) (in Ukrainian).
15. Naumov A, Novichenko A, *Zakony logiki pri kvalifikacii prestuplenij* (Jurid lit 1978) (in Russian).
16. Navrotskyi V, *Osnovy kryminalno-pravovoi kvalifikatsii: navchalnyi posibnyk* (Iurinkom Inter 2006) (in Ukrainian).
17. Navrotskyi V, *Teoretychni problemy kryminalno-pravovoi kvalifikatsii* (Atika 1999) (in Ukrainian).
18. Trajnin A, *Sostav prestuplenija po sovetskomu ugolovnomu pravu* (Jurid lit 1951) (in Russian).
19. Tsalin S, *Lohichnyi slovnyk-dovidnyk* (4-te vyd, Fakt 2006) (in Ukrainian).
20. Us O, *Teoriia ta praktyka kryminalno-pravovoi kvalifikatsii: lekcii* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
21. Zherebkin V, *Logicheskij analiz prava* (Vishha shk 1976) (in Russian).

Edited books

22. *Lohika: pidruchnyk studentiv vyshchyykh navchalnykh zakladiv* (Tytov V red, Pravo 2005) (in Ukrainian).
23. Panov M, 'Ugolovno-pravovaja norma pri blanketnoj dispozicii zakona ob ugolovnoj otvetstvennosti: ponjatje i osobennosti primenenija' v Panov M, *Vibrani praci z problem pravoznavstva* (Pravo 2020) (in Russian).
24. Panov N, 'Ocenochnye ponjatija: metodologicheskie aspekty issledovanija i primenenija v ugolovnom prave' v Panov M, *Problemy metodologii nauky kriminalnogo*

prava: vybrani naukovi pratsi (Anisimov G, Gal'cova V uklad, Pravo 2018) (in Russian).

25. *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* (Busel V red, Perun 2003) (in Ukrainian).

Journal articles

26. Fesenko E, 'Smezhnye sostavy prestuplenij i ih razgranichenie' (1988) 49 *Probl. pravovedenija* 114–9 (in Russian).
27. Kuznecova N, 'Prestuplenie, sostav prestuplenija, dispozicija ugovovno-pravovoj normy' (1967) 54 *Vestn. MGU. Serija "Pravo"* 44 (in Russian).
28. Panov M, Kharytonov S, 'Kryminalne pravoporushennia: poniattia ta yoho vydy' (2021) 3 *Pravo Ukrainy* 31–8 (in Ukrainian).
29. Panov M, Kharytonov S, 'Suspilna nebezpechnist diiania v systemi oznak poniattia "Kryminalne pravoporushennia"' (2020) 150 *Problemy zakonnosti* 124–40 (in Ukrainian).
30. Panov M, Kvasnevska N, 'Kvalifikatsiia zlochyniv pry banketnii dyspozytsii zakonu pro kryminalnu vidpovidalnist' (2010) 9 *Pravo Ukrainy* 47–57 (in Ukrainian).
31. Panov N, 'Ocenochnye ponjatija i ih primenenie v ugovovnom prave' (1976) 7 *Problemy socialisticheskoy zakonnosti* 99–106 (in Russian).

Conference papers

32. Hutorova N, 'Okhoronna funktsiia kryminalnoho prava' v *Nauka kryminalnoho prava v systemi mizhdystylinarnykh zv'iazkiv: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf.* (Pravo 2014) 31–5 (in Ukrainian).

Mykola Panov

QUALIFICATION OF CRIMINAL OFFENSES:
THE CONCEPT AND CRIMINAL LEGAL SIGNIFICANCE

ABSTRACT. The article considers the concept of "qualification of criminal offenses" which is extremely important for the proper application of the law on criminal liability, setting a fair punishment for a person convicted of a criminal offense, criminal law regulation on the principles of rule of law, legality, justice. It is substantiated that the qualification of criminal offenses performs an extremely important function of a specific means of establishing and determining in a socially dangerous act committed by a person a certain body of criminal offenses (legal assessment of the act) as a mandatory element of criminal liability. The structural elements of the qualification of criminal offenses are considered: its object (committed socially dangerous act); grounds – factual basis (socially dangerous act as the main element of a criminal offense), legal basis (composition of a criminal offense, defined in the criminal law), the content of the qualification as a specific type of cognitive activity (epistemological and formal-logical aspects) delimitation of related criminal offenses and delimitation from lawful acts. It is concluded that the qualification of criminal offenses is the establishment of the exact compliance of the signs of a socially dangerous act with the mandatory features of criminal offenses defined in the criminal law, combined with the delimitation of related criminal offenses and delimitation of non-criminal offenses.

The purpose of the article: to clarify the meaning of the term “qualification of criminal offenses”, to define this concept at the level of definition, to form proposals for the correct application of the law on criminal liability in the qualification of criminal offenses.

The main result of the study: the proposed definition of the concept of “qualification of criminal offenses”, formulated recommendations for the procedure of qualification of socially dangerous acts belonging to the class of criminal offenses.

In conclusion, the definition of the concept of “qualification of criminal offenses” is formulated.

KEYWORDS: qualification of criminal offenses; grounds for qualification of criminal offenses; formal and logical aspects of qualification; socially dangerous act; body of a criminal offense; criminal law; disposition of criminal law norm; disposition of article of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine.



Alizadeh Huseyn Oktay

PhD Doctorate,
Baku State University
(Baku, Azerbaijan)
huseyn.alizade.95@bk.ru

УДК 342.92

THEORETICAL AND LEGAL APPROACHES TO THE CLASSIFICATION OF INFORMATION-LEGAL VIOLATIONS

ABSTRACT. The current legislation is characterized by the lack of a unified approach to the assessment of violations in the field of information technology, the unity of the conceptual apparatus used and the application of inappropriate and unsystematic changes that do not yield the expected results. In addition, the imperfection of the legislation governing the application and use of the achievements of scientific and technological progress, the division of the regulatory framework in approaches to the legal regulation of various aspects of technological progress remain a common legal problem.

Due to the fact that the global network covers all countries, the states dealing with information violations must develop a common legal language in order to carry out effective cooperation. It is important to standardize international norms on the basis of this legal language, so that the states of the world must implement their legal regulations in accordance with these international rules. In most cases, international norms are accepted as a “standard” and implemented in national law. However, the necessity of modern times confirms the obsolescence and change of many international norms. The article proposes to make various edits on such international documents related to information violations. In our opinion, since national law is often based on international law, such edits and changes can also contribute to domestic law.

As noted in the article, in many cases, violations in the field of information do not constitute an error or a crime, but only temporary “user concerns”. However, the practical examples we present once again confirm that a simple crack can eventually lead to loss of life. Therefore, law enforcement agencies should not be indifferent to complaints about the use of such computers and the Internet, and take preventive measures to prevent them.

KEYWORDS: information-legal violation; classification; cybercrime; cyberspace; Budapest Convention.

The study of information-legal violations as an urgent problem began after the formation of the information society. In this society, which was expected to achieve successful results in its early days, it was inevitable that there would be various negative situations. As early as the 1950s, Norbert Wiener, the founder of information theory, who defined information as information obtained in the process of adapting ourselves and our senses to the environment, posed problems with automation and the dangers of ICT. Over time, these threats, which Wiener mentioned, became widespread as information-legal violations.

Today, the Internet has penetrated all areas in accordance with the needs of everyday life and connected people from all over the world. This connection allows people to shop and communicate, transfer information, and even globalize in a free environment. Today, even states are forced to use information technology to carry out their activities. With the Internet connection, the activities of the legislative, executive or judicial bodies of the state are organized in such a way that, unlike the classical system of governance, the instructions are transmitted more quickly between government agencies in electronic form. The use of information systems in key infrastructure sectors such as energy, communications, agriculture, health, transport, education and finance has highlighted the importance of the concept of cyber security, which is thought to be equivalent to national security. In the modern world, which is interconnected by a single global network, the existence of cyberspace, along with the risk of losing the sovereignty of states, as well as the existence of specific borders has become a controversial fact. Because in this area where there is no central government, it is very difficult to prevent or combat abuses, and the regulation of one state is not enough. Therefore, the prevention of violations of information rights is important not only in one direction, but also in other human rights.

The article's objective is to analyze theoretical and historical approaches to information-legal violations, to identify the main and different features of these violations and to make legal proposals in this regard.

Bringing into the focus only the criminal-legal aspect of information-law violations is not sufficient to reveal the essence of the issue. Therefore, it is more appropriate to consider these violations as misdemeanour, civil tort and crime. In the digital society, there are many information security violations that undermine civil law relations. Thus, on social media, which has a database of billions of users, such violations have become very widespread. The development of social media as a means of communication in recent years has confirmed that cyberspace is a significant area for strategic communication and information dissemination. Hereby, one can even assert that organizations founded with the aim to prevent the spread of negative information in cyberspace operate and promote the activities of states in a positive direction. For instance, the WikiLeaks network reveals several high-profile cases of

corporate and government corruption, “Troll Farms”¹ create fake social media profiles, and websites to support troll operations. Troll farm employees not only write messages, but also respond to comments and participate in online discussions. They can simulate controversy to increase the impression of the trustworthiness of the fake profiles they spread by creating content.

Conversely, there are social media sites and platforms that are engaged in conveying the policy of a state in a positive direction. For instance, Israel’s Hasbara press is used to promote the government’s policies in a positive light in response to criticism and negative feedback. Moreover, Hasbara put its efforts to foster Israel’s reputation. Hasbara is considered a euphemism for propaganda.

It should be noted that no matter how much this type of false information is combated, its impact on misleading people is enormous. Nowadays, social media has become a major player in the hybrid warfare, and the concept of spam is not only interpreted from a technical point of view, but also applies to false information shared on social media².

Spear phishing and cyber espionage should be mentioned among the information-related violations related to social media. Victims of phishing attacks usually were engaged in an action that involves clicking on a malicious link or opening an email application that is loaded with malware. Both actions can lead to fake websites that require victims’ login information. Cyber-espionage accounts for 24 % of phishing violations including abuse of state secrecy³. The main motivation is to extract sensitive government information that can be misappropriated for several malicious purposes. By way of illustration, one can mention the case with the email accounts of Hillary Clinton’s campaign manager John Podesta and former US Secretary of State Colin Powell which have been hacked allegedly by Russian-backed spear attacks and the information has been leaked to the public with the purpose of defamation or in order to negatively impact the campaign. Intellectual property theft, such as robbing military plans or technological innovations, can

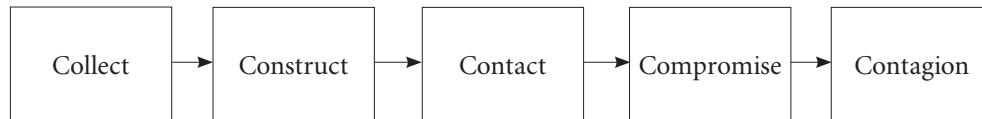
¹ The term “troll factory” started to emerge on a wider scale in media reports in 2015. At that time, journalists revealed the existence in St. Petersburg of a troll factory employing 300 people. The entity officially operated as the Internet Research Agency, managed by an oligarch, Yevgeny Prigozhin. The duties of the employees included publishing on the Internet, mainly in social media, posts praising Russian President Vladimir Putin, and criticizing countries not supporting Russia. The operation of this troll factory was initially associated with the annexation of Crimea and then with the presidential election in the United States (“Troll factories” (*deeportal.hq.nato.int*) <https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2020/5/pdf/2005-deeportal2-troll-factories.pdf> (accessed: 16.09.2021)).

² Benjamin Duranske, ‘Reader Roundtable: “Virtual Rape” Claim Brings Belgian Police to Second Life’ (*Virtual Law*, 24.04.2007) <<http://virtuallyblind.com/2007/04/24/open-roundtable-allegations-of-virtual-rape-bring-belgian-police-to-second-life>> (accessed: 16.09.2021).

³ ‘2021 Data Breach Investigations Report (DBIR)’ <<https://enterprise.verizon.com/resources/reports/2021/2021-data-breach-investigations-report.pdf>> (accessed: 16.09.2021).

be used to achieve strategic geopolitical goals. Furthermore, obtaining trade or production data can provide a tactical advantage in trade negotiations⁴.

As with email, most phishing attacks on social media are financially motivated cybercrimes. The implementation of spear phishing on social media is interpreted in five stages⁵:



The first step is to collect information about the intended target. Social media platforms provide a lot of information that is accessible to everyone, and this information can then be used to create fake accounts that suit the target's personal or professional interests. During the data collection, research is done first. Because even if the offender knows which object will be phishing, he may not know the exact range of people to whom all the phishing will be directed. In addition to identifying Internet connections, criminals can collect identifying information, such as email addresses, phone numbers, work history, education, or interests. The attacker can track the target's previous online connections, especially on open platforms such as Twitter and LinkedIn. On the eve of the French elections in 2017, Facebook revealed about twenty fake accounts that were spying on the Emmanuel Macron's presidential campaign who was then himself a presidential candidate. The accounts, linked to the Russian hacker group Fancy Bear, which was responsible for the US Democratic National Committee's email attacks were involved in this event; 'the spying campaign included Russian agents posing as friends of friends of Macron associates and trying to glean personal information from them'⁶.

After gathering information, criminals create fake social media profiles to interact with the target. The created profile may include fake information, such as working for the same organization or studying at the same university. As the case with the Russian Internet Research Agency which created Facebook pages such as "The United Muslims of America" and Blacktivist shows, established accounts can even mimic or fabricate organizations.

As a matter of fact, in most cases, photos of attractive women are used in the form of profiles. This method is known as the Robin Sage Experiment. Robin Sage is a fictional American cyber threat analyst. It was created in December 2009 by two controversial security experts and hackers from New York City,

⁴ Levent Kurt, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması* (Seçkin Yayınları 2005) 98.

⁵ A-M Huhtinen, J Rantapelkonen, 'Disinformation in Hybrid Warfare: The Rhizomatic Speed of Social Media in the Spamosphere' [2016] 15 (4) *Journal of Information Warfare* 50-67.

⁶ Joan Goodchild, 'The Robin Sage experiment: Fake profile fools security pros' (*NETWORKWORLD*, 08.07.2010) <<https://www.networkworld.com/article/2213486/the-robin-sage-experiment--fake-profile-fools-security-pros.html>> (accessed: 16.09.2021).

Robin Casey and Thomas Ryan. The name is derived from the training of the Special Forces of the United States Army. Introducing herself as a beautiful 25-year-old woman on social media, Ryan made contact with men and women of all ages in a short period of time from December 2009 to January 2010. Almost all of them served in the US military and relevant government agencies. Using these connections, Ryan learned the location of secret military units based on Facebook photos of soldiers, contacts between different people and organizations, as well as access to email addresses and bank accounts⁷. This practice was later repeated several times in different countries. For instance, an Iranian hacker carried out the Robin Sage experiment by seizing secret data of the Middle Eastern industries and governments and creating a fake Mia Ash profile⁸.

The next step in spear phishing is to make contact. The most common method of communication is to communicate with the target through any account. For example, making friends on Facebook, connecting on LinkedIn, following on Twitter and Instagram. Another way to connect is with platform-specific chat services such as Facebook Messenger, LinkedIn InMail or Twitter Direct Message. The third method is advertising campaigns. Although social media companies hire human moderators to validate paid ads, there are documented cases of malicious software connections that go beyond this verification process.

95% of phishing violations are software downloads to the target device, which is usually obtained when a user downloads an email attachment with a malicious software load. Therefore, this is the stage of compromise. After the malware is installed, criminals use a dangerous device to steal information by browsing the network. It is often unknown that the target devices are affected, and the attackers cannot be detected in a network for years.

The latest stage that is the stage of contagion could increase the scale of the cyber-attack. Contagion is especially dangerous because hackers can target vulnerable victims and reach larger targets.

Some researchers, who give an overly broad interpretation of information-law violations, refer to these violations as illegal actions that can be committed in the field of information security, which is a special field of human activity and which includes searching, creating, processing, transmitting, receiving, storing, protecting and using all kinds of information. At the same time, they include violations in other areas of human activity in the information environment, that is using information tools and technologies to work with information, regardless of its form⁹.

⁷ Huhtinen, Rantapelkonen (n 5).

⁸ F B Nacar, *Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları* (Yüksek Lisans Tezi 2010).

⁹ Michael Bossetta, ‘The weaponization of social media: spear phishing and cyberattacks on democracy’ [2018] 71 (1.5, Special Issue) *Journal of International Affairs* 97–106.

Fatma Burju Najar classifies information-legal violations depending on the object¹⁰. In our opinion, this classification can be considered more pertinent. Information-law violations can be explained in more detail not only within the context of cybercrime, but also based on the author's classification. However, the biggest shortcoming of the author's position is to almost equate information-legal violations to cybercrime, and in some cases to identify one with the other. One must also bear in mind that in any case, information security violations infringe on information or data. Moreover, even illegal access to the network can lead in the end to such negative consequences as the change, destruction, etc. of the data. Therefore, it is better to classify information-legal violations according to the method of committing a crime.

Some researchers classify information security violations as the following:

1. Violations of the data:

– Data interference can take the form of unlawful interference, alteration, or access to information.

– Data capturing is carried out in the form of removal of information from the location in order to harm the owner of the information or others, or to gain an illegal advantage over by the offender himself or by others.

– Data alteration involves compromising, damaging, or altering the security of information in information systems.

2. Violations of information networks:

– network blocking prevents the user from accessing the entire network or part of it;

– network sabotage aims to change an information system or network as a result of physical damage;

– illegal access is defined as access to an information system without the owner's permission;

– the spread of a virus is the activation of malware to damage the system or data. Viruses damage systems, data, and programs. The spread of viruses is not a separate crime, but a crime depending on the result obtained¹¹.

Verison's 2021 Report refers to the terms "incident" and "breach" in relation to information security violations. If the incident involves a security incident that violates the integrity, confidentiality and accessibility of the information asset, the breach consists of actions that result in the disclosure of the data to an unauthorized party, however the process consists only of possibilities of potential disclosure¹². The report, which assesses violations more dangerously, notes that violations have occurred over time compared to previous years, and

¹⁰ Bossetta (n 9).

¹¹ Joseph Menn, 'Exclusive: Russia used Facebook to try to spy on Macron campaign – sources' (*News. Yahoo*, 27.07.2017) <<https://uk.news.yahoo.com/exclusive-russia-used-facebook-try-spy-macron-campaign-050414445--finance.html>> (accessed: 16.09.2021).

¹² 2021 Data Breach Investigations Report (DBIR) (n 3).

based on the generalizations made, the following specific violations have been identified¹³:

<i>Social Engineering</i>	Psychological compromise of a person, which alters their behavior into taking an action or breaching confidentiality
<i>Basic Web Application Attacks</i>	Simple web application attacks with a small number of steps/additional actions after the initial web application compromise
<i>System Intrusion</i>	System Intrusion captures the complex attacks that leverage Malware and/or Hacking to achieve their objectives including deploying ransomware
<i>Miscellaneous Errors</i>	Incidents where unintentional actions directly compromised a security attribute of an information asset. This does not include lost devices, which is grouped with theft instead.
<i>Privilege Misuse</i>	Incidents predominantly driven by unapproved or malicious use of legitimate privileges.
<i>Lost and Stolen Assets</i>	Any incident where an information asset went missing, whether through misplacement or malice.
<i>Denial of Service</i>	Attacks intended to compromise the availability of networks and systems. Includes both network and application layer attacks.
<i>Everything Else</i>	This last “pattern” isn’t really a pattern at all. Instead, it covers all incidents that don’t fit within the orderly confines of the other patterns.

Thus, the increase of the incidents happened according to last example is absolutely true. This is due to the fact that the methods of committing information-legal violations are changing day by day. However, the approach is not considered successful within our research topic. Interpreting information rights violations in terms of actions rather than in the context of events might be significant in preventing those violations. One of the main classifications of information-legal violations is related to open and closed information. The problem is that a lot of confidential information is protected under different rights. For example, confidential personal information is protected by the right to privacy. However, in our opinion, the violation of the rules related to the protection of confidential information, as well as the provision of various information, namely the implementation of the information request, etc., and failure to comply with such rules and regulation is a direct information-legal violation. As it is evident, information is divided by law into open and closed (restricted access) information. Confidential information is protected under

¹³ 2021 Data Breach Investigations Report (DBIR) (n 3).

the name of “secret” and violation of the legal regime of this information, both in electronic and non-electronic form, will result in appropriate liability. Such violations, which are formalized as a minor administrative offense and fall within the scope of Chapter 32 of the Criminal Procedure Code, are more serious than the relevant articles of the Criminal Code (Articles 155, 156, 202, 284).

To sum up, it should be emphasized that information-legal violations should be classified from civil, administrative and criminal-legal aspects. Violations of information law, which take the form of civil tort, in many cases lead to litigation. As early as 2007, a complaint was received in Belgium about the cyberbullying in the “Second Life” virtual environment and an investigation was launched correspondingly. As a result, it was reported that in Second Life, avatars may have virtual aggression against each other. However, the consent of the other player is required. That is to say, you can be raped only upon your consent¹⁴.

Information-legal violations should not be strictly limited to cybercrime. Definitely, cybercrime is a major illegal act that undermines the completeness, confidentiality and accessibility of information. However, as information relations are more extensive, information-legal violations must also have a broader content. For instance, if certain computer information becomes the object of an attack by obtaining information about a person’s private life, it is also plausible to violate that person’s rights by insulting that person in cyberspace. In this regard, the boundaries of the information infringement are somewhat wider. Perhaps that is why the classification of cybercrimes in the Budapest Convention is made in this context.

CONCLUSIONS. Thus, in most literature review, “information infringement” refers only to cybercrime. The issue is that in the case of violations in the field of information, in most cases there is a need to apply criminal law. This is due to the fact that the Criminal Code does not provide for a lighter form of criminalized cybercrime in the Code of Administrative Offenses (CAO). Thus, while there are cases where ordinary theft is classified as a crime or an offense, depending on the value of the object of the conspiracy, the legislature has not provided any alternative to the circumstances in which acts committed in cyberspace against information systems and data bring minor consequences. It is expected that there will be difficulties in the implementation of the CAO, which identifies a common error (Article 371 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Azerbaijan), such as “violation of the rules of use of information resources”. At the same time, another problem is related to the fact that for most cybercrimes, a special subject is perceived as a constituent element. In our digital world, it is not uncommon for ordinary people to seize information using ICT. We believe that the formal provisions of the Criminal Code need to be included in the Code of Criminal Procedure as an

¹⁴ Duranske (n 2).

administrative offense. Moreover, the execution of these acts by all persons regardless the status of a subject, should be held accountable. In this regard, there is a need to analyze the experience of foreign countries.

It should also be borne in mind that illegal actions related to the use of ICT data, in many cases, do not cause serious consequences, but bring up certain concerns for different people. For instance, one can note that malware and virus e-mails content are sent via e-mail. If the user does not open the received email, there is no negative consequence. However, there are concerns caused. For instance, temporarily blocking a website (chat, discussion forum, etc.) that a person often uses by administrators might be an example for the case. Although it doesn't legally constitute a crime, it is possible to solve the problem by imposing liability as an administrative offense. There is even the experience of foreign countries on complaints about the damage caused in the virtual space. Concerns that do not lead to these serious consequences may create administrative liability.

The essential issue is that the term "cybercrime" is not clarified in international norms. Therefore, in the national laws of different countries, such acts are called differently (electronic crimes, computer crimes, crimes in the field of computer information, high-tech crimes, etc.). Also, cybercrime is widely interpreted in most sources, namely all violations committed in cyberspace are considered cybercrime. This is the approach of the Budapest Convention. However, in our opinion, such an approach may eventually lead to the criminalization of all criminal acts. This is due to the fact that digitalization also creates great opportunities for the criminal world. For example, insults or slander in the traditional form are almost non-existent. Since crimes must be classified depending on the object of intent, it is not correct to consider these acts as cybercrime. Therefore, a broad interpretation of cybercrime is not acceptable. In this regard, it is more expedient to amend the Budapest Convention itself. Although the Convention is broadly based on an analytical approach, many acts committed using ICT (such as public incitement to terrorism) remain unregulated.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Levent K, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması* (Seçkin Yayınları 2005) (in Turkish).

Journal articles

2. Bossetta M, 'The weaponization of social media: spear phishing and cyberattacks on democracy' [2018] 71 (1.5, Special Issue) *Journal of International Affairs* 97-106 (in English).

- Huhtinen A-M, Rantapelkonen J, 'Disinformation in Hybrid Warfare: The Rhizomatic Speed of Social Media in the Spamosphere' [2016] 15 (4) Journal of Information Warfare (in English).

Theses

- Nacar F B, 'Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye'de Bilişim Suçlarının Ceza Hukukundaki Uygulamaları' (Yüksek Lisans Tezi 2010) (in Turkish).

Websites

- '2021 Data Breach Investigations Report (DBIR)' <<https://enterprise.verizon.com/resources/reports/2021/2021-data-breach-investigations-report.pdf>> (accessed: 16.09.2021) (in English).
- 'Troll factories' (depportal.hq.nato.int) <https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2020/5/pdf/2005-depportal2-troll-factories.pdf> (accessed: 16.09.2021) (in English).
- Duranske Benjamin, 'Reader Roundtable: "Virtual Rape" Claim Brings Belgian Police to Second Life' (*Virtual Law*, 24.04.2007) <<http://virtuallyblind.com/2007/04/24/open-roundtable-allegations-of-virtual-rape-bring-belgian-police-to-second-life>> (accessed: 16.09.2021) (in English).
- Goodchild Joan, 'The Robin Sage experiment: Fake profile fools security pros' (*NETWORKWORLD*, 08.07.2010) <<https://www.networkworld.com/article/2213486/the-robin-sage-experiment-fake-profile-fools-security-pros.html>> (accessed: 16.09.2021) (in English).
- Menn Joseph, 'Exclusive: Russia used Facebook to try to spy on Macron campaign – sources' (*News.Yahoo*, 27.07.2017) <<https://uk.news.yahoo.com/exclusive-russia-used-facebook-try-spy-macron-campaign-050414445--finance.html>> (accessed: 16.09.2021) (in English).

Алізаде Гусейн Октай

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПОРУШЕНЬ

АНОТАЦІЯ. Чинне законодавство характеризується відсутністю єдиного підходу до оцінки порушень у сфері інформаційних технологій, єдністю понятійного апарату який використовується та застосуванням неналежних і несистематичних змін, які не дають очікуваних результатів. Крім того, поширеною правовою проблемою залишаються недосконалість законодавства, що регулює застосування і використання досягнень науково-технічного прогресу, поділ нормативно-правової бази у підходах до правового регулювання різних аспектів технічного прогресу.

У зв'язку з тим, що глобальна мережа охоплює всі країни, для ефективної співпраці держави, які займаються інформаційними порушеннями, повинні виробити спільну правову мову. Важливо стандартизувати міжнародні норми на основі цієї правової мови, щоб держави світу реалізовували свої правові норми відповідно до цих міжнародних правил. У більшості випадків міжнародні норми приймаються як "стандарт" й імплементуються у національне законодавство. Однак нагальна потреба сучасності підтверджує застарілість і зміну багатьох міжнародних норм.

Alizadeh Huseyn Oktay

У статті пропонується внести різноманітні правки до таких міжнародних документів, пов'язаних із інформаційними правопорушеннями. На нашу думку, оскільки національне законодавство часто базується на міжнародному праві, такі правки та зміни також можуть сприяти внутрішньому праву.

Як зазначається, у багатьох випадках порушення в інформаційній сфері не є проступком чи злочином, а лише тимчасовими “занепокоєннями користувачів”. Проте практичні приклади, які ми наведемо, ще раз підтверджують, що просте порушення у підсумку може призвести до загибелі людей. Тому правоохоронні органи не повинні бути байдужими до скарг на використання таких комп'ютерів та інтернету й вживати превентивних заходів для їх запобігання.

Ключові слова: інформаційне правопорушення; класифікація; кіберзлочинність; кіберпростір; Будапештська конвенція.



Aslanov Ramil Mahir

Doctor of Laws,
Faculty of Law
Baku State University
(Baku, Azerbaijan)
aslanovram@list.ru

DOI: 10.33498/Юмр-2021-09-155

УДК 342.92

ISSUES CONCERNING PROTECTION OF CONFIDENTIAL INFORMATION IN THE ACTIVITIES OF STATE BODIES: LEGAL AND PRACTICAL ANALYSIS

ABSTRACT. The word “confidentiality” is derived from the Latin word “confidentio”, which means to trust. This means that the circle of persons possessing confidential information is specifically known, and that information is entrusted to these persons. Therefore, the rules for access to confidential information by third parties are established by law. Thus, to protect the confidentiality of any secret information, the law sets out specific rules that cover the legal regime of confidential information:

Criteria for classifying information as confidential information and indications of a specific type of secret. These criteria are mainly related to the content of the information, but their disclosure harms other people in any way. For instance, if the content of a state secret is directly determined by law, the commercial value of the information in a trade secret is a criterion for the essential content.

There are special legal rules for the protection of confidential information, as well as securing access to it. For instance, if a state secret is regulated by the establishment of this confidentiality regime, in case of duty related secret it is ensured by the obligation carried by the different professions representatives not to disclose the secret.

Disclosure of this information gives rise to liability. This can be a criminal, administrative or civil liability.

As mentioned in the article, in order to determine the responsibility for “data leakage” in the international exchange of information, problems should be resolved through mutual cooperation or regional control mechanisms.

KEYWORDS: confidentiality; restricted access to information; open information; legal regime; official secret; state secret.

The interaction of information and society brings to structural changes in the regulation of society as a whole, and the information society is the greatest example of such alterations. In the information society, the proclamation of access to information and the development of security mechanisms often conflict with the confidentiality of information that is secured, namely

©Aslanov Ramil Mahir, 2021

restricted. There are many practical problems regarding such confidential information, which are protected under different names and legal regimes, the source of which is both the dynamics of information relations and the inability of the legislature to keep up with this dynamics. The article analyzes legal and practical problems in this regard, and outlines suggestions and recommendations.

The article's objective is to analyze of the legal regime of confidential information, identify the main elements of this regime.

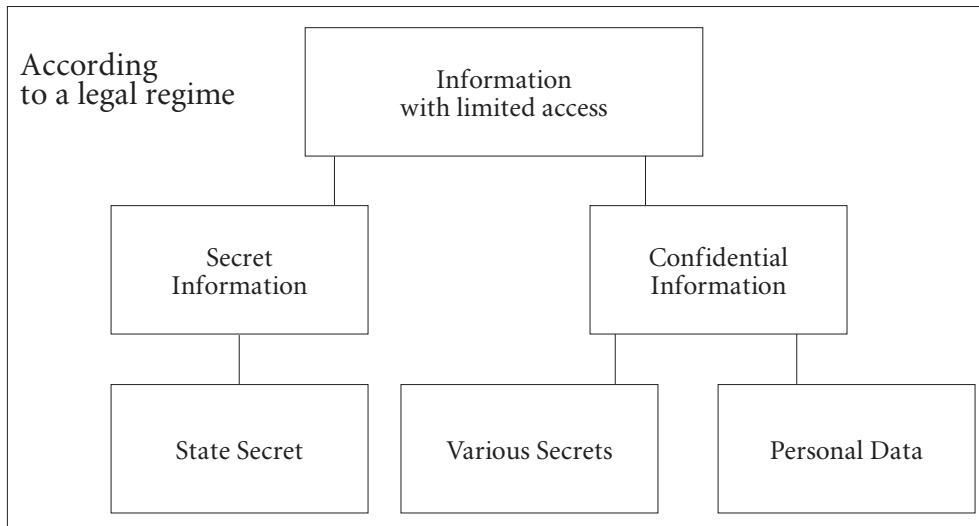
As a result of the generalization of the literature and legislation, the following features of the secret, which in its turn, is considered as a legal category, can be distinguished:

- a secret is information that is known to a limited number of persons and is kept protected from other persons;
- the secret is unrevealed and confidential information, namely its disclosure to third parties is prohibited by law and therefore appropriate liability is established;
- there is both factual and legal basis for the confidentiality of information constituting the content of the secret. The legal basis is that only information, the access to which is restricted by law, can constitute the content of a secret. The factual basis is the special importance of confidential information and the fact that their disclosure is perilous for the individual, society and the state;
- the secret bears legitimate character, i. e., the protection of the confidentiality of the information that constitutes its content is determined by law. In this regard, the circle of persons responsible for the storage of this information is empowered by law, and legal liability is established for the disclosure of this information¹.

Thus, the legislature regulates the types of information that can be restricted under the term of secrecy. Therefore, it can be considered that the restricted information is an information based-legal institution and covers the following legal norms: the concept and types of restricted information; conditions and rules for determining limited access to information, as well as access to such information; legal status of information subjects with limited access; legal liability for disclosure of information constituting a secret, etc. It should also be noted that the establishment of a special legal regime for restricted types of information should not be considered a violation of citizens' freedom of information. Both international legal documents establishing human rights and freedoms, as well as the Constitution of the Republic of Azerbaijan, provide for the restriction of rights and freedoms in the manner and under the conditions established by law.

¹ A Aliyev, G Rzayeva, A Ibrahimova, B Maharramov, S Mammadrzali, *Information law. Textbook* (Nurlar 2019) 187.

In accordance with Article 34 of the Law of the Republic of Azerbaijan “On Freedom of Information”, information is divided, on the one hand, into information that is open and, on the other hand, information access to which is restricted by law. As the unrestricted information is not a subject of the current research, it will not be further extended on this topic. According to the legal regime, the second group of information is divided into two types:



Therefore, the main purpose of defining the legal regime of confidential information is the protection of fundamental human rights and freedoms.

Official secret as a type of confidential information. The information intended for use during fulfilling of service is contained within the legal regime of secrecy. However, in addition, various laws and codes contain norms regarding information constituting a duty of confidentiality. For instance, confidentiality of tax information, secrecy for customs, etc. Given that the legislature sets limits on the disclosure of such information and does not specify a time limit for such restrictions, it can be concluded that the term “official secret” has a broader meaning. On the other hand, it is clear from the analysis of many norms that provide for administrative and criminal liability that the object of these acts is information that is included in the official secret. For example, dissemination of information on security measures applied to judicial and law enforcement officers (Article 301 of the Criminal Code of the Republic of Azerbaijan), dissemination of information on measures taken against money laundering or terrorist financing (Article 316² of the Criminal Code of the Republic of Azerbaijan), illegal use of insider information by an insider (Article 420 of the Code of Administrative Offenses of the Republic of Azerbaijan), etc. In this regard, it is considered expedient to clarify the term “official secret” in the legislation.

The purpose of the confidentiality of the pre-trial investigation is, above all, to protect fundamental rights and to ensure a fair trial. In fact, this principle has a dual purpose: on the one hand, to ensure the proper conduct of the investigation and inquiry, thereby preventing violations of public order and fulfilling the constitutional obligations related to the detection of crimes and offenders, and, on the other hand, to protect persons under investigation in order to guarantee the right to confidentiality and the presumption of innocence.

For this reason, the secrecy of the pre-trial investigation is part of a logic that protects everyone's interests: the protection of evidence and witnesses, as well as the methods of investigation, if found, may prevent investigators from reaching certain conclusions. At the same time, we are talking about the isolation of witnesses, investigators and judges. In a society where public opinion is increasingly significant, the disclosure of classified information can be dangerous for the necessary impartiality of those involved in the investigation and trial. It should be noted that the main purpose of the investigation is to bring the truth to the surface. However, this avalanche of information and opinion should not harm the necessary impartiality of witnesses, investigators and judges.

Ensuring the confidentiality of the preliminary investigation means respecting the presumption of innocence to ensure that the suspects are not victims of an open trial. The presumption of innocence means that any suspect is presumed innocent until proven guilty. Violation of the judicial investigation and secrecy of the investigation is tantamount to depriving the accused of one of the most frequently violated fundamental rights. However, it is also a violation of the victims' right to secrecy. In case a crime is discovered, some injured people are at greater risk of physical or psychological harm.

The public sphere demands increasingly transparency. Public opinion expects full transparency from the media, due to a right to information that it considers essential. Timely submission of information may have detrimental consequences for the investigation and possible police action. An example of this is the tragic example of Hyper Cacher being taken hostage in January 2015 when a 24-hour news channel reporter discovered that people were hiding in a cold room and that this could have dramatic consequences.

The issue is that the media often obstructs criminal investigations and leaks information with unnecessary interference. Journalists who violate confidentiality are not directly liable, but can be prosecuted for obtaining information upon a breach of confidentiality, if the disclosed information can only come from a person related to that confidentiality. However, since the right of journalists not to disclose their sources is guaranteed by the European Court of Human Rights (ECHR), the chances of success in tracking the source of such information are poor.

Under the French law, the confidentiality of sources is guaranteed by the Freedom of the Press Act of 29 July 1881: only a prerogative of the public interest can give grounds for measures that infringe on the confidentiality of sources, provided they are necessary and proportionate. Thus, the goal was pursued. However, the Cour de Cassation (French Supreme Court) has issued a restrictive comment stating that ‘although the investigation has been seriously violated’, it cannot compromise the confidentiality of sources in order to find the perpetrators. Hereby, on the confidentiality of pre-trial investigations and inquiries the following is stated: ‘without demonstrating that these interventions are based on a superior order of public interest’². Although the ECtHR acknowledges that there is a legitimate interest in informing the public and that there is a greater interest than respect for the confidentiality of pre-trial investigations and inquiries, this protection is not absolute: the required condition is a good intention.

One of the most important issues is the protection of security in the exchange of information related to official secrecy. Thus, it should be taken into account that those who work with personal data can also interfere with the information unfairly. Data processors should have as little information as possible and the activities of these people should be managed by appropriate means.

In this regard, special care is required when conducting criminal registration in databases. It would be more relevant to apply more to international bases. Various Interpol databases are of special significance here. First, one can mention the DNA database. Countries use Interpol’s DNA database to share and compare DNA profile data from crime scenes and celebrities, as well as missing and unidentified human remains. This international DNA database can be accessed directly by national authorities such as the National Central Bureau of Interpol (NCB) and forensic laboratories. As a new service, Interpol will soon offer the use of family DNA comparisons to identify missing persons.

Interpol’s fingerprint database contains more than 182,000 fingerprint records (as of December 2017). Authorized users in member countries can view, send and re-verify fingerprint records protected by the global operational authorities’ communication network Interpol 24/7 using a convenient automatic fingerprint identification system (ADIS). Law enforcement officers can either remove fingerprints via an electronic device, or using hand ink and paper, and then use a special scanner to store electronic information in an appropriate format. The information is then submitted to the General Secretariat of Interpol for uploading to the database. Records shall be kept and exchanged in a format prescribed by the National Institute of Standards and Technology (NIST).

The Interpol Fingerprint Block provides a service called the Automatic Fingerprint Identification System (AFIS) Gate, which allows member

² Criminal Chamber of the Cour de Cassation, February 25, 2014, p. 13–84.

countries to send remote fingerprint searches to the Interpol database and receive an automatic response. Automated tracking, as well as a large-scale search system, has been introduced, allowing more than 1,000 comparisons a day with Interpol's fingerprint database, which operates 24 hours a day, seven days a week.

As for Eurojust, this network takes data protection very seriously and respects the fundamental rights of all people. The Agency, which is at the forefront of investigations and trials, maintains regular contact with operational information. At a more general level, Eurojust processes different categories of personal data as part of its day-to-day administrative activities. By applying the highest standards of data protection, the Agency ensures that all information is processed with the utmost care and that the rights of individuals are always fully protected³.

Europol can play an important role in expanding the exchange of information by helping to identify and expose criminal networks/groups. According to the European Commission, Governance co-operation is not only about co-operation between the tax authorities, including the tax authorities of non-EU countries, but also about co-operation between the EU member states' customs authorities and law enforcement agencies, which is essential for proper implementation. On 9 and 7 April 2016, the EU Commission formally adopted a VAT Action Plan to detect and reduce VAT regulations and VAT fraud in cross-border transactions. Paragraph 5 of Article 10 of the "20 Measures to Eliminate the VAT Gap" emphasizes the need to consolidate the fight against STIs.

Do support deeper cooperation between different agencies. Fighting organized crime networks involved in fraud requires joint efforts within member states and between tax authorities and law enforcement agencies. Missing trader fraud requires a smooth exchange of information between the tax and customs authorities⁴.

In almost all countries, the tax administration has the opportunity to share information with the authorities responsible for investigating tax crimes and customs. However, there are restrictions for prosecutors on the exchange of information with the police in tax offices and on non-tax investigations. At the very least, the suspect does not have to report any non-tax violations. The customs office can share information with the tax office. There are many different approaches. Some countries have direct access, while others have

³ 'Data protection at Eurojust' (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*) <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/data-protection/data-protection-eurojust>> (accessed: 16.09.2021).

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on an Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion (COM (2012) 722 final of 6/12/2012) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0722>> (accessed: 16.09.2021).

restrictions that prohibit the exchange of information through tax or customs. However, there are rules by which information can be shared in the event of tax or customs violations. This confirms the exchange of information between the investigative departments of the customs authorities and other law enforcement agencies. Such exchanges are used without protection through surveys to protect confidential information.

Thus, measures to protect confidential information in the investigation of customs crimes should be implemented not only in relation to the subjects, but also in the exchange of information with relevant law enforcement agencies.

CONCLUSION. The article classifies the issues connected with confidentiality of information with limited access into several groups.

The problems in the first group stem from conflicts in the legal regime of various secrets, and in some cases from overlapping norms. Thus, the boundaries of various secrets contained in confidential information often collide. In one case, information relating to personal information is considered confidential during the investigation. In this case, the question of which legal regime to apply is questionable. Even many information law norms have problems and inaccuracies related to various closed information circles. For instance, a lot of information included in a bank secret includes information that is also a tax secret. In our opinion, such problems take the roots from the shortcomings of the new information society in the legal framework. It also remains dubious how information security will be protected during the exchange of information, both within the country and in contact with foreign countries, during the period of widespread use of electronic systems. The point is that the legislature has not given any legal definition of information security.

The drawbacks in the second group are related to the issue of responsibility and subjects. Determining the content of confidential information imposes a responsibility not only on the participants in the process, but also on government agencies for the non-dissemination of such information. However, in this case, there are descriptive problems related to which specific article of the criminal law is applied.

The third group of problems arise from the fact that the information is in line with the principles of openness and transparency, in case it raises the issue of ensuring human rights and freedoms as being an investigative secret. The point is that a transparent society and the principle of openness demands securing access to information. At the same time, freedom of expression requires it. However, in most cases, this can lead to human rights violations. For instance, the issue of reconciling securing various rights in case when negative events broadcast on various news portals. However, in general, one cannot agree with the authors who claim that such investigative information is not disseminated, as it is essential in terms of transparency of government agencies.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Aliyev A, Rzayeva G, Ibrahimova A, Maharramov B, Mammadzali S, *Information law. Textbook* (Nurlar 2019) (in English).

Websites

2. 'Data protection at Eurojust' (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*) <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/data-protection/data-protection-eurojust>> (accessed: 16.09.2021) (in English).

Раміль Махір Асланов

ПИТАННЯ ЗАХИСТУ КОНФІДЕНЦІЙНОЇ ІНФОРМАЦІЇ У ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ: ПРАКТИЧНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

АНОТАЦІЯ. Слово “конфіденційність” походить від латинського “*confidentio*” – “довіряти”. Це означає, що коло осіб, які володіють конфіденційною інформацією, конкретно відоме, і що інформація довірена цим особам. Отже, правила доступу третіх осіб до конфіденційної інформації встановлені законом. Таким чином, для захисту конфіденційності будь-якої таємної інформації закон встановлює спеціальні норми, які охоплюють правовий режим конфіденційної інформації, зокрема:

Критерії віднесення інформації до конфіденційної та вказівки на певний вид таємниці. Ці критерії переважно стосуються змісту інформації, але їх розголошення будь-яким чином шкодить іншим людям. Наприклад, якщо зміст державної таємниці прямо визначено законом, критерієм істотного змісту є комерційна цінність відомостей, що містяться у комерційній таємниці.

Існують спеціальні законодавчі норми щодо захисту конфіденційної інформації, а також забезпечення доступу до неї. Наприклад, якщо державна таємниця регулюється встановленням цього режиму таємності, то у разі службової таємниці це забезпечується зобов'язанням представників різних професій не розголошувати таємницю.

Розголошення цієї інформації тягне за собою відповідальність. Це може бути кримінальна, адміністративна чи цивільно-правова відповідальність.

Як зазначається у статті, для визначення відповідальності за “витік даних” у міжнародному обміні інформацією проблеми слід вирішувати за допомогою взаємної співпраці або регіональних механізмів контролю.

Ключові слова: конфіденційність; інформація з обмеженим доступом; відкрита інформація; правовий режим; службова таємниця; державна таємниця.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

DOI: 10.33498/Юш-2021-09-163



Ірина Левандовська

аспірантка кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Національного авіаційного університету, головна консультантка відділу порівняльних досліджень Управління порівняльно-правового аналізу Секретаріату Конституційного Суду України (Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9310-6442>
levandovska888@ukr.net

УДК 342.565.2: 340.131.5

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ “ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ” У СУЧАСНОМУ КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ

АНОТАЦІЯ. Різні підходи до розуміння поняття, форми та змісту права судді Конституційного Суду України (КСУ) на окрему думку неодноразово ставали предметом палкої дискусії, як у самому органі, так і за його межами. Водночас ні Закон України “Про Конституційний Суд України”, ні Регламент КСУ не містять конкретного визначення поняття “окрема думка”, а в українській правовій доктрині, незважаючи на окремі теоретичні дослідження, не сформований єдиний понятійно-категоріальний апарат цього інституту.

У статті за допомогою компаративного методу визначено основні засади впровадження окремих думок в органах конституційного контролю Сполучених Штатів Америки, Європейського Союзу та в міжнародних судових органах.

Встановлено, що у різних системах права термін “окрема думка судді” у межах конституційного провадження має різне смислове значення. Так, в англосаксонській правовій сім’ї вона є інструментом судової правотворчості. Водночас як право судді висловити окрему думку у країнах континентального права містить у собі смисл суддівської незалежності, гарантій забезпечення власної професійної гідності і слідування своєму моральному обов’язку, а також слугує певною гарантією, яка забезпечує суддю від зовнішнього тиску. Натомість у міжнародних судових органах існування цього інституту здебільшого пояснюється міжнаціональністю їхніх членів.

Зроблено висновок про те, що інститут окремої думки є новим для правозастосовної практики незалежної України і потребує подальшого вивчення і змін з урахуванням уже досягнутого методологічного рівня. Головним чином причиною суперечності поглядів, які виникають навколо цього інституту на національному рівні, є неврахування у процесі запозичення іноземного досвіду історичних, онтологічних, аксіологічних, гносеологічних і праксеологічних чинників соціального та державного буття.

© Ірина Левандовська, 2021

Ірина Левандовська

Ключові слова: *votum separatum*; процедура *seriatim*; окрема думка члена органу конституційного контролю; види окремих думок; конституційне провадження; сучасне конституційне право.

Однією з найбільш актуальних теоретичних і практичних проблем розвитку конституційного права України є довільна імплементація західних стандартів і теорій в українське законодавство та доктринальні напрацювання без урахування національних правових реалій.

Факт того, що конституційний контроль в Україні – явище відносно нове і являє собою класичну європейську модель не потребує доказів. Відтак запозичення і врахування досвіду провідних демократичних країн світу під час запровадження цього інституту на національному рівні виявляється логічним і очевидним. Задля уникнення проблем у правозастосуванні під час процесу такого запозичення та імплементації деяких релятивних категорій слід враховувати історичні, онтологічні, аксіологічні, гносеологічні та праксеологічні чинники соціального і державного буття. Це допоможе забезпечити належне функціонування правових інститутів й уникнути непорозумінь у межах національних правових систем.

На наше переконання, серед таких релятивних категорій у межах окресленої наукової проблематики значиться “окрема думка судді Конституційного Суду України” (далі – КСУ). Дискусійні питання, які виникають навколо цього інституту, переважно пов’язані з довільною імплементацією міжнародного досвіду без урахування особливостей правових систем і правової природи КСУ.

Окремі аспекти цього інституту було досліджено у працях С. Різника, І. Сліденка, О. Водянікова, Т. Цимбалістого, Г. Христової, Т. Слїнько, В. Шишкіна. Він також неодноразово ставав предметом уваги таких зарубіжних учених, як К. Клемен, Е. Лінч, Ю. Лафранк, і суддів органів конституційного контролю – А. Скаліа, Б. Ласкіна, А. Барака.

У цій статті буде зроблена спроба заповнити деякі правові та лексичні лакуни щодо функціонування інституту окремої думки судді КСУ у частині зарубіжного та міжнародного досвіду, що може допомогти удосконалити законодавство й запобігти виникненню протиріч у подальшому правозастосуванні.

Історичні витоки

У тематичній групі термінів романо-германської правової системи на позначення права члена органу конституційного контролю висловлювати окрему думку, відмінну від рішення, яке було ухвалено судом у цілому, базовим є латинський термін *votum separatum*, який у сучасній юридичній термінології позначає думку члена колегіального органу,

незгідного повністю або частково з рішенням, ухваленим більшістю цього органу. Ми поділяємо припущення деяких науковців про те, що римський Закон про цитування *Lex Citandi* був найпершим проявом окремих думок в юриспруденції. Згідно з цим актом суди у своїй практиці могли керуватися записаними думками лише п'яти юристів: Папініана, Павла, Ульпіана, Модестина і Гая. Думки цих юристів мали силу закону. У разі суперечності між висловленими ними думками суддя під час розгляду справи мав віддати перевагу позиції, яку підтримала більшість юристів, а за однакової кількості протилежних позицій – думці Папініана. Єдиний випадок, коли суддя міг ухвалити рішення на власний розсуд – це коли думки юристів ділилися порівну, а позиція Папініана з питання, що розглядалося у суді, була відсутня. Цілком імовірно, що Закон про цитування є першим втіленням ухвалення судових рішень за принципом простої більшості, а обґрунтовані думки юристів, які залишалися у меншості, першими прототипами окремих судових думок¹.

Крім того, відомо, що в Іспанії XV ст. відповідно до положень ордонансу про Медіну дель Кампо суддям, які не погоджувалися з рішенням, дозволялося висловлювати окрему думку, яка мала назву *voto reservado* (досл. іспан – виокремлений голос). Такі думки реєструвалися у спеціальній книзі і не підлягали публікації. Це правило зберігалося і було закріплене у редакціях законів про цивільний та кримінальний процес 1881 р. і 1882 р., які були чинними до 1985 р. Водночас право не погодитися з судовим рішенням було передбачене для всіх представників судової системи².

До завоювання Італії Наполеоном та її об'єднання в XIX ст. деякі окремі провінції слідували іспанській традиції і закріпили для суддів право на *voto ti scissura* (досл. італ. – окреме голосування). Це право передбачало для судді можливість під час засідання в усній формі висловлювати свої зауваження по суті справи³.

Західна Німеччина була першою європейською країною, яка зробила спробу законодавчо визнати і закріпити незгідну думку судді у межах свого позитивного права. Під час підготовки проекту Закону про судоустрій у 1877 р. було озвучено пропозицію передбачити для суддів право на незгідну думку, але вона була відхилена. Це пояснювалося тим, що публікація незгідних думок вважалася несумісною з авторитетом суддів і їхніми добрими відносинами. Однак Німеччині все-таки вдалося і вона стала першою європейською країною, яка в 1970 р. запровадила інститут окремих думок суддів у межах конституційного провадження⁴.

¹ Joshua M. Austin, 'The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track?' (2010) 31 The Northern Illinois University Law Review 19.

² Katalin Kelemen, 'Dissenting Opinions in Constitutional Courts' [2013] 14 (08) German Law Journal 1345.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

Водночас в англосаксонській правовій сім'ї інтегруючим терміном, що означає можливість члена органу конституційного контролю мати думку, відмінну від рішення, яке було ухвалене судом у цілому, є латинський термін *seriatim*, що у дослівному перекладі означає “по порядку”. Правозастосування процедури *seriatim* сягає юриспруденції середньовічної Англії, якою не було передбачено ухвалення письмового судового рішення у колегіальному судовому органі. Судді усно, по черзі, без попередніх внутрішньосудових консультацій оголошували свою позицію. Рішення ухвалювалися більшістю голосів. Така практика панувала у Великій Британії майже всю її історію, починаючи з часів Вільгельма Завойовника і до наших днів. Поширеною вона також була і в судах Сполучених Штатів Америки (далі – США) – як штатів, так і федеральних – на момент їх заснування.

Слід відзначити, що англосаксонською системою права був передбачений і інший спосіб ухвалення рішення у колегіальному судовому органі. Йдеться про так званій “Висновок суду”⁵ у цілому, яким не передбачалося публічного голосування або окремих думок, написаних суддями. Цей підхід використовувався щонайменше двічі: у XVIII ст. Лордом головним суддею Менсфілдом із Королівської лави Лондона та частково у XIX ст. головою Верховного Суду США Дж. Маршалом⁶. Хоча окремі думки у “суді Джона Маршала” і не були прямо заборонені, їхня кількість зводилася до мінімуму, завдячуючи лідерським якостям голови суду, який таким чином хотів закріпити авторитет суду. Саме з цього моменту історії бере свій початок інститут окремої думки члена органу конституційного контролю у своєму сучасному розумінні. Нинішня ж практика Верховного Суду США, який в істинному своєму розумінні є першим органом конституційного контролю – гібридна, за якої рішення суду ухвалюється більшістю суддів, але при цьому судді мають право особисто вирішувати, чи “писати їм окремо”⁷.

Особливості функціонування окремої думки судді Верховного Суду США

Різниця у мисленні та підходах до права різних правових сімей насамперед демонструється юридичною термінологією. Для позначення терміна “рішення суду” у романо-германській правовій сім'ї зазвичай вживаються англломовні терміни “*judgment*” або “*decision*”, тоді як терміном *opinion* позначаються “висновки”, які мають рекомендаційний характер. Однак в українській правовій традиції широковживаною є

⁵ В українському перекладі широковживаним є вислів “рішення Верховного Суду США”, хоча мовою оригіналу це звучить, як “*Opinion of the Court*”. *Opinion* в українській правовій традиції з англійської мови прийнято перекладати, як “Висновок”.

⁶ M Todd Henderson, ‘From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent’ (2007) 363 John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 1.

⁷ Kelemen (n 2).

дефініція “рішення Верховного Суду США”, яка насправді є нічим іншим, як “висновком Верховного Суду США”, а дослівно “думкою Суду” (англ. “*Opinion of the Court*”). Як бачимо у Верховному Суді США не тільки судді, а й суд у цілому “має думку”, а не “ухвалює рішення”.

Насамперед це пояснюється правовою природою рішень Верховного Суду США. Це пов’язано з тим, що у країнах загального права рішення ухвалюються іменем суду, а окремі думки суддів – це інструмент, за допомогою якого здійснюється судова правотворчість. Заразом, як судові рішення у країнах континентального права ухвалюються іменем народу, країни або монарха. Це, на перший погляд, забезпечує враження одностайності і забороняє суддям публічно не погоджуватися з рішенням колег. Така вимога пояснюється тим, що суд зобов’язаний демонструвати єдність позиції того, чийм іменем він ухвалює рішення⁸.

Прикметно, що ні чинний, ні жодний інший Регламент Верховного Суду США, починаючи з 1803 р. і до 2017 р. не містить ані визначення терміна “окрема думка”, ані її різновидів або принципів її функціонування. Це пов’язано з тим, що право судді висловлювати окрему думку є частиною правової традиції, яку ми звикли називати прецедентом, і який, як вже зазначалося, мав місце у “суді Джона Маршала”.

Важливо відзначити, що термін “окрема думка” (англ. “*separate opinion*”) не застосовується в американському законодавстві і вживається виключно у науковій літературі. Зауваження, висловлені суддею у справі, у тому випадку, коли він погоджується з думкою більшості, однак висловлює власні міркування щодо мотивувальної частини рішення, мають назву “думка” із зазначенням прізвища судді (наприклад, англ. “*opinion of Gorsuch J*”) або ж просто прізвище судді і те, що він погоджується із судженнями (наприклад, англ. “*Thomas J. concurring in judgment*”). У випадку, коли суддя не погоджується з рішенням більшості, зазначається прізвище судді і те, що він не згідний (наприклад, англ. “*Alito J. dissenting*”).

Однак все не так просто з тим, що ми в українських правових реаліях звикли класифікувати як “згідна” або “незгідна” думка судді, беручи за основу такої класифікації власні переконання і погляди суддів у справі. Причиною таких складнощів є те, що у країнах континентального права за основу такої класифікації беруть вже ухвалені рішення, тоді як у країнах англосаксонського права вона зумовлена процедурою ухвалення рішень. Насамперед це пов’язано з процесом і способом здійснення американської судової правотворчості.

⁸ Katalin Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective* (Routledge 2017) IV 2.

⁹ У цьому випадку ми вважаємо, що слово “*dissenting*” варто перекладати саме як “незгода”. Суддя таким чином не просто демонструє свою розбіжність у поглядах із колегами, а висловлюється проти ухваленого ними рішення. Саме ця ідея і закладена в механізм американської судової правотворчості, в якому окрема думка є інструментом.

Після того, як Верховний Суд США заслуховує усні аргументи сторін у справі, він переходить у закриті засідання. На засіданні голова Суду, а після нього і всі інші судді висловлюють свою думку у справі. Думки висловлюються у порядку спадання професійного стажу у Суді – першим право висловитися має суддя, в якого найбільший професійний стаж, а останнім – у кого найменший. Після цього голова Суду першим віддає свій голос у справі. Потім це робить кожен суддя у порядку спадання професійного стажу у Суді, доки “наймолодший” суддя не віддасть останній голос. Коли голоси підраховані, голова Суду або той суддя, який має найбільший професійний стаж у більшості, у випадку якщо голова Суду виявляється у меншості, призначає суддю з більшості, який буде писати “Думку Суду”. Суддя з найбільшим професійним стажем у Суді, з числа тих, хто висловив незгоду, може призначити суддю написати незгідну “думку меншості”¹⁰. Таким чином формуються “думка більшості” (англ. “majority opinion”) і “думка меншості” (англ. “minority opinion”). Після цього відбуваються обговорення підготовленого проекту висновку Суду. Більшість суддів повинні погодитися з усім змістом Висновку до його публічного оприлюднення. Під час таких обговорень передбачається, що судді можуть змінити свою думку. У поодиноких випадках незгідні думки з меншості стають думкою більшості. Це відбувається, коли один або кілька суддів змінюють свою позицію внаслідок прочитаних підготовлених проектів більшості та незгідних думок своїх колег до них. Суддя-доповідач під час підготовки проекту висновку повинен враховувати думки і зауваження своїх колег, які вони висловлюють під час розгляду справи. У разі, коли з обґрунтованих причин такі зауваження не враховуються, але при цьому суддя згідний з рішенням, він може викласти згідну думку¹¹.

Викладені нами факти ще раз підкреслюють, наскільки важливим є врахування історичних передумов виникнення правових інститутів, правових традицій і сучасних національних реалій під час запозичення та апеляції до міжнародного досвіду. Головним чином, наше твердження пояснюється тим, що фактично згідна/незгідна думка судді Верховного Суду США є нічим іншим, як інструментом судової правотворчості. Водночас як у країнах континентального права право судді висловити незгідну думку містить у собі смисл суддівської незалежності, гарантій забезпечення власної професійної гідності і слідування своєму моральному обов’язку, а також слугує певною гарантією, яка убезпечує суддю від зовнішнього тиску.

¹⁰ ‘Supreme Court Procedures’ (U.S. Courts) <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>> (accessed: 13.08.2021).

¹¹ Ibid.

*Особливості функціонування окремої думки членів органів
конституційного контролю у країнах Європи*

Виникнення європейського різновиду конституційного контролю, пов’язане насамперед з особливостями континентальної правової сім’ї, де закон – це основне джерело права. Його основоположником є ніхто інший, як Г. Кельзен і доктрина *Reine Rechtslehre* (нім. “Чиста теорія права”), яка стала теоретичною основою для створення спеціального органу конституційного контролю в Європі. Проте вчений мало турбувався з приводу теоретичної інституціоналізації місця цього органу у механізмі здійснення державної влади. Врешті-решт, це позначилося на тому, що будь-яка країна, яка створювала подібну інституцію, самостійно адаптувала її до своїх власних потреб, звідси – несхожість національних інститутів конституційного контролю в межах європейської моделі. Переважна більшість країн на законодавчому рівні розміщує спеціальний орган конституційного контролю у сфері дії судової гілки влади. Це абсолютно формальне віднесення, з якого ані для цього органу, ані для судової влади нічого не випливає. Такій ситуації цей орган завдячує лише своїм певним організаційним і деяким функціональним характеристикам, які деякою мірою зближують його з судами загальної юрисдикції, проте в жодному разі не є абсолютно визначальними¹². Ці передумови дають нам можливість стверджувати, що становлення інституту окремої думки судді у межах європейської моделі конституційного контролю відбувалося на підставі його запозичення з судової влади.

Той факт, що сьогодні офіційними мовами Європейського Союзу (далі – ЄС) є 23 мови, породжує багатоманітність термінів, якими позначається концепція незгідних думок. Для кращого розуміння правової природи цього інституту розглянемо деякі з них. Іспанська дефініція *voto particular* демонструє, що це надзвичайна “особлива” думка, яка застосовується тільки у виключних випадках. Німецький вираз *Minderheitsvotum* дослівно означає “голос меншості”, що проливає світло на те, що у Федеральному Конституційному Суді Німеччини (далі – ФКС) при ухваленні рішень діє “правило простої більшості”. У польській правовій традиції використовується латинська сентенція *votum separatum*, що наділяє члена колегіального органу правом мати “окремий голос”. Італійський *voto di scissura* відсилає до історичного досвіду застосування незгідних думок у певних регіонах італійського півострова з акцентом на конфліктному характері ухвалення рішень у колегіальних судових органах. *Scissura* означає розкол між двома людьми, сильну розбіжність у думках. Зрештою, найбільш цікавим серед іноземних виразів є португальський *voto de*

¹² Ігор Сліденко, *Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксеологічних, синергетичних аспектів* (Істина 2010) 402–14.

vendicato, що означає “голос невдахи”. Інакомислячий – невдаха у тому сенсі, що він не зміг переконати своїх колег у якості своєї позиції¹³.

У країнах Європи, на відміну від США, право судді на окрему думку у межах конституційного контролю визначається у нормативно-правових актах: спеціальних законах і регламентах, які забезпечують організаційний процес роботи. В англійських версіях законодавства переважної більшості країн для цього використовується термін “*dissenting opinion*” (“незгідна думка”) як прояв незгоди з думкою більшості, а звичний для нас – “окрема думка” (англ. “*separate opinion*”) є широкоживаним у науковій літературі¹⁴. Цей термін застосовується у вузькому й широкому розуміннях. У вузькому – це право члена органу конституційного контролю не погодитися з рішенням у цілому, а у широкому – право висловитись у випадку, коли суддя голосував “за”, але має певні зауваження, таку незгідну думку у доктрині ще прийнято називати “*concurring opinion*” (“згідна думка”). Однак такий поділ є умовним, законодавством це не передбачається. Сама згідна думка згадується тільки у законах про конституційні суди Угорщини (ст. 66)¹⁵ та Румунії (ст. 59)¹⁶ як форма викладу думок, але не застосовується суддями як процесуальна¹⁷. На нашу думку, передусім це пов’язано з тим, що результат голосування в європейських органах конституційного контролю не є публічним, а судді у своїй діяльності зобов’язані керуватись принципом таємності голосування, що є однією з гарантій їхньої незалежності.

Розглянемо особливості функціонування окремої думки члена органу конституційного контролю у межах європейського регіону. Родоначалницею запровадження окремої думки у конституційних судах Європи стала Німеччина. Цей процес був досить тривалим. ФКС був створений у 1949 р., вперше окрема думка була висловлена у 1952 р., а на законо-

¹³ Kelemen (n 8) Ch. I 2.

¹⁴ Під час дослідження нами було проаналізовано спеціальні закони, якими регулюється робота органів конституційного контролю та регламенти (англійською мовою) 27 країн ЄС. Виняток становлять тільки Литва, Румунія та Словенія, де в англійських редакціях законів про конституційні суди значиться термін *separate opinion*.

¹⁵ Act CLI of 2011 on the Constitutional Court, Article 66 <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/96692/119425/F-1035770641/HUN96692%20Eng.pdf>> (accessed: 10.08.2021).

¹⁶ Law No. 47 of 1992 On the Organisation and Operation of the Constitutional Court <<https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/11/LAW-No47.pdf>> (accessed: 10.08.2021).

¹⁷ Наприклад, думка судді Конституційного Суду Румунії, де він заявляє свою незгоду з рішенням, має назву “Окрема думка” (рум. “*Opinie separată*”). Нині це єдина процесуальна форма, передбачена для окремої думки. DECIZIA No 51 din 16 februarie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.142 alin.(1) din Codul de procedură penală <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/07/Decizie_51_2016.pdf> (accessed: 10.08.2021).

Думка судді Конституційного Суду Угорщини, де вона погоджується з рішенням, але наводить додаткову мотивацію, має назву “Особлива думка доктора Бели Покол, конституційного судді” (венг. *Dr. Pokol Béla alkotmánybíró különvéleménye*). Ця процесуальна форма окремої думки судді є єдиною, як для того, щоб висловити згоду, так і щоб висловити незгоду. У заголовку зазначаються дані судді та вчений ступінь, якщо такий наявний. Az Alkotmánybíróság 21/2018. (XI. 14.) Ab Határozata <[http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/54207a7638d1096ac12582640059f016/\\$FILE/21_2018%20AB%20hat%C3%A1rozat.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/54207a7638d1096ac12582640059f016/$FILE/21_2018%20AB%20hat%C3%A1rozat.pdf)> (accessed: 10.08.2021).

давчому рівні це питання було вирішене лише в 1970 р.¹⁸. Як бачимо, німецькій державі знадобився 21 рік, щоб зважитись на цей крок. Питання порушувалося двічі під час розроблення законів, що стосувалися процесуальних норм, які регулюють діяльність суддів, проте потрібних для ухвалення цієї норми голосів у Бундестазі не вистачало. До того ж проти виступали як Голова ФКС, так і Голова Федерального адміністративного суду. Заборона публікації окремих думок суддів аргументувалася підтримкою довіри до інституції, порушенням принципу точності і зрозумілості рішення (адже той, хто звернувся до суду, прагне отримати єдину прийнятну відповідь), а також несумісністю цього інституту з німецькою судовою традицією¹⁹. Зрештою, суддям все-таки було дозволено висловлювати свою незгоду.

Однак порівняно зі своїми американськими колегами судді ФКС досить рідко вдаються до такої практики²⁰. У ФКС існує культура консенсусу, за якої судді заявляють про свої окремі думки наприкінці обговорення лише у тому випадку, якщо вони не можуть досягти згоди щодо рішення²¹. Німецькі вчені з певною зневагою ставляться до чисельної багатоманітності думок в американській практиці, яка, на їхню думку, важко узгоджується із правовою визначеністю як одним із елементів верховенства права²². Стаття 55 Регламенту ФКС дещо “згладжує” кути такої неузгодженості. Відповідно до цієї статті тільки згідні думки додаються до рішення із зазначенням імені того, хто їх написав. Незгідні думки знеособлюються і не публікуються разом із рішенням. Суддя має право подати таку думку протягом трьох тижнів Голові Сенату. Така незгідна думка знеособлено публікується у збірці рішень ФКС²³. Як ми бачимо, у Німеччині достатньою гарантією для суддів є сам факт передбаченого законом права на окрему думку. Потреба публічності як така відсутня. Таким чином, роблячи вибір між правовою визначеністю та власними амбіціями суддів, було обрано перше, оскільки ціль будь-якого судового рішення – це чітке вирішення правової проблеми, а не відображення процесу голосування.

Згодом, після повалення соціалізму, у 90-ті роки минулого століття, “Кельзенівська модель” конституційного суду стала основою²⁴ для всіх постсоціалістичних країн, а досвід ФКС більшою чи меншою мірою був

¹⁸ Kelemen (n 2) 1348.

¹⁹ Directorate general for internal policies Policy department C: citizens' rights and constitutional affairs *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States* (2012) 22 <<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>> (accessed: 11.08.2021).

²⁰ Ibid.

²¹ Kelemen (n 8) Ch. IV 12

²² Ibid

²³ Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2014. BGBl. 2015 I S. 286. § 55 <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfggo_2015/BVerfGGO_2015.pdf> (accessed: 16.08.2021).

²⁴ Певним винятком є тільки Болгарія, Естонія і Румунія, які імплементували цей інститут із низкою нових функцій та елементів.

запозичений майже у кожною з них, включаючи практику написання окремих думок. У цей період органи конституційного контролю були створені у низці таких європейських країн, як Польща (1997 р.), Чехія (1993 р.), Словаччина (1993 р.), Угорщина (1990 р.), Румунія (1992 р.), Болгарія (1991 р.), Литва (1992 р.), Латвія (1997 р.), Естонія (1993 р.). Цей час ще називають “третьою хвилею демократизації Європи”, а конституційні суди, які тоді були створені, – “третім поколінням конституційних судів”, або “конституційними судами нового покоління”²⁵. Всі вони були створені в один час, що було зумовлено прагненням подолати наслідки тоталітарних й авторитарних режимів²⁶.

У деяких із цих країн інститут окремої думки був запроваджений не одразу. Так, у Румунії він з’явився лише у 2008 р., а у Литві – у 2004 р. Ще у низці країн існують певні обмеження щодо функціонування цього інституту.

Наприклад, у Болгарії заборонено оприлюднювати окремі думки під час таємного голосування (ч. 1 ст. 32)²⁷. Сама процедура таємного голосування застосовується щодо: 1) позбавлення недоторканності судді конституційного суду; 2) встановлення його фактичної нездатності виконувати свої обов’язки; 3) імпічменту Національними зборами Президента або віцепрезидента (ст. 148⁹)²⁸.

Крім того, у ч. 3 ст. 136 Конституції Словаччини передбачається, що Конституційний Суд дає згоду на кримінальне переслідування або попереднє ув’язнення судді Конституційного Суду та Генерального прокурора. Конституційний Суд порушує дисциплінарне провадження щодо Голови Конституційного Суду, Заступника Голови та Генерального прокурора (ст. 136)²⁹. Для цієї процедури передбачене таємне голосування і у межах нього публікація окремих думок заборонена (ст. 32)³⁰.

Така варіативність функціонування цього інституту у постсоціалістичних країнах, на нашу думку, пояснюється тим, що у момент, коли постає вибір між окремою думкою – як гарантією незалежності суддів і окремою думкою – як загрозою, що підриває легітимність органу, держави у свій час робили вибір на користь останнього.

²⁵ “Constitutional justice – some comparative remarks (Report by Mr László Sólyom’ in *Conference on “Constitutional Justice and the Rule of Law” Venice Commission* (Vilnius 4–5 September 2003) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2003\)030-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2003)030-e)> (accessed: 16.08.2021).

²⁶ Борис Стрешин (ред), *Конституционное (государственное) право зарубежных стран* (3-е изд, БЕК 2000) 70.

²⁷ Rules on the organization of the activities of the Constitutional Court <<https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6197>> (accessed: 16.08.2021).

²⁸ Constitution of the Republic of Bulgaria <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/bg/bg033en.pdf>> (accessed: 16.08.2021).

²⁹ Constitution of the Slovak Republic <<https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>> (accessed: 16.08.2021).

³⁰ Act No. 38/1993 on the Organizational Structure of the Constitutional Court of the Slovak Republic and on the Proceedings brought to the Court and on the Position of Its Judges <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b5074.html>> (accessed: 16.08.2021).

Варто відзначити той факт, що суддям конституційних судів Австрії, Бельгії, Франції, Італії, Люксембургу та Мальти заборонено мати право на окрему думку. Це пов'язано з тим, що суди здійснюють конституційне правосуддя згідно з процедурою *per curiam*, за якою рішення має ухвалюватись “єдиним голосом суду” без можливості права на згідну чи незгідну думку³¹.

Деякі науковці припускають, що заборона окремих думок у певних країнах континентального права продиктована традицією. Так, у Франції процес становлення конституційного контролю досліджується, починаючи з часів становлення, власне, французької держави, періоду правління Філіпа V Довгого та Філіпа Валуа, тобто 1316–1328 рр.³² У ті часи судові органи представляли позицію короля, який був уособленням справедливості, а відтак могли ухвалювати рішення тільки одногосно³³.

Заборону на висловлення окремих думок у Конституційному Суді Італії часто пов'язують із принципом таємниці обговорення та колегіальності, які мають дотримуватись під час здійснення конституційного судочинства. Науковці ж, зі свого боку, пояснюють її необхідністю пошуку балансу між політикою і законом. На їхню думку, принцип колегіальності – це спосіб захисту Суду від тиску та втручання політиків, що дає суддям можливість вільно висловлювати свою думку без необхідності обґрунтовувати свою позицію поза Судом. За час існування Суду ці аргументи неодноразово піддавалися критиці, а судді намагалися сприяти запровадженню інституту окремої думки, але всі ці спроби були безуспішні через відсутність консенсусу³⁴. Це видається досить очевидним з огляду на ті політичні процеси, які відбувалися в Італії у період із 1990 по 2000 рр. Г. Загребельськи, суддя (1995–2004 рр.) і голова (2004 р.) Конституційного Суду Італії відзначав, що запровадження окремих думок піддавало б Суд тиску громадськості та стало б можливістю, яка слугувала б для задоволення особистих сподівань його членів³⁵.

Подібно до практики ФКС, але у більш жорсткішій формі існує повна заборона окремих думок у Конституційному Суді Австрії. У рішенні Суду не зазначається результат голосування та окремі думки членів Палати, які голосували проти рішення³⁶. Що стосується процедури ухвалення рішень, то результати голосування, відповідно до ст. 35 Регламенту суду,

³¹ Thomas B Bennet and others, ‘Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change’ [2018] 103 (4) Cornell Law Review 825-6.

³² Сліденко (н 12) 89.

³³ Bennet (n 31) 826.

³⁴ Tania Groppi, ‘The Italian Constitutional Court: Towards a “Multilevel System” of Constitutional Review?’ (2010) 4 Indian Journal of Constitutional Law 2–3.

³⁵ Alessandra Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo* (Jovene editore 2016) 366–7.

³⁶ The Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, *Tour of Europe Contribution of Austria* § 49 22 <http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/austria/austria_en.pdf> (accessed: 17.08.2021).

записуються у спеціальний протокол, де і передбачена можливість відобразити незгоду судді (§ 35)³⁷. Тексту таких протоколів немає у публічному доступі і він закритий для громадськості. Подібно до своїх німецьких колег судді Конституційного Суду Австрії віддають перевагу принципу правової визначеності й точності судового рішення. Сама собою фіксація факту незгоди виявляється достатньою гарантією для забезпечення їхньої незалежності.

Принцип таємності голосування й обговорень, збереження авторитету судових рішень, захист незалежності суддів від надмірного політичного тиску, забезпечення чіткого й однозначного трактування остаточного рішення, ухваленого органом³⁸, – це аргументи, якими, головним чином, пояснюється повна заборона публікації окремих думок в європейських органах конституційного контролю.

Особливості функціонування окремої думки у міжнародних судових установах, зокрема у Міжнародному суді Організації Об'єднаних Націй та в Європейському суді з прав людини

Міжнародне право ХХ – початку ХХІ ст. допускало вирішення спорів із застосуванням можливостей різноманітних міжнародних судових установ. Всього можна назвати близько 200 міжнародних судових установ (деякі з них квазісудового) характеру, які були створені в цей період. Багато з них функціонують і сьогодні, інші вже припинили існування, є такі, що показали свою неефективність вже під час створення, низка органів судового характеру сьогодні перебувають у стані зародження, інші лише пропонується створити і вже вжито перші практичні кроки для цього. Найбільш популярними у науковій та практичній сферах міжнародного судочинства залишаються Міжнародний Суд Організації Об'єднаних Націй (далі – Суд ООН) (функціонує з 1946 р.) як найбільш авторитетна судова установа універсального рівня, створена для вирішення міждержавних спорів, і Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), який створювався двічі: з 1959 по 1998 рр. діяв по сесійному принципу, не на постійній основі, і з 1998 р. почав функціонувати як постійно діючий Суд регіонального характеру³⁹.

Ще у 1922 р. під час підготовки Регламенту Постійної палати міжнародного правосуддя при Лізі Націй (далі – Суд), яка вважається попередницею Суду ООН порушувалося питання щодо функціонування ін-

³⁷ Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000208>> (accessed: 17.08.2021)

³⁸ Directorate general for internal policies Policy department C: citizens' rights and constitutional affairs (n 19) 7.

³⁹ Володимир Буткевич, 'Еволюція критеріїв реформування Європейського Суду з прав людини (здобутки і втрати)' в *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф.* (Ківалов С ред, Фенікс 2012) 30.

ституту окремих думок під час здійснення Судом своєї консультативної юрисдикції.

Головним аргументом “проти” було те, що існування окремих думок може підірвати моральний авторитет консультативних висновків Суду, оскільки вони не мають обов’язкової сили. Крім того, не мало б сенсу звертатися до Суду за консультативним висновком, якщо офіційний висновок Суду може складатися з декількох різних думок щодо порушеного питання. Утім, Регламент Суду, ухвалений 24 березня 1922 р., дав змогу суддям, які не погоджуються з рішенням, додавати свої окремі думки у справах, що стосувались як спірної, так і консультативної юрисдикції⁴⁰. Згодом, 31 липня 1926 р. Статут і переглянутий Регламент Суду передбачили для суддів гнучкість у виборі форми незгоди у спірній та консультативній юрисдикціях. У статті 71 переглянутого Регламенту зазначалося, що судді, які не погоджуються з рішенням, можуть, якщо вони цього бажають, долучити до висновку Суду або виклад своєї індивідуальної думки, або заяву про свою незгоду⁴¹. Було обговорено також питання, що стосувалося функцій окремих думок, і зазначено, що окремі думки безпосередньо пов’язані з політикою Суду щодо відкритості та публічності. Ця політика зміцнює авторитет Суду і розвиває принцип індивідуальної відповідальності суддів. З цього випливає певний висновок, що з моменту створення Суду роль окремих думок розумілася дещо ширше, ніж просто служити інструментом для відстоювання суддями своєї позиції під час голосування⁴².

За статтею 57 Регламенту Суду ООН передбачено, що до рішення або консультативного висновку будь-який суддя може додати свою окрему думку. В окремій думці суддя, погоджуючись із рішенням Суду ООН, наводить додаткову аргументацію та підстави щодо його ухвалення. У випадку незгоди з рішенням на практиці судді часто додають до рішення незгідну думку (яку К. Савчук та О. Мельничук називають “думкою, що не збігається”), детально аргументуючи свою позицію. Суддя, який бажає зафіксувати свою згоду або незгоду з рішенням або консультативним висновком без зазначення причин, робить це у формі заяви (декларації). Складення такої декларації передбачено п. 2 ст. 95 Регламенту Суду ООН. Декларація відрізняється від окремої думки та тієї, що не збігається з рішенням, більш стислою та лаконічною формою. Закріплення можливості викладення суддею окремої думки слугує інституційною гарантією посилення незалежності суддів. Окремі думки та декларації

⁴⁰ International Court of Justice. Rules of Court (adopted March 24, 1922) <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01.pdf> (accessed: 17.08.2021).

⁴¹ International Court of Justice. Statute and Rules of the Court, First Edition, Series D. № 1, 1926 <https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf> (accessed: 17.08.2021).

⁴² Ellina Logacheva, ‘Separate and dissenting opinions: their role in the practice of the ICJ’ (Master’s Thesis, Riga graduate school of law 2019) 7–8.

підвищують значущість і переконливість рішень Суду ООН і сприяють розвитку науки міжнародного права⁴³.

Положення ст. 9 Статуту Суду ООН передбачає, що весь склад Суду ООН у цілому повинен забезпечити представництво найголовніших форм цивілізації та основних правових систем світу. На практиці цей принцип реалізується у відповідному розподілі місць у Суді ООН за головними географічними регіонами світу⁴⁴. Це дає нам змогу стверджувати, що у Суді ООН представлені судді різних правових сімей. Дозволимо собі припустити, що за таких обставин дійти консенсусу іноді буває досить складно, і рішення ухвалюються завдяки компромісу. У цьому сенсі існування інституту окремої думки видається очевидним і виправданим. Слід також відзначити, що за таких обставин не останнє місце відіграє теза про те, що окрема думка розвиває принцип індивідуальної відповідальності суддів, адже при небажанні шукати консенсус суддя повинен усвідомлювати наслідки і той факт, що здійснення правосуддя це не те місце, де потрібно професійно самостверджуватись.

Що стосується ставлення до окремих думок (які В. Буткевич називає “особливими думками”) суддів ЄСПЛ, то воно завжди було неоднаковим. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)⁴⁵ закріплювала це як право судді у разі, коли рішення Суду у цілому або в окремій частині не виражало його думки. Саме як право судді воно діяло в перші роки діяльності Суду (коли він ще працював на сесійній основі). Під кінець його діяльності воно вже було як неписаний обов’язок, і суддя, який не підтримав спільне рішення, зобов’язаний був у двотижневий строк підготувати свою особливу думку у письмовій формі. З формуванням нового Суду воно вже знову діяло як право, а не як обов’язок судді. Таке нестабільне ставлення до особливої думки було викликано як різним баченням її ролі в судочинстві у різних правових системах, так певними неузгодженостями між статтями Конвенції (ст. 45)⁴⁶.

Статтею 45 Конвенції передбачено, що якщо рішення у справі повністю чи частково не виражає одностайну думку суддів, то кожний суддя має право викласти окрему думку⁴⁷. Окрім цього, у ч. 2 правила 74 Регламенту ЄСПЛ зазначається, що будь-який суддя, який брав участь у розгляді справи Палатою або Великою Палатою, має право додати до рішення будь-яку окрему думку, в якій він погоджується з цим рішенням

⁴³ Константин Савчук, Ольга Мельничук, ‘Міжнародний суд ООН як засіб мирного розв’язання міжнародних спорів у сучасному міжнародному праві’ 2013 (4) Часопис Київського університету права 345.

⁴⁴ Там само 342.

⁴⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1951 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 18.08.2021).

⁴⁶ Буткевич (н 39) 44.

⁴⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 45).

або висловлює свою незгоду, або ж відкриту заяву про незгоду⁴⁸. Частина 3 правила 88 передбачає, що такі думки додаються до мотивованого рішення або консультативного висновку ЄСПЛ⁴⁹.

До того ж на практиці, окрім згідних і незгідних думок суддів ЄСПЛ можна виокремити ще три види: 1) *partly dissenting opinion* (“частково незгідна думка”), коли суддя не погоджується вибірково, зокрема, з однією з частин рішення, за яке проголосувала більшість; 2) *partly concurring opinion* (“частково згідна думка”), коли суддя погоджується, але має певні зауваження, але не до рішення у цілому, а до його конкретної частини; 3) *partly dissenting and partly concurring opinion* (“частково згідна та частково незгідна думка”), коли суддя в одній частині рішення не погоджується, а в іншій погоджується, але має певні зауваження. Вбачається, що виникнення таких видів окремих думок пов’язане з тим, що рішення ЄСПЛ доволі часто складається з декількох частин, в яких розглядається порушення двох і більше статей Конвенції, що потенційно передбачає ситуацію, у якій можна підтримати рішення в одній частині і не погодитися в іншій. Окрім цього, судді ЄСПЛ пишуть *joint opinion* (“спільна окрема думка”), яка є позицією двох і більше суддів. Вона може бути як згідною або незгідною, так і частково згідною або незгідною або ж частково згідною та частково незгідною.

Для розуміння правової природи окремої думки судді ЄСПЛ необхідно взяти до уваги такі чинники:

1) правову природу ЄСПЛ – який є міжнародною судовою установою, що здійснює судочинство на основі міжнародних договорів, передбачених міжнародним публічним правом;

2) спосіб формування ЄСПЛ – до складу якого входять представники кожної із країн – учасниць Ради Європи, нині 47 суддів. Незважаючи на спільну спадщину, що є підвалинами Конвенції, кожна держава, яка підписала Конвенцію, має свої традиції і свою історію, що відбивається на юридичному способі мислення кожного судді. У цьому контексті окремі думки розглядаються як ідеальний засіб констатації таких розбіжностей. Ці думки нагадують також, що правосуддя вершиться людьми, які мають свій життєвий шлях і виходять із різних юридичних концепцій⁵⁰;

3) склад суддів ЄСПЛ – так простежуються дві категорії суддів ЄСПЛ: судді-консерватори і судді-прогресисти. Крім того, Й. Флаус відзначає відмінність між західними суддями і суддями з країн Центральної та Східної Європи⁵¹. Їхні погляди щодо тлумачення Конвенції часто відріз-

⁴⁸ Rules of European Court of Human Rights <https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf> (accessed: 18.08.2021)

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Василь Мармазов, ‘Окремі думки суддів як обмежуючий елемент динамічного тлумачення Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод’ (2003) 9 Науковий вісник Дипломатичної академії України 252.

⁵¹ Там само 252.

няються, а в своїх окремих думках судді стають на захист правової системи своєї країни. Така тенденція є досить суперечливою у сприйнятті, але в будь-якому разі необхідно, щоб кожен суддя був більш “європейським”, аніж “національним”, або, найкраще, щоб він якомога більше вдосконалювався у “європейськості”⁵².

У зв’язку з викладеними аргументами, ми доходимо висновку, що запозичення досвіду міжнародних судових установ, таких як Суд ООН та ЄСПЛ, щодо практики окремих думок суддів не є релевантним для органів конституційного контролю і може застосовуватися лише обмежено. Найголовнішим чином, наша точка зору обґрунтовується тим, що існування інституту окремої думки у цих міжнародних судових установах пояснюється міжнаціональністю її членів. До складу ЄСПЛ входять 47 суддів країн Ради Європи, кожен із яких є представником окремої національної правової системи. У випадку з Судом ООН ситуація ще складніша, адже там презентовано 193 країни світу, які за квотним принципом представляє 15 суддів. Окрім правового регулювання діяльності зазначених міжнародних судових інституцій, слід враховувати той факт, що у складі Суду ООН мають місце представники англосаксонської правової сім’ї – Великої Британії, Канади, США, для яких практика окремих думок є частиною їхньої правової традиції.

Висновки. Таким чином, резюмуючи результати дослідження, ми доходимо таких висновків.

Інститут окремої думки існує з часів зародження юриспруденції: у романо-германській правовій системі він бере свій початок ще у римському праві і позначається базовим латинським терміном *vozum separatum*, надалі, знайшовши своє законодавче закріплення у нормативних актах Іспанії та Італії XV ст.; натомість в англосаксонській правовій сім’ї він представлений процедурою *seriatim*, яка сягає корінням часів Вільгельма Завойовника.

Окрема думка судді у системі загального права є складовою гібридної практики ухвалення судових рішень, за якої рішення приймається більшістю, але при цьому у суддів залишається право на окрему думку. Тоді як в органах конституційного контролю континентальної системи права цей інститут розглядається як гарантія суддівської незалежності й забезпечення професійної гідності.

У Верховному Суді США інститут окремої думки широкоживаний, оскільки він є інструментом судової правотворчості, а видовий поділ окремих думок зумовлений процедурою ухвалення рішень. Заразом

⁵² Flauss J-F, ‘Les juges des pays d’Europe centrale et orientale à la Cour européenne des droits de l’Homme: vues de l’extérieur’ in Pettiti Louis Edmond (ed), *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti* (Bruxelles 1998) 343–71.

досвід запровадження цього інституту у країнах Європи демонструє як обережно і виважено він впроваджувався.

Представники наукової спільноти ЄС з осудом ставляться до поділу окремих думок на види й особливо до публікації незгідних окремих думок, які, на їхню думку, важко узгоджуються з правовою визначеністю як елементом верховенства права. Обираючи між окремою думкою – як загрозою, що підриває легітимність органу й окремою думкою – як гарантією незалежності суддів, держави не вагаючись обирали й обирають перше. До того ж у низці європейських країн окремі думки заборонені, що пояснюється принципом таємності голосування й обговорень, збереженням авторитету судових рішень і захистом незалежності суддів від надмірного політичного тиску.

Виникнення і функціонування інституту окремої думки у міжнародних судових установах, зокрема у Суді ООН та ЄСПЛ, здебільшого зумовлені міжнаціональністю її членів.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kelemen K, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective* (Routledge 2017) (in English).
2. Martino A D, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo* (Jovene editore 2016) (in Italian).
3. Slidenko I, *Fenomenolohiia konstytutsiinoho kontroliu. Geneza, pryroda ipozytsiuvannia v konteksti aksiolohichnykh, epistemolohichnykh, prakseolohichnykh, synerhetychnykh aspektiv* (Istyna 2010) (in Ukrainian).

Edited books

4. Flauss J-F, ‘Les juges des pays d’Europe centrale et orientale à la Cour européenne des droits de l’Homme: vues de l’extérieur’ in Louis Edmond Pettiti (ed), *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti* (Bruxelles 1998) (in France).
5. Strashun B (Red), *Konstitucionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnykh stran* (3-e izd BEK 2000) (in Russian).

Journal articles

6. Austin J M, ‘The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track?’ (2010) 31 *The Northern Illinois University Law Review* 19 (in English).
7. Bennet T B and others, ‘Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change’ [2018] 103 (4) *Cornell Law Review* 817 (in English).
8. Groppi T, ‘The Italian Constitutional Court: Towards a ‘Multilevel System’ of Constitutional Review?’ (2010) 4 *Indian Journal of Constitutional Law* 1 (in English).
9. Henderson M T, ‘From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent’ (2007) 363 *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* (in English).

10. Kelemen K, 'Dissenting Opinions in Constitutional Courts' [2013] 14 (08) German Law Journal 1345 (in English).
11. Marmazov V, 'Okremi dumky suddiv jak obmezhujujuchyj element dynamichnogo tлумachennya Yevropejs'koi Konvencii pro zahyst prav ljudy ny ta osnovnyh svobod' (2003) 9 Naukovyi visnyk Dyplo matychnoi akademii Ukrainy 252 (in Ukrainian).
12. Savchuk K, Melnychuk O, 'Mizhnarodnyi sud OON yak zasib myrnoho rozv'iazannia mizhnarodnykh sporiv u suchasnomu mizhnarodnomu pravi' (2013) 4 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 345 (in Ukrainian).

Conference papers

13. "Constitutional justice – some comparative remarks' (Report by Mr László Sólyom), *Conference on "Constitutional Justice and the Rule of Law" Venice Comission* (Vilnius 4–5 September 2003) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2003\)030-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2003)030-e)> (accessed: 16.08.2021) (in English).
14. Butkevych V, 'Evoljucija kryteriiv reformuvannja Yevropejs'kogo Sudu z prav ljudy ny (zdotutki i vtraty)' v Kivalov S (red), *Pravove zabezpechennia efektyvnoho vykonannia rishen i zastosuvannia praktyky Yevropejs'koho Sudu z prav liudy ny: Mizhnarodna naukovo-praktychna konferenciia* (Feniks 2012) (in Ukrainian).

Thesis

15. Logacheva E, 'Separate and dissenting opinions: their role in the practice of the ICJ' (Student Master's Thesis, Riga graduate school of law 2019) (in English).

Websites

16. 'Supreme Court Procedures' (*U.S. Courts*) <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>> (accessed: 13.08.2021) (in English).

Iryna Levandovska

ON THE DEFINITION OF THE CATEGORY
"SEPARATE OPINION OF A JUDGE"
IN MODERN CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT. Different approaches to understanding the concept of form and content of the right of a judge of the Constitutional Court of Ukraine for separate opinion have been several times the subject of heated discussions, both within the body and abroad. At the same time, neither Law of Ukraine on the Constitutional Court of Ukraine nor Rules of procedure of the Constitutional Court of Ukraine doesn't contain a specific definition of "separate opinion", and in Ukrainian legal doctrine, despite some theoretical research, has not been established conceptual and categorical apparatus of this institute.

The article uses a comparative method to identify the basic principles of the implementation of separate opinions in the constitutional review bodies of the United States of America, the European Union and international judicial bodies.

It is established that in different legal systems term "separate opinion of a judge" within the constitutional proceedings has a different meaning. Thus, in the common law countries it is an instrument of judicial lawmaking. In parallel, the right of a judge to express a dissenting opinion in the countries of continental legal system contains the

meaning of judicial independence, guarantees of professional dignity and adherence to one’s moral duty, which guarantee protection for judge from external pressure. Whereas in international judicial bodies the existence of this institute is mostly explained by the internationality of their members.

It was concluded that the institute of separate opinion is new for the law enforcement practice of independent Ukraine and needs further study and changes taking into account the already achieved methodological level. The main reason for the contradiction of views that arise around this institute at the national level is the disregard in the process of borrowing foreign experience of historical, ontological, axiological, epistemological and praxeological factors of social and state life.

KEYWORDS: votum separatum; seriatim opinion; separate opinion of a member of the constitutional review body; types of separate opinions; constitutional proceedings; modern constitutional law.



Тетяна Острікова

аспірантка кафедри фінансового права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка (Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7059-7565>
ostrikovawork@gmail.com

УДК 351.713:339.543:342.922

ПРАВОВИЙ СТАТУС АВТОРИЗОВАНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ОПЕРАТОРА В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. У статті аналізується правовий статус авторизованого економічного оператора (АЕО) та робиться спроба напрацювати рекомендації, які спрямовані на його вдосконалення. Зазначається, що правовий статус АЕО має збірний, універсальний характер, притаманний статусам різних учасників зовнішньоекономічної діяльності, зокрема, імпортерів, експортерів, перевізника, митного представника, утримувача складу; відображає особливості юридичної особи та її становища у системі митних правовідносин тощо.

Метою статті є здійснення спроби визначення правового статусу АЕО в Україні.

Визначено, що правовий статус АЕО – це сукупність основних прав, обов'язків, законних інтересів, правосуб'єктність, юридична відповідальність і правові засади функціонування підприємства-резидента, що виконує будь-яку роль у міжнародному ланцюзі постачання товарів (виробник, експортер, імпортер, митний представник, перевізник, експедитор, утримувач складу), отримало авторизацію відповідно до вимог митного законодавства та набуло статус АЕО. Елементи правового статусу умовно поділяються на цільовий, компетенційний та організаційно-структурний блоки. Основним елементом правового статусу АЕО, що виділяє його з родової групи юридичних осіб у межах митних правовідносинах, є право на застосування спеціальних спрощень.

Ключові слова: авторизований економічний оператор; правовий статус; права й обов'язки; юридична відповідальність; спрощення і переваги.

Україна, проголосивши курс на євроінтеграцію та ратифікувавши Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони¹, взяла на себе зобов'язання із наближення свого митного законодавства до низки регламентів Європейського Парламенту та Ради ЄС, а також міжнародних конвенцій, зо-

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text> (дата звернення: 13.09.2021).

крема з метою спрощення митних процедур для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, спрощення руху товарів між Україною та ЄС, суттєвого спрощення митних формальностей для підприємств із високим ступенем довіри (запровадження у Митному кодексі України (далі – МК України)² нового інституту митного права – авторизованого економічного оператора (далі – АЕО)), статус якого надається митними органами згідно з МК України, а рішення про надання статусу якого та про анулювання авторизації приймається центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну митну політику. Визнання ж митними адміністраціями іноземних держав авторизації АЕО, отриманої підприємствами-резидентами, здійснюється відповідно до міжнародних договорів України³. В умовах глобалізації торговельних зв'язків найбільш важливою формою реалізації партнерських взаємовідносин між митними органами та підприємствами – суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є отримання останніми, за умови відповідності визначеним законом критеріям, статусу АЕО. Нагадаємо, правовою основою для запровадження інституту АЕО стали Конвенція про спрощення формальностей у торгівлі товарами⁴, Конвенція про процедуру спільного транзиту⁵ зі змінами тощо, у результаті чого була ухвалена низка міжнародних документів, положення яких зумовили ухвалення нового Митного Кодексу ЄС⁶, який багато в чому і став основою (прообразом) для запровадження нового інституту АЕО в Україні. З огляду на доктринальну й законодавчу новизну інституту АЕО та переважну відсутність досвіду його практичної реалізації виникає потреба аналізу правового статусу останнього та визначення його місця в системі митного права України. Це дасть змогу розкрити зміст, максимально точно визначити характер і межі правових можливостей АЕО як суб'єкта митно-правових відносин.

Слід відзначити, що актуальність і новизна означеної проблематики підносять дослідження правового статусу інституту АЕО на якісно новий рівень. Нині з'являється все більше наукових праць, що досліджують окремі правові питання, пов'язані з впровадженням і функціонуванням АЕО у вітчизняній митній сфері. Дослідженню окремих аспектів спрощення митних процедур присвячено праці: В. Авер'янова, С. Алексеєва, Ю. Битяка, І. Бережнюка, В. Гаращука, Є. Гармаша, І. Голосниченка,

² Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>> (дата звернення: 16.09.2021).

³ 'Митні питання та сприяння торгівлі' (*Євроінтеграційний портал Україна-Європа*) <<https://eu-ua.kmu.gov.ua/yevrointehratsiia/mytni-pytannia-ta-spryannia-torhivli>> (дата звернення: 16.09.2021).

⁴ Конвенція про спрощення формальностей у торгівлі товарами від 22 травня 1987 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987_012#Text> (дата звернення: 16.09.2021).

⁵ Конвенція про процедуру спільного транзиту від 13 серпня 1987 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001-87#Text> (дата звернення: 16.09.2021).

⁶ Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 952/2013 від 9 жовтня 2013 р. про встановлення Митного кодексу Союзу <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/984_009-13#Text> (дата звернення: 16.09.2021).

М. Губи, Є. Додіна, Н. Дукової, С. Ківалова, Т. Коломоєць, В. Колпакова, В. Копейчикова, Б. Кормича, Н. Крестовської, Т. Латковської, А. Мазура, А. Малько, І. Міщенко, Д. Некрасова, П. Пашка О. Скакун, С. Терещенка, В. Тимощука, І. Федотової та ін. Водночас слід звернути увагу на відсутність проведення комплексного дослідження правового статусу АЕО. Вважаємо, що проблематика правового статусу в правовій науці є однією із центральних. Правовий статус дійсно можливо назвати “відправною точкою”, “фундаментом” законодавчо-сконструйованої моделі АЕО в Україні. Переконані, чітке розуміння функцій, прав, обов’язків, повноважень і взаємодії АЕО з іншими учасниками митних правовідносин дасть змогу уникнути інформаційного та доктринального протиріччя ідей, що натепер утворилося навколо досліджуваного інституту. Окрім того, допоможе краще зрозуміти відповідність національного законодавства міжнародним стандартам у царині митного регулювання, що, безперечно, є важливим кроком у процесі вдосконалення не лише інституту АЕО, а й митного адміністрування та розвитку теорії митного права загалом.

Метою дослідження є здійснення спроби визначення правового статусу АЕО в Україні.

Актуальність підсилюється фактом відсутності сформованості в доктрині уніфікованого тлумачення категорії “правовий статус авторизованого економічного оператора” та відсутністю комплексного аналізу норм права, що визначають умови надання (отримання), припинення та скасування статусу АЕО з урахуванням правозастосовної практики тощо.

Інститут АЕО нині є відносно новим елементом складного механізму державного управління, запровадження якого передбачає надання суттєвих спрощень митних формальностей для підприємств із так званим “високим ступенем довіри”; створення передумов для подальшого надання митними органами України та країн ЄС статусу АЕО та участь українських АЕО у формуванні так званих “безпечних ланцюгів” постачання товарів відповідно до вимог Рамкових стандартів Всесвітньої митної організації; підвищення конкурентоспроможності українських підприємств на зовнішньому та внутрішньому ринках тощо.

У теорії права категорія “правовий статус” вживалася вченими-правниками переважно щодо прав і свобод людини, однак згодом відбулася трансформація у бік розширення його значення, а отже, його почали вживати стосовно юридичних осіб приватного та публічного права. Нині під цією категорією в доктрині визначають систему соціально допустимих нормативно закріплених і гарантованих авторитетом держави можливостей особистості як суб’єкта певних правовідносин. До визначення вказаної категорії слід також включати права, свободи, обов’язки та від-

повідальність особи, його правосуб'єктність⁷. Отже, можна стверджувати, що складова “статус”

визначає становище, положення відповідного суб'єкта у соціальній системі, що виражається, здебільшого у правах та обов'язках; а елемент “правовий” говорить нам про те, що ці права та обов'язки містяться у відповідних нормативних актах, тобто отримали закріплення у нормах права⁸.

Відтак правовий статус слугує правовою конструкцією, що формується безпосередньо з метою моделювання правових можливостей та правових зв'язків абстрактного суб'єкта права⁹, у нашому випадку авторизованого економічного оператора.

Положення загальної теорії права передбачають виокремлення в структурі правового статусу таких елементів: права, обов'язки, законні інтереси, правосуб'єктність, юридична відповідальність та правові засади¹⁰. На думку В. Венедиктова та М. Іншина, у структуру цього поняття входять такі елементи: основні права й обов'язки, законні інтереси, правосуб'єктність, громадянство, юридична відповідальність, правові принципи, правові норми, що встановлюють цей статус, правовідносини загального (статусного) виду¹¹.

З огляду на поставлену мету, відзначимо, що поняття “вдосконалення” у широкому сенсі означає “зміну у чому-небудь у бік поліпшення; результат такої зміни”¹², тобто можна припустити, що це зміни, спрямовані на покращення стану суб'єкта, надання йому нових якостей, що необхідні для забезпечення відповідності динамічним зовнішнім умовам відповідно до мети його діяльності. На нашу думку, вдосконалення правового статусу АЕО слід розглядати як процес, у межах якого елементам правового статусу АЕО надається оновлене змістове та якісне наповнення. У цьому контексті правозастосовна практика, правові норми, що регулюють правовідносини за участю АЕО, вважаються тим правовим інструментом, а також орієнтиром, на основі якого елементи адміністративного статусу АЕО можуть бути піддані аналізу.

Слід зауважити, що категорія “правовий статус АЕО”, по-перше, має збірний, універсальний характер, якби вбираючи правові статуси учас-

⁷ О Скакун, *Теорія права і держави: підручник* (4-ге вид, Алерта 2017) 528.

⁸ О Безпалова, Д Горбач, ‘Поняття та структура адміністративно-правового статусу Національної гвардії України’ (2017) 5 Форум права 31–8. DOI:10.5281/zenodo.1188950.

⁹ Н Якимчук, ‘Поняття правовий статус, правове положення, правовий модус та правовий режим: теоретико-правовий аналіз’ (2013) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 11–8.

¹⁰ І Федотова, ‘Теоретичні аспекти визначення змісту та елементів правового статусу суб'єктів митних правовідносин’ (2012) 1 Вісник Академії митної служби України. Сер.: Право 7–12.

¹¹ В Венедиктов, М Іншин, *Статус працівників органів внутрішніх справ України як державних службовців: науково-практичний посібник* (Вид-во Нац ун-ту внутр справ 2003) 221.

¹² ‘Удосконалення’ (СЛОВНИК.ua. Портал української мови та культури) <<https://slovyk.ua/index.php?swrd=удосконалення>> (дата звернення: 16.09.2021).

ників зовнішньоекономічної діяльності, імпортерів, експортерів, перевізника, митного представника, утримувача складу. По-друге, вона (категорія) відображає особливості юридичної особи та її становища у системі митних правовідносин. По-третє, права АЕО не можуть бути реалізовані без інших його компонентів: юридичних прав та обов'язків, юридичної відповідальності, правових гарантій, без правосуб'єктності (правоздатності та дієздатності) юридичної особи тощо. При цьому категорія правового статусу дає змогу здійснити розгляд прав та обов'язків АЕО в цілісному, системному вигляді.

Керуючись загальною теорією права, правовий статус АЕО можна позначити, як загальний (статус підприємства в значенні, вжитому в МК України – юридичної особи, а також громадянина – підприємця), галузевий (у межах митного права) та спеціальний (обумовлений безпосередньо концепцією авторизованого економічного оператора)¹³. Слід також додати, що окремий рівень правового статусу характеризується відповідною низкою прав, обов'язків, обмежень, гарантій і відповідальності.

Правовий статус АЕО є частиною загального правового статусу підприємства, яке, однак, після отримання авторизації АЕО має право застосовувати спеціальні спрощення та користуватися перевагами в порядку й на умовах, визначених МК України, а обсяг таких прав залежить від типу авторизації – про надання права на застосування спеціальних спрощень (АЕО-С); про підтвердження безпеки та надійності (АЕО-Б).

При цьому АЕО, будучи юридичною особою, користується усім спектром загальних прав та обов'язків, передбачених національним законодавством (здатність бути суб'єктом речових прав, вчиняти правочини, займатись підприємницькою діяльністю, захищати свої порушені цивільні права й інтереси, здатність мати особисті немайнові права й обов'язки тощо), набуваючи, окрім загальних прав і обов'язків, додаткові (спеціальні) права й обов'язки в митних правовідносинах. Так, п. 1 ч. 1 ст. 4 МК України визначає категорію АЕО як 'підприємство, якому митними органами надано авторизацію АЕО згідно з цим Кодексом'¹⁴, а підприємство, зі свого боку, відповідно до п. 38 ч. 1 ст. 4 МК України визначається як 'будь-яка юридична особа, а також громадянин-підприємець'. При цьому п. 6² розділу XXI "Прикінцеві та перехідні положення" МК України визначено, що

протягом першого – третього років з дня набрання чинності Законом України "Про внесення змін до Митного кодексу України щодо деяких питань функціонування авторизованих економічних операторів":

¹³ Т Білоус-Осінь, 'Концепція уповноваженого економічного оператора в митному законодавстві' (дис канд юрид наук, 2015) 192.

¹⁴ Митний кодекс України (н 2).

а) центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, приймає до розгляду заяви про надання авторизації АЕО-С виключно від підприємств, що є одночасно виробниками та експортерами (імпортерами) у значенні, наведеному у частині першій статті 12 цього Кодексу¹⁵.

Частина 2 ст. 12 МК України встановлює значення, зокрема, таких термінів:

виробник – підприємство, яке безпосередньо виготовляє товари, призначені для експорту;
експортер (імпортер) – підприємство, яке на підставі укладених ним безпосередньо або через посередника (комісіонера, агента, консигнатора тощо) зовнішньоекономічних договорів (контрактів) здійснює експорт (імпорт) товарів з переміщенням їх через митний кордон України, незалежно від митного режиму, в який поміщуються такі товари¹⁶.

Отже, нині законодавець обмежив можливість підприємств, що виконують інші ролі, ніж виробник та експортер (імпортер) одночасно, в міжнародному ланцюгу постачання товарів на прийняття Державною митною службою України до розгляду їх заяви про надання авторизації АЕО-С.

Зауважимо, спеціальний правовий статус АЕО наповнюють не всі права й обов'язки юридичної особи, а лише ті, які пов'язані з митним правом, із тими правовідносинами, які пов'язані з отриманням виключного права на застосування спеціальних спрощень і переваг при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності. Загальний статус юридичної особи у межах митних правовідносин закріплено в нормах МК України, він є однаковим для всіх юридичних осіб, що відповідають умовам його надання. Спеціальний статус фіксує особливості становища окремих АЕО (імпортерів, експортерів, митних представників, перевізників, експедиторів, утримувачів складу) та забезпечує можливість здійснення ними своєї діяльності. Водночас правовий статус АЕО можна розглядати як родовий, тобто такий, що відображає специфіку правового становища окремих категорій юридичних осіб, які володіють встановленими митним законодавством правами та обов'язками. На нашу думку, критерієм для віднесення АЕО до родової групи є вид діяльності, а також статус декларанта. Наприклад, експорт (імпорт) товарів, надання послуг у сфері перевезень¹⁷.

¹⁵ Митний кодекс України (н 2).

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

Отже, правовий статус АЕО – це юридично закріплене правове становище економічного оператора, що характеризується комплексом (системою) юридичних прав і обов'язків у зв'язку із застосуванням митних переваг (спеціальних спрощень), а також відносин із відповідальності. Зміст правового статусу АЕО включає в себе сукупність елементів, які становлять його структуру і надають змогу говорити про цілісний характер. Структуру правового статусу АЕО можна умовно поділити на такі елементи:

- цільовий блок: мета діяльності, завдання, функції діяльності авторизованого економічного оператора;
- компетенційний блок: права та обов'язки АЕО, спеціальні спрощення як виключне право на здійснення митних операцій, юридична правоздатність, дієздатність, сфера діяльності АЕО;
- організаційно-структурний блок: порядок включення до реєстру АЕО, порядок призупинення статусу АЕО, порядок виключення з реєстру АЕО, дозволи та інші способи легалізації діяльності АЕО, адміністративна відповідальність АЕО, гарантії діяльності, обмеження (заборони) діяльності, порядок взаємодії з митними органами, взаємне визнання правового статусу АЕО митними адміністраціями різних країн, повноваження органів державної влади щодо АЕО¹⁸.

Особливістю правового статусу АЕО є залежність правового становища АЕО від одного з основних елементів його статусу – права цього оператора на застосування спеціальних спрощень і користування перевагами (так званими митними преференціями). Основним елементом правового статусу АЕО, що виділяє його з родової групи юридичних осіб, є права й обов'язки щодо застосування спеціальних спрощень і користування перевагами. Окремо слід згадати права й обов'язки, пов'язані з отриманням статусу АЕО, як момент виникнення прав на застосування спрощень і переваг, тобто підставу набуття АЕО спеціального правового статусу у митних правовідносинах. При аналізі правового статусу АЕО важко залишити поза увагою такий елемент його статусу, як отримання ним авторизації, що кореспондент з наданням останньої митними органами. “Авторизація” – це процес перевірки прав користувача або іншого суб'єкта на здійснення певних дій у відповідній сфері. Термін часто вживається в комп'ютерних технологіях, наприклад, у контексті необхідності введення користувачем логіна та паролю, внаслідок чого відбувається перевірка його відповідності для авторизації на певному сайті в мережі Інтернет. Застосовуючи термін “авторизація” до митних правовідносин, можна дійти висновку, що підприємство, яке відповідає визначеним за-

¹⁸ Д. Некрасов, *Совершенствование административно-правового статуса уполномоченного экономического оператора в условиях Евразийского экономического союза* (Изд-во Российской таможенной академии 2015) 230.

коном критеріям, може подати до митних органів документи для початку процедури оцінки його відповідності таким критеріям, митні ж органи здійснюють таку оцінку та у разі її успішності надають авторизацію, яка, зі свого боку, означає виникнення у підприємства низки прав та обов'язків, зокрема права на застосування спеціальних спрощень і користування перевагами.

Аналіз чинного законодавства дає змогу стверджувати, що до основних прав АЕО можна віднести такі: фінансового характеру (право АЕО, якому надано дозвіл на застосування спеціального спрощення “загальна фінансова гарантія”, на використання загальної фінансової гарантії, право на нестягнення плати за виконання митними органами митних формальностей поза місцем розташування митних органів у межах спеціальних спрощень, наданих підприємству, яке отримало авторизацію АЕО-С); технічного характеру (самостійне накладення пломб спеціального типу, випуск за місцезнаходженням, зниження автоматизованою системою митного оформлення ступеня ризику для визначення переліку митних формальностей під час здійснення митного оформлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення); процедурного характеру (спрощене декларування, першочерговий порядок виконання митних формальностей, використання спеціально-визначеної смуги руху в пункті пропуску через державний кордон України); національного характеру (використання національного логотипу АЕО, визнання авторизації АЕО на всій території України); міжнародного характеру (право на визнання митними адміністраціями іноземних держав авторизації АЕО, отриманої підприємствами-резидентами, відповідно до міжнародних договорів України); інформаційного характеру (отримання повідомлення митного органу про те, що відповідні товари і транспортні засоби комерційного призначення на основі результатів аналізу ризиків за загальною декларацією прибуття обрано для проведення митного огляду в пункті пропуску); інші права (право на надання авторизації АЕО безоплатно та на її безстрокову дію, право на видачу сертифіката АЕО, право на анулювання авторизації за заявою підприємства тощо).

Обов'язки АЕО також можна розподілити на: загальні, що покладаються на будь-яку юридичну особу (необхідність дотримання митного та податкового законодавства, утримання від вчинення протиправних дій), спеціальні, що варіюються відповідно виду діяльності юридичної особи (дотримання критеріїв відповідності АЕО, що полягають у: відповідності основним принципам бухгалтерського обліку та фінансової звітності в Україні, забезпечення фіксування у хронологічному порядку всіх господарських операцій, забезпечення можливості виокремлення відомостей про товари з різним митним статусом, забезпечення фізичного та/або із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних технологій

доступу посадових осіб митних органів до первинних облікових документів і реєстрів бухгалтерського та складського обліку, запровадження процедури для забезпечення належного зберігання, попередження втрати та захисту облікових записів, документів та інформації щодо його господарської діяльності¹⁹ тощо).

Однак, на нашу думку, недостатнім є законодавче закріплення переліку прав, якими користуються АЕО, набагато важливішим є забезпечення їхньої реалізації, що здійснюється за допомогою широкого масиву процесуальних (процедурних) норм. Норми матеріального права ризикують отримати суто декларативний характер без закріплення механізмів їх процесуальної реалізації. Так, наприклад, національний логотип АЕО досі не розроблений, а користування такою перевагою, як використання спеціально визначеної (за наявності) смуги руху в пункті пропуску через державний кордон України для переміщення автомобільних транспортних засобів комерційного призначення на практиці не можливе, через відсутність таких смуг руху. Лише у вересні 2021 р. відбулося практичне забезпечення реалізації деяких (процедурних і технічних) прав АЕО, зокрема в практичному застосуванні було реалізовано норми, згідно з якими ухвалення митних декларацій щодо товарів АЕО здійснюється у першочерговому порядку, а також щодо врахування статусу АЕО в роботі автоматизованої системи митного оформлення, зокрема при оцінці ризиків, загалом, забезпечуючи ухвалення митних декларацій АЕО протягом кількох секунд і знижуючи імовірність генерації форм митного контролю для їх вантажів.

Не менш важливим фактором є необхідність застосування регулятивної функції органів державної влади у митній сфері. У цьому випадку на перший план виходить Державна митна служба, на яку покладаються регулятивні та контрольно-наглядові функції, що забезпечують дотримання прав та обов'язків АЕО. Тому можна стверджувати, що сам порядок реалізації прав та обов'язків АЕО, хоча і не охоплюється дослідженням його правового статусу, однак є надзвичайно важливим для забезпечення належного функціонування цього інституту митного права в Україні.

Висновки. Встановлено, що правовий статус АЕО – це сукупність основних прав, обов'язків, законних інтересів, правосуб'єктність, юридична відповідальність та правові засади функціонування підприємства-резидента, що виконує будь-яку роль у міжнародному ланцюзі постачання товарів (виробник, експортер, імпортер, митний представник, перевізник, експедитор, утримувач складу) й отримало авторизацію відповідно до вимог митного законодавства та набуло статус авторизованого економічного оператора. Категорія “правовий статус АЕО” має збірний, універсальний характер, тобто поглинає правові статуси учасників

¹⁹ Некрасов (н 18).

зовнішньоекономічної діяльності; відображає особливості юридичної особи та її становища у системі митних правовідносин; права АЕО не можуть бути реалізовані без інших його компонентів: кореспондуючих обов'язків органів державної влади, юридичної відповідальності, правових гарантій, без правосуб'єктності (правоздатності та дієздатності) юридичної особи тощо. Елементи правового статусу можна умовно розподілити на цільовий, компетенційний та організаційно-структурний блоки. Основним елементом правового статусу АЕО, що виділяє його з родової групи юридичних осіб у межах митних правовідносин, є право на застосування спеціальних спрощень (митних переваг).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Nekrasov D, *Sovershenstvovanie administrativno-pravovogo statusa upolnomochenogo ekonomicheskogo operatora v usloviyakh Evroaziiskogo ekonomicheskogo soyuza* (Yzd-vo Rossyiskoi tamozhennoi akademyy 2015) (in Russian).
2. Skakun O, *Teoria prava i derzhavy* (Alerta-K 2017) (in Ukrainian).
3. Venedyctov V, Inshyn M, *Status pratsivnykiv organiv vnutrishnikh sprav Ukrainy yak derzhavnykh sluzhbovtziv* (Vyd-vo Nats un-tu vnutr sprav 2003) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Bezpalova O, Gorbach D, 'Ponyattia ta struktura administrativno-pravovogo statusu Natsionalnoi gvardii' (2017) 5 Forum Prava 31–8 (in Ukrainian).
5. Fedotova I, 'Teoretychni aspekty vyznachennia zmistu ta elementiv pravovoho statusu sub'ektiv mytnykh pravovidnosyn' (2012) 1 Visnyk Natsionalnoi Akademii procuratury Ukrainy 7–12 (in Ukrainian).
6. Yakymchuk N, 'Ponyattia, pravovyi status, pravove polozhennia, pravovyi modus ta pravovyi rezhym: teoretyko-pravovyi analiz' (2013) 3 Visnyk Natsionalnoi Akademii procuratury Ukrainy 11–8 (in Ukrainian).

Theses

7. Bilous-Osin' T, 'Kontseptsia upovnovazhenogho ekonomichnogho operatora v mytnomu zakonodavstvi' (dys kand yuryd nauk, 2005) (in Ukrainian).

Websites

8. 'Mytni pytannya ta spriannya torghivli' (*Evrointegratsiyni portal Ukraina-Evropa*) (accessed: 16.09.2021) (in Ukrainian).
9. 'Udoskonalennia' (*SLOVNYK.ua. Portal ukrainskoi movy ta kultury*) <<https://slovyk.ua/index.php?swrd=udoskonalennia>> (accessed: 16.09.2021) (in Ukrainian).

LEGAL STATUS OF THE AUTHORIZED ECONOMIC OPERATOR
IN UKRAINE

ABSTRACT. This article provides a theoretical analysis of the legal status of the authorized economic operator and attempts to develop recommendations to improve it. It is noted that the legal status of an authorized economic operator has a collective, universal nature, is inherent in the statuses of various participants in foreign economic activity, in particular, importers, exporters, carriers, customs representatives, warehouse keepers; reflects the features of the legal entity and its position in the system of customs relations, etc.

The article aims to attempt to determine the legal status of an authorized economic operator in Ukraine.

It is determined that the legal status of the AEO is a set of fundamental rights, responsibilities, legitimate interests, legal personality, legal responsibility, and legal basis for the operation of a resident enterprise, which plays a role in the international supply chain (manufacturer, exporter, importer, customs representative, carrier, freight forwarder, warehouse keeper), and received authorization under the requirements of customs legislation and acquired the status of an authorized economic operator. Elements of legal status are conditionally divided into the target, competence, and organizational-structural blocks. The main element of the legal status of an authorized economic operator, which distinguishes it from the generic group of legal entities within the customs relationship, is the right to apply special simplifications.

KEYWORDS: authorized economic operator; legal status; rights and responsibilities; legal liability, simplification, and benefits.



Галина Парусова

аспірантка Державної установи
“Інститут економіко-правових досліджень
імені В. К. Макутова Національної академії наук України”,
приватний нотаріус Київського міського
нотаріального округу
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6044-6480>
hparusova@gmail.com

DOI: 10.33498/Юш-2021-09-193

УДК 346.12

НОРМОТВОРЧА КОЛІЗІЯ У ПИТАННІ ВИКОНАННЯ ПРОДАВЦЕМ ОBOB'ЯЗКУ ЗА ДОГОВОРОМ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ МАЙБУТНЬОГО ОБ'ЄКТА НЕРУХОМОСТІ ЩОДО ПЕРЕДАЧІ У ВЛАСНІСТЬ ПОКУПЦЕВІ ОБ'ЄКТА НЕРУХОМОГО МАЙНА

АНОТАЦІЯ. В умовах стрімкого розвитку сфери будівництва житла на запит суспільства щодо ефективного розміщення фінансових ресурсів і вкладення інвестицій в об'єкти нерухомого майна, виникла необхідність у врегулюванні відносин, що вийшли за межі чинного правового регулювання у зазначеній сфері. З цією метою розроблено Проект Закону про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (Проект), яким пропонується, серед іншого, визначити умови, за яких майбутні об'єкти нерухомості можуть бути об'єктами цивільних прав, закріпити особливості вчинення правочинів із такими об'єктами, а також запровадити механізм державної реєстрації спеціальних майнових прав на майбутні об'єкти нерухомості й автоматичне перетворення таких прав на права власності у момент прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію. Однак Проект містить колізію, зокрема в частині виконання продавцем обов'язку за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості щодо забезпечення передачі у власність покупцеві об'єкта нерухомого майна, не ототожнюючи, при цьому, таку передачу з передачею майна в натурі. Зазначене передбачає набуття продавцем права власності на об'єкт нерухомого майна та передачу такого об'єкта у власність покупцеві. Водночас Проект пропонує запровадити механізм набуття права власності на об'єкт нерухомого майна суб'єктом спеціального майнового права. Враховуючи, що відповідно до Проекту таке право засвідчує можливість його суб'єкта набути право власності на об'єкт нерухомого майна в майбутньому, а також, що за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості спеціальне майнове право, за загальним правилом, переходить від продавця до покупця, саме покупець, а не продавець, набуватиме право власності на об'єкт нерухомого майна у момент прийняття завершеного будівництвом об'єкта в експлуатацію, що, відповідно, унеможливить виконання продавцем свого обов'язку щодо забезпечення передачі покупцеві у власність об'єкта нерухомого майна за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості.

© Галина Парусова, 2021

Метою статті є проведення аналізу суперечливих положень Проекту у частині виконання продавцем обов'язку за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості щодо забезпечення передачі у власність покупцеві об'єкта нерухомого майна, задля висвітлення проблематики у цьому питанні, визначення оптимального механізму набуття права власності на об'єкти нерухомого майна та запобігання неможливості застосування норм Закону про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому, у разі його ухвалення.

У висновках пропонується визначити об'єктом цивільних прав не майбутній об'єкт нерухомості, а спеціальне майнове право на об'єкт нерухомого майна, що належатиме суб'єкту на праві власності. За таких змін обов'язкової державній реєстрації підлягатимуть права власності на спеціальні майнові права, які у момент прийняття закінченого будівництвом об'єкта трансформуватимуться у права власності на об'єкти нерухомого майна.

Ключові слова: спеціальне майнове право; майбутній об'єкт нерухомості; договір купівлі-продажу; прийняття в експлуатацію; набуття права власності; передача у власність; державна реєстрація прав.

8 вересня 2021 р. прийнято за основу Проект Закону про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (далі – Проект)¹. Відповідно до преамбули нормативно-правового акта він спрямований на гарантування державою речових прав на об'єкти незавершеного будівництва та майбутні об'єкти нерухомості і визначатиме особливості, пов'язані з цивільним оборотом об'єктів незавершеного будівництва та майбутніх об'єктів нерухомості, право на виконання будівельних робіт щодо яких отримано з дати набрання чинності Законом (Проектом) (якщо законом не визначено інше).

Проект пропонує запровадити новий механізм набуття права власності на новостворені об'єкти нерухомого майна замовником, девелопером будівництва й особами, кошти яких залучалися для спорудження об'єкта нерухомого майна, через набуття ними спеціальних майнових прав на майбутні об'єкти нерухомості, що, у момент прийняття об'єкта в експлуатацію, трансформуватимуться у права власності на новостворені об'єкти нерухомого майна. Зазначене, безумовно, допоможе запобігти численним зловживанням у сфері фінансування, інвестування будівництва. Водночас Проект містить суперечливі положення, що може призвести до неможливості їх застосування на практиці.

У частині 1 ст. 5 Проекту визначено, що

пряме чи опосередковане залучення (інвестування, фінансування) замовником будівництва/девелопером будівництва коштів від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управлінні, для спорудження об'єкта нерухомого майна з подальшим *набуттям такими особами права влас-*

¹ Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому: Проект Закону від 17 лютого 2021 р. № 5091 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71126> (дата звернення: 16.09.2021).

ності на відповідні об'єкти нерухомого майна, може здійснюватися виключно шляхом укладення договорів купівлі-продажу майбутніх об'єктів нерухомості (курсив наш. – Г. П.), якщо інше не визначено цим Законом².

Зазначене дає змогу зауважити, що при залученні коштів фізичних та юридичних осіб, такі особи набувають майнове право, визначене у Проекті як спеціальне майнове право, що засвідчує можливість набути ними право власності на об'єкти нерухомого майна. *При цьому у положеннях Проекту відстежується, що йдеться не про перехід права власності на об'єкти нерухомого майна від замовника будівництва (девелопера будівництва) до осіб, кошти яких залучалися для будівництва об'єктів нерухомого майна, а про набуття права власності такими особами на новостворені об'єкти нерухомого майна, адже таких об'єктів не існує до моменту прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію, а, відповідно, немає права власності та суб'єкта права власності на них.*

Стаття 9 Проекту передбачає, що з метою відчуження майбутнього об'єкта нерухомості (зокрема і з метою залучення коштів для будівництва об'єкта), за загальним правилом, за замовником будівництва/девелопером будівництва відповідно до розподілу між ними майбутніх об'єктів нерухомості, проводиться державна реєстрація спеціального майнового права на всі майбутні об'єкти нерухомості.

Значення терміна “спеціальне майнове право на об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості” (далі – спеціальне майнове право) наводиться у п. 10 ч. 1 ст. 1 Проекту, де пропонується закріпити його як:

<...> різновид майнового права на об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості, яке 2 полягає в володінні і розпорядженні таким об'єктом за своєю волею, незалежно від волі інших осіб якщо інше не визначено законом, та виникає після отримання права на виконання будівельних робіт, але не раніше державної реєстрації такого права, та припиняється після прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта, але не раніше державної реєстрації права власності на відповідний об'єкт нерухомого майна³.

При цьому відповідно до пункту ч. 1 ст. 1 Проекту

майбутній об'єкт нерухомості – складова частина подільного об'єкта незавершеного будівництва, яка після прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта стане самостійним об'єктом нерухомого май-

² Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (н 1).

³ Там само.

на (квартира, гаражний бокс, інше житлове або нежитлове приміщення, крім допоміжних приміщень, машиномісце, тощо)⁴.

Відповідно до ч. 4 ст. 2 Проекту:

Майбутній об'єкт нерухомості є об'єктом цивільних прав та правочинів за умови якщо спеціальне майнове право на відповідний об'єкт зареєстровано у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно відповідно до Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень", якщо інше не визначено законом⁵.

Згідно зі ст. 9 Проекту з моменту державної реєстрації спеціального майнового права на всі майбутні об'єкти нерухомості, у замовника будівництва/девелопера будівництва, за загальним правилом, виникає право першого відчуження таких об'єктів.

Визначення *договору купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості міститься* у ст. 13 Проекту, де передбачається, що за таким договором, якщо відбувається перший продаж,

- 1) одна сторона (продавець) зобов'язується:
забезпечити будівництво та прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта, складовою частиною якого є відповідний майбутній об'єкт нерухомості (у тому числі шляхом укладання договору щодо організації та фінансування будівництва об'єкта);
забезпечити державну реєстрацію за другою стороною (покупцем) спеціального майнового права на майбутній об'єкт нерухомості;
забезпечити відповідно до закону передачу у власність покупцю та передачу йому в натурі об'єкта нерухомого майна після прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта;
- 2) покупець зобов'язується:
сплатити продавцю певну грошову суму за майбутній об'єкт нерухомості;
прийняти в натурі об'єкт нерухомого майна після прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта⁶.

У зазначеному положенні законотворець розмежує два обов'язки продавця за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості: 1) передачу об'єкта нерухомого майна у власність покупцю; 2) передачу такого об'єкта покупцеві в натурі. З цього приводу в літературі слушно зауважується, що

⁴ Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (н 1).

⁵ Там само

⁶ Там само.

Українське право дотримується каузальної моделі передачі речових прав, яка пов'язує можливість набуття речових прав виключно з дійсністю правової підстави (*causae*) виникнення зобов'язання.

За каузальною моделлю речові та зобов'язальні права виникають у межах єдиного (неподільного) договірної правочину, незважаючи на відмінності процесу виникнення речових і зобов'язальних прав, наявність речового та зобов'язального ефектів договору.

Законодавство України пов'язує виникнення права власності у набувача майна за договором із передачею майна, а не з вчинення окремого (речового) правочину у складі договору <...>⁷.

Порядок виконання обов'язку продавця щодо передачі об'єкта нерухомого майна покупцю в натурі детально пропонується врегулювати у ст. 17 Проекту, де, зокрема, визначено, що зобов'язання щодо забезпечення передачі об'єкта нерухомого майна його власнику в натурі вважаються виконаними з дня передачі об'єкта нерухомого майна його власнику відповідно до цієї статті. Аналіз зазначеного положення діє змогу висновку, що воно визначає порядок фізичної передачі речі. Натомість питання виконання обов'язку продавця забезпечити передачу у власність покупцю об'єкта нерухомого майна Проектом не визначається.

Ба більше, ключовим положенням у Проекті, що розкриває суть механізму набуття права власності на новостворені об'єкти нерухомого майна, є ст. 16, якою пропонується запровадити *автоматичну державну реєстрацію права власності на об'єкт нерухомого майна*, щодо якого у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно зареєстровано спеціальне майнове право на майбутній об'єкт нерухомості, що здійснюється програмними засобами ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно у день отримання відомостей з Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва про прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта у порядку визначеному Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”⁸.

На виконання зазначеного передбачено, зокрема, внесення змін до Закону України “Про регулювання містобудівної діяльності”⁹, доповнивши ст. 39 ч. 13, відповідно до якої визначається:

У разі прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта (відповідної черги будівництва/пускового комплексу), щодо якого або щодо майбутніх об'єктів нерухомості в якому в Державному реєстрі речових

⁷ Речове право: підручник (Майданик Р ред, Алерта 2019) 56.

⁸ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15#Text>> (дата звернення: 16.09.2021).

⁹ Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17 лютого 2011 р. № 3038-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#Text>> (дата звернення: 16.09.2021).

прав на нерухоме майно зареєстровано спеціальне майнове право, у день реєстрації декларації про готовність об'єкта до експлуатації або виготовлення з використанням Реєстру будівельної діяльності сертифікату про прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта програмні засоби електронної системи забезпечують автоматичне направлення до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно інформації про прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта (відповідної черги будівництва/пускового комплексу) для автоматичної державної реєстрації права власності на відповідний об'єкт нерухомого майна¹⁰.

Технічний момент трансформації спеціального майнового права на майбутній об'єкт нерухомості у право власності на об'єкт нерухомого майна розкривають зміни, що передбачені Проектом до Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень"¹¹. Так, серед іншого, пропонується зазначений закон доповнити ст. 27² "Державна реєстрація спеціального майнового права на об'єкти незавершеного будівництва та майбутні об'єкти нерухомості" та ст. 27³ "Державна реєстрація права власності на об'єкт нерухомого майна, щодо якого зареєстровано право власності на неподільний об'єкт незавершеного будівництва чи спеціальне майнове право на об'єкт незавершеного будівництва або майбутній об'єкт нерухомості". У частині 3 ст. 27³ передбачається:

Під час державної реєстрації права власності на об'єкт нерухомого майна, щодо якого зареєстровано спеціальне майнове право на майбутній об'єкт нерухомості, який є складовою частиною відповідного подільного об'єкта незавершеного будівництва, автоматично програмними засобами ведення Державного реєстру прав:

- 1) змінюється тип об'єкту (з майбутнього об'єкта нерухомості на відповідний об'єкт нерухомого майна);*
- 2) змінюється вид речового права (з спеціального майнового права на право власності);*
- 3) коригуються відомості про технічні характеристики об'єкта згідно з відомостями Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва <...>¹².*

Зазначене дає змогу підсумувати, що за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості відбувається перехід від продавця до покупця спеціального майнового права, яке засвідчує можливість суб'єкта такого права набутти право власності на об'єкт нерухомого майна у момент

¹⁰ Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (н 1).

¹¹ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (н 9).

¹² Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (н 1).

прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію. Отже, з моменту укладення договору купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості, покупець, який придбав такий об'єкт, за загальним правилом, набуває спеціальне майнове право на нього, що засвідчує вже його, а не продавця, можливість набутти право власності на об'єкт нерухомого майна, яке автоматично трансформуватиметься у право власності на об'єкт нерухомого майна у момент прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта.

Водночас Проект містить обов'язок продавця забезпечити передачу у власність покупцю об'єкта нерухомого майна, а отже, передачу права власності покупцю на такий об'єкт, і не визначає, яким чином продавець за договором купівлі-продажу майбутнього об'єкта нерухомості, “втративши” з моменту укладення такого договору, за загальним правилом, статус суб'єкта (власника) спеціального майнового права та, відповідно, можливість набутти право власності на об'єкт нерухомого майна, повинен виконати передбачений ст. 13 Проекту такий обов'язок. Зазначена стаття відсилає з цього питання до закону. Проте системний аналіз чинного законодавства та Проекту дає змогу дійти висновку, що виконання продавцем зазначеного обов'язку буде неможливим.

Частиною 5 ст. 2 Проекту закріплюється, що правочини щодо майбутніх об'єктів нерухомості вчиняються відповідно до цивільного законодавства з урахуванням вимог цього Закону (Проекту).

Підпунктом 2 ч. 2 ст. 21 “Прикінцеві та перехідні положення” Проекту передбачено внесення змін до ст. 656 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹³, якими запропоновано ч. 1 зазначеної статті викласти в такій редакції:

1. Предметом договору купівлі-продажу може бути майно (товар), яке є у продавця на момент укладення договору або буде створене (придбане, набуто) продавцем у майбутньому.
Особливості купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва та його складових частин – майбутніх об'єктів нерухомості визначаються законом¹⁴.

Таким чином, законотворець має намір закріпити, що предметом договору купівлі-продажу може бути будь-яке майно, а не лише те, що має ознаки товару, а також доповнити ч. 1 ст. 656 ЦК України новим абзацом, що міститиме відсилку до Проекту норму щодо врегулювання питань

¹³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV < <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> > (дата звернення: 16.09.2021).

¹⁴ Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому (н 1).

особливостей купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва та його складових частин – майбутніх об'єктів нерухомості законом.

Такі нововведення, швидше за все, покликані вичерпати дискусію про те, чи є нерухоме майно товаром у розумінні ч. 1 ст. 656 ЦК України, як таке, що призначене часто для власних потреб, зокрема, для задоволення потреб осіб у житлі. Адже однією із характеристик товару є його виготовлення для подальшого відчуження¹⁵. Проте зазначених змін недостатньо для врегулювання питання передачі продавцем права власності на об'єкт нерухомого майна, адже фізична передача речі не є тотожною передачею прав на таку річ.

Відповідно до чинної редакції ст. 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу може бути як наявний у продавця товар, так і товар, що буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому. У цій нормі варто звернути увагу на те, що на виконання договору купівлі-продажу товару, якого немає у наявності у продавця на момент укладення такого договору, продавець спочатку повинен створити (придбати, набути) у свою власність такий товар і потім передати його у власність покупцю.

У науці справедливо відзначається, що

важливим для купівлі-продажу товару, якого ще немає у продавця на момент укладання договору, є те, що останній не лише зобов'язаний його придбати, а й набути право власності на нього, оскільки лише власник, за загальним правилом, може відчужувати своє майно¹⁶.

Згідно зі ст. 328 ЦК України право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Стаття 331 ЦК України регулює набуття права власності на новостворене майно й об'єкти незавершеного будівництва, закріплюючи, що, за загальним правилом, якщо інше не буде встановлене договором або законом, право власності на нове нерухоме майно, яке виготовлене (створене) особою, набувається нею і виникає після завершення будівництва (створення майна), його прийняття до експлуатації з моменту державної реєстрації.

За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 334 ЦК України, право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Відповідно до частин 3, 4 статті 334 ЦК України право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням

¹⁵ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців, т 8: Договори про передачу майна у власність та користування (Спасибо-Фатєєва І ред, Страйд 2013) 19.

¹⁶ Там само 22.

суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають із дня такої реєстрації відповідно до закону.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 346 ЦК України однією із підстав припинення права власності є відчуження власником свого майна. Враховуючи, що за договором купівлі-продажу продавець передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність покупцеві, а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму, за таким договором право власності відплатно переходить від однієї особи (продавця) до іншої (покупця) і момент припинення права власності продавця на майно (товар) є моментом виникнення права власності на це майно (товар) у покупця.

Аналізуючи правову природу обов'язку продавця з передачі товару покупцеві, встановленого ст. 662 ЦК України, у науковій літературі зосереджено увагу на тому, що

зазвичай вважається, що *передання* продавцем товару покупцеві пов'язане з: 1) обов'язком продавця передати покупцю майно у *володіння* та 2) перенесення на останнього *права власності* <...> Оскільки предметом договору купівлі-продажу можуть бути різні товари, виникає ряд особливостей виконання продавцем обов'язку щодо їх передання <...> У випадку, коли предметом договору є *товар, який буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому*, його передача продавцем можлива після набуття ним права власності на цей товар <...> У випадку, коли набуття права власності на окреме майно потребує додаткових юридичних фактів, як-то *нотаріальне посвідчення договору, державна реєстрація права на це майно*, поняття “передати товар покупцеві” повинно розумітися в аспекті вчинення відповідних дій, з якими пов'язано набуття продавцем *права власності*¹⁷.

Висновки. Підсумовуючи зазначене, стає зрозуміло, що запропонований Проектом механізм набуття права власності на новостворений об'єкт нерухомого майна є прогресивним і таким, що, безумовно, допоможе впорядкувати відносини у сфері фінансування, інвестування будівництва. Водночас він містить недоліки, які унеможливають реалізацію запропонованих змін і досягнення законодавчих цілей. *Для виправлення зазначеного вважаємо за доцільне “змістити власника та об'єкт права власності в іншу площину” та визначити спеціальне майнове право не суб'єктивним речовим правом, а об'єктом цивільних прав, з моменту набуття якого власник отримує можливість набутти право власності на об'єкт нерухомого майна у момент прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію.* На це спрямовує також те, що законотворець у ст. 1

¹⁷ Спасибо-Фатєєва (н 15) 44–5.

Проекту, яка містить дефініцію спеціального майнового права, наділяє суб'єкта спеціального майнового права титулом "власник". За таких змін обов'язковій державній реєстрації підлягатимуть права власності на спеціальні майнові права на нерухоме майно, що не віртуально, а реально засвідчуватимуть права власника володіти та розпоряджатися належними їм спеціальними майновими правами на нерухоме майно, навіть на початку створення такого майна як речі, та які у момент прийняття закінченого будівництвом об'єкта в експлуатацію трансформуватимуться у права власності на об'єкти нерухомого майна.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. *Rechove pravo: pidruchnyk* (Maidanyk R red, Alerta 2019) (in Ukrainian).
2. *Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Naukovo-praktychnyi komentar: poiasnennia, tlumachennia, rekomendatsii z vykorystanniam pozytsii vyshchych sudovykh instantsii, Ministerstva yustytzii, naukovtsiv, fakhivtsiv, t 8: Dohovory pro peredachu maina u vlasnist ta korystuvannia* (Spasybo-Fatieieva I red, Straid 2013) (in Ukrainian).

Halyna Parusova

REGULATORY DEVELOPMENT CONFLICT IN THE ISSUE OF FULFILMENT BY THE SELLER OF THE OBLIGATION UNDER THE CONTRACT OF SALE AND PURCHASE OF THE FUTURE REAL ESTATE OBJECT ON THE TRANSFER OF OWNERSHIP TO THE BUYER OF THE REAL ESTATE OBJECT

ABSTRACT. With the rapid development of housing construction at the request of society for the efficient allocation of financial resources and investment in real estate, there is a need to resolve relations that go beyond the current legal regulation in this area. To this end, the Draft Law on Guaranteeing Real Rights to Real Estate Objects to be Constructed in the Future № 5091 of 17.02.2021 has been developed, which proposes, inter alia, to determine the conditions under which future real estate objects may be civil objects rights, peculiarities of transactions with such objects, as well as to introduce a mechanism of state registration of special property rights to future real estate and automatic conversion of such property rights at the time of acceptance of the completed facility into operation. However, this Project contains a contradictory provision, in particular regarding the fulfillment by the seller of the obligation under the contract of sale and purchase of the future real estate object to ensure the transfer of ownership to the buyer of the real estate object. At the same time, the lawmaker does not equate such a transfer with the transfer of property in kind. This provision is a conflict in view of the mechanism proposed by the Project for the acquisition of ownership of real estate by a subject of special property law.

Considering that according to the Project such right certifies the possibility of its subject to acquire the right of ownership of the real estate object at the moment of acceptance of

the completed object into operation, and that under the contract of sale and purchase of the future real estate object special property the right, as a general rule, passes from the seller to the buyer, it is the buyer, not the seller, acquires ownership of the property at the time of acceptance of the completed construction into operation, which, accordingly, makes it impossible for the seller to fulfill its duty to ensure the transfer of ownership of the real estate object to the buyer under the contract of sale and purchase of the future real estate object.

The purpose of this article is to analyze the contradictory provisions of the Project in terms of fulfillment by the seller of the obligation under the contract of sale and purchase of future real estate to ensure the transfer of ownership to the buyer of real estate, to highlight issues in this matter, to determine the optimal mechanism on real estate objects and prevention of impossibility of application of norms of the Law on Guaranteeing Real Rights to Real Estate Objects to be Constructed in the Future, in case of its acceptance.

The conclusions propose to determine the object of civil rights is not the future object of real estate, but a special property right to an object of immovable property that will belong to the subject of ownership. Under such modifications, ownership rights to special property rights will be subject to mandatory state registration, which will be transformed into property rights to real estate objects upon acceptance of the completed object.

KEYWORDS: special property law; future real estate object; contract of sale and purchase; commissioning; acquisition of property rights; transfer of ownership; state registration of rights.

РЕЦЕНЗІЇ

Сергій Максимов

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCIDID: <https://orcid.org/0000-0002-3165-8142>
s_maximov@ukr.net

Семен Стеценко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
суддя Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4350-2321>
ssg777@ukr.net

З ЛЮБОВ'Ю ДО ТЕОРІЇ ТА ФІЛОСОФІЇ ПРАВА:
ДО ВИХОДУ У СВІТ НОВОГО НАВЧАЛЬНОГО ПОСІБНИКА
ПРОФЕСОРА ПЕТРА РАБІНОВИЧА*

В українській юридичній науці та правничій освіті є постаті, професійний доробок яких є загальноновизнаним. Без будь-якого сумніву, до таких належить і автор рецензованого видання. П. Рабінович є провідним вітчизняним фахівцем із теорії та філософії права, автором потребової теорії праворозуміння. Відтак природною видається та обставина, що у контексті затвердженого у 2018 р. Міністерством освіти і науки України стандарту вищої освіти за спеціальністю 081 “Право” для підготовки бакалаврів (де теорія та філософія права визначена як одна із компетентностей, якими має оволодіти студент) автор підготував та опублікував навчальний посібник “Основи теорії та філософії права”. Посібник саме такого предметного спрямування створено в Україні вперше.

Які ж складові цього видання заслуговують на схвальну оцінку? Передовсім – це конструювання автором змісту книги. У вступній частині розкриваються філософські засади розуміння права, які охоплюють уявлення про філософію права, різні значення слова “право”, про сутність праворозуміння, причини існування та види праворозуміння. За-

¹ Рецензія на навчальний посібник Петра Рабіновича “Основи теорії та філософії права”.

вершальна частина присвячена предметно-методологічним питанням філософії права і загальної теорії права як юридичних наук. Осердя ж посібника становлять виокремлені автором три блоки: перший – “природне” праворозуміння (буттєві права і свободи людини, їх обґрунтування з позиції потребового підходу, гарантії та види); другий – позитивістське праворозуміння (статика права), або забезпечення прав людини завдяки створеному та гарантованому державою об'єктивному юридичному праву; третій – позитивістське праворозуміння (динаміка права), або діяльнісний аспект права (застосування та тлумачення правових норм, юридична відповідальність і юридичне регулювання). Таке компонування навчального матеріалу, на нашу думку, оптимізує подання нових знань, суттєво полегшує студентам-початківцям (а саме вони передовсім є цільовою аудиторією посібника) сприйняття правової матерії, зумовлює формування правового мислення. З одного боку, це демонструє читачеві об'єктивну наявність різних типів праворозуміння (природного, коли правом визнаються суспільні явища недержавного походження й функціонування, та позитивістського, коли правом визнаються явища виключно державно-вольового походження), а з другого – не протиставляє їх, не створює “штучні” бар'єри розуміння та усвідомлення основних правових явищ.

Імпонує підхід автора до пояснення читачам сутності слова “право” як відображення назви найрізноманітніших явищ. Приміром, говорячи про право, доцільно сприймати його як віддзеркалення таких соціальних феноменів, як свобода, справедливість, правила людської поведінки, інтереси, можливості задоволення людських потреб тощо. Як видається, це влучний спосіб посилити зацікавленість студентів в опануванні права як явища та водночас показати їм численність і різноманітність підходів щодо того, що може вважатися правом людини.

З особливою увагою, і навіть любов'ю, автор обґрунтовує поняття та значення основоположних, або буттєвих, прав і свобод людини з позицій свого потребового, історико-матеріалістичного за суттю підходу, доповнюючи його аналізом міжнародних стандартів як гарантій реалізації цих прав, особливо таких первинних стандартів, як повага до гідності людини та заборона нелюдського поводження.

Слід визнати доречним та історично-справедливим включення автором навчального посібника до частини, присвяченої природному праворозумінню, окремої теми щодо внеску випускників юридичного факультету Львівського університету Герша Лаутерпахта (роки навчання 1915–1919) та Рафала Лемкіна (роки навчання 1921–1925). Перший відомий як автор проекту Міжнародного білля прав людини, другий – як автор поняття “геноцид”, тобто переслідування певної соціальної групи населення. Можемо припустити, що інтерес самого Петра Мойсейовича

до названих вище двох постатей не є випадковим: автор рецензованого посібника теж є випускником цього факультету і понад 55 років викладає у ньому.

Звертає на себе увагу формулювання назви однієї із тем першої частини посібника, присвяченої статичі права: “Держава як створювач та гарант здійснення юридичного права”. Рецензенти цілком поділяють позицію, відповідно до якої будь-яка соціальна неоднорідність суспільства вже зумовлює необхідність утворення держави. Ба більше, соціальна сутність держави проявляється у здатності останньої слугувати задля задоволення потреб суб’єктів суспільства. У цьому сенсі важливо навести приклад із галузевих юридичних дисциплін, зокрема адміністративного права, де В. Авер’янов свого часу запропонував та активно відстоював людиноцентристську спрямованість дій держави. Вказаним, на наше переконання, наочно підтверджується провідна теоретико-методологічна роль загальної теорії права стосовно галузевих юридичних дисциплін.

Достатньо аргументовано у навчальному посібнику висвітлюється тема верховенства права. Явище, про яке читачі – студенти перших курсів, без сумніву, чули, проте формування цілісного уявлення про нього відбувається передовсім у межах теорії та філософії права, а вже у подальшому деталізується, “викристалізовується” упродовж опанування галузевих юридичних дисциплін. П. Рабінович стверджує, що верховенство права досліджується зазвичай “у парі” з правовою державою, оскільки правовою держава вважається лише тоді, коли в ній панує, “верховенствує” право – причому як явище позадержавне (не державно-вольове), тобто соціально-природне. У цьому сенсі такий погляд як на феномен верховенства права, так і сутність правової держави заслуговує на схвальну оцінку.

Нетрадиційним для навчальної літератури, проте достатньо органічним у сенсі сприйняття рецензованого видання є розміщений наприкінці додаток “*Juris* – дозвілля”, де автор наводить свої пісенні тексти, дотичні до юриспруденції – “Гімн юрфаку” та “Гімн кафедри”. Їх слова просякнуті гумором, любов’ю до кафедри та факультету і, без перебільшення, будуть цікавими як читачам, які бажають перепочити у процесі опрацювання посібника, так і поціновувачам авторської творчості загалом.

Що би зазначити як побажання для подальшого удосконалення та покращення цього посібника? По-перше, доцільно було б у тексті посібника розмістити питання та завдання для самостійного контролю засвоєння знань, що потенційно забезпечить більш ефективне опрацювання навчального матеріалу у процесі самостійної роботи. По-друге, посібник за якістю викладеного матеріалу вартий того, щоб його до друку реко-

мендувала не тільки кафедра теорії та філософії права, а юридичний факультет, а, можливо, і Львівський національний університет імені Івана Франка.

Отже, підготовлений П. Рабіновичем посібник “Основи теорії та філософії права” є оригінальним авторським якісним виданням, який рекомендований студентам, аспірантам і викладачам юридичних вишів України.

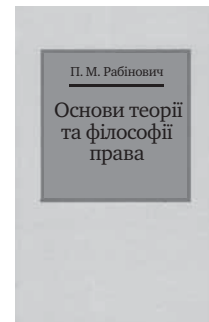
Рабінович П. М. Основи теорії та філософії права: навч. посібник. Львів: Видавництво ЛОБФ “Медицина і право”, 2021. 256 с.

Посібник підготовлено відповідно до затвердженого Міністерством освіти і науки України наприкінці 2018 року стандарту вищої освіти за спеціальністю 081 “Право” для підготовки бакалаврів. З-поміж передбачених цим документом компетентностей, якими має оволодіти студент, однією з перших названа “Теорія та філософія права”.

Посібник, зорієнтований на формування цієї компетентності, оприлюднюється в Україні вперше. У ньому враховано досвід використання у навчальному процесі понад десяти попередніх перевидань авторського посібника “Основи загальної теорії права та держави”, а також імплементовано низку нових, зокрема, філософсько-правових, сюжетів і положень.

Може стати у нагоді не тільки студентам, а також фахівцям з теоретичної та практичної юриспруденції.

Законодавство України враховане станом на 01.02.2021.



ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

ДЖЕРЕЛОМ ЮРИДИЧНОГО СТАТУСУ УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ ЯК ДЕРЖАВНОЇ Є ДЕРЖАВОТВІРНА РОЛЬ УКРАЇНСЬКОЇ НАЦІЇ ТА НЕЗАЛЕЖНА ДЕРЖАВНІСТЬ УКРАЇНИ*

<...>

4. Вирішуючи порушені в конституційному поданні питання, Конституційний Суд України виходить із цілості й неподільності Конституції України, обумовлених системним зв'язком між приписами її преамбули, принципами й нормами інших приписів Конституції України, що містяться, зокрема, у статтях 1, 8, 10, 11, 19, 24, 53, 54, 85, 92, 93, 102, 116, 133, та, відповідно, ґрунтує свою позицію на такому.

4.1. За юридичним статусом, у рамках українського конституційного правопорядку державною мовою в Україні є українська (частина перша статті 10 Конституції України). На державу покладено конституційний обов'язок забезпечувати “всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України” (частина друга статті 10 Конституції України).

Джерелом юридичного статусу української мови як державної є державотвірна роль української нації та незалежна державність України, відновлена внаслідок “здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення” (абзац третій преамбули Конституції України). Право саме української нації на самовизначення є основою Акта проголошення незалежності України, що його ухвалила 24 серпня 1991 року Верховна Рада Української РСР (далі – Акт), яка діяла “виходячи з права на самовизначення, передбаченого Статутом ООН” (абзац третій преамбули Акта). Юридичним фактом, який остаточно й безповоротно затвердив Акт “створення самостійної української держави” (перше речення резолютивної частини Акта), стало волевиявлення усього Українського народу 1 грудня 1991 року на всеукраїнському референдумі.

Конституційний Суд України в Рішенні від 14 грудня 1999 року № 10-рп/99 установив, що наданий Конституцією України українській мові юридичний статус державної “повністю відповідає державотвірчій ролі української нації <...>, яка історично проживає на території України <...> і дала офіційну назву державі” (абзац другий пункту 3 мотивувальної частини); відповідно до такого юридичного статусу українська мова виконує функцію “обов'язкового засобу спілкування у публічних

* Витяг із Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної” 14 липня 2021 р. № 1-п/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-21#Text>> (дата звернення: 25.09.2021).

сферах суспільного життя” (абзац перший пункту 3 мотивувальної частини); з огляду на те, що припис про українську мову як державну міститься в розділі I “Загальні засади” Конституції України, який визначає основи конституційного ладу в Україні, то поняття “державна мова” слід сприймати як складовий елемент поняття “конституційний лад”, іншим складником якого є, зокрема, поняття “державні символи” (абзац третій пункту 3 мотивувальної частини).

Із урахуванням попереднього офіційного тлумачення статті 10 Конституції України та на його розвиток Конституційний Суд України зазначає, що закарбований приписами частин першої, другої статті 10 Конституції України юридичний статус української мови як державної є водночас засадничою конституційною цінністю, питомою ознакою й ключовим чинником єдності (соборності) Української держави та невіддільною частиною її конституційної ідентичності. Як інститут української державності, що поєднує юридичний і ціннісний складники, українська мова покликана виконувати інтегративну (соборницьку) функцію та забезпечувати єднання й монолітність українського суспільства різнорівнево. Українська мова як державна мова є важливим інструментом упорядкування діяльності всієї державної влади та місцевого самоврядування, їй належить вирішальна роль у забезпеченні політичної єдності держави та суспільної згуртованості суголосно одному з прагнень, що ними керувався конституцієдавець при ухваленні Конституції України 28 червня 1996 року, зокрема “підключись про зміцнення громадянської злагоди на землі України” (абзац п’ятий преамбули Конституції України).

Українська мова є невіддільним атрибутом української державності, що зберігає свою історичну спадкоємність від давньокіївської доби. Мовне питання постійно було присутнє в національно-культурній та політичній боротьбі українців за власну державу. У бездержавний період саме українська мова заступала собою відсутність Української держави як основної форми інтегрування й буття етнонації. Як визначальний чинник і головна ознака ідентичності української нації, яка упродовж багатьох віків проживає на споконвічно своїй території та становить абсолютну більшість населення України, українська мова завдяки закладеному в ній самій націєтвірному началу є базовим системотвірним складником української державності та її основою. Як мова автохтонного, найчисельнішого й титульного етносу українська мова має статус єдиної державної мови в Україні, що відповідає світовій практиці.

Загроза українській мові рівносильна загрозі національній безпеці України, існуванню української нації та її держави, оскільки мова – це своєрідний код нації, а не лише засіб спілкування. Без повноцінного функціонування української мови в усіх ділянках публічного життя суспільства на всій території України українській нації загрожує втрата

статусу й ролі титульної й державотвірної нації, що є рівнозначним загрози зникнення Української держави з політичної карти світу. *Українська мова – доконечна умова (conditio sine qua non) державності України та її соборності.* Україна – це єдиний у світі ареал, де може бути гарантовано збереження, існування й усебічний розвиток української мови і, відповідно, української нації як державотвірної, тому будь-які зазіхання на юридичний статус української мови як державної на території України неприпустимі, оскільки порушують конституційний лад держави, загрожують національній безпеці та самому існуванню державності України.

Поряд із Державним Прапором України, Державним Гербом України та Державним Гімном України українська мова є невіддільним атрибутом Української держави. Тому будь-які прояви зневаги до державної мови слід розцінювати як такі, що ганьблять саму державу, а отже, є недопустимими. Публічний глум над українською мовою або її умисна дискредитація є зазіханням на конституційний лад України, образою національної гідності її громадян, що має бути переслідуваним за законом. Застосування української мови має відповідати стандартам державної мови. Порушення стандартів і порядку застосування української мови є неприпустимим.

Українська мова як єдина державна має юридичний статус обов'язкового засобу спілкування в публічних сферах усередині країни та при здійсненні публічних представницьких функцій у міжнародному спілкуванні.

Застосоване в преамбулі Конституції України поняття “Український народ – громадяни України всіх національностей” охоплює всіх індивідумів, безвідносно до їхньої етнічної належності, що мають сталий юридичний зв'язок із Україною, тобто українське громадянство.

Володіти українською мовою як мовою свого громадянства – обов'язок кожного громадянина України. При цьому кожен громадянин України є вільним у виборі мови або мов для приватного спілкування. Вільне опанування всіма громадянами України мовою свого громадянства є, як підтверджує багатовіковий досвід держав світу, запорукою єдності й стабільності суспільства, міжетнічної злагоди в ньому, ефективного функціонування держави, позитивного її сприйняття власними громадянами й міжнародною спільнотою як повновартісного й демократичного суб'єкта. Європейський досвід однозначно вказує на те, що державній мові відведено надзвичайно важливу роль – бути лінгвальним інтегратором суспільства, засобом міжнаціонального (міжетнічного) порозуміння в соціумі, особливо якщо спільнота не мононаціональна, як це є в Україні. У кожній державі, де проживають люди, які використовують різні мови, конче потрібною є мова офіційна, тобто державна, за допомогою якої відбувається спілкування (комунікація) осіб з офі-

ційними представниками держави та іншими особами. Оволодіння й користування українською мовою як державною забезпечує рівність можливостей на соціалізацію громадян України будь-якої етнічної належності: на доступ до гарантованих державою матеріальних і нематеріальних благ, повноцінну участь у всіх ділянках суспільного життя і безперешкодне користування правами, що їх визначено Конституцією України та міжнародними стандартами захисту індивідуальних прав. Тим самим виключається відокремлення громадян України від загальнодержавного соціумного простору безвідносно до того, належать вони до титульної нації чи до менш чисельної етнічної або мовної групи, що є чинником запобігання дискримінації, яка може бути спричинена ситуацією неволодіння громадянами України державною мовою. Той, хто не володіє державною мовою або володіє посередньо, через що не послуговується нею як засобом загального спілкування, ізолює себе від загальноукраїнського інформаційного простору. Володіння державною мовою особами, що належать до корінних народів і національних меншин України, також захищає права осіб, що належать до державотвірної нації, вільно використовувати державну мову в будь-якій ділянці публічного життя на всій території України. Українська мова в Україні – це мова повноцінної демократичної участі всіх громадян у публічному житті суспільства, основа його згуртованості та єдності. Їй належить визначальна роль у формуванні, розвитку та зміцненні єдиної української політичної (громадянської) нації.

Особливу функцію державна мова виконує в реалізації особою права на освіту, що є життєво важливим інструментом реалізації інших людських прав (прав людини). Мета освітнього процесу – не лише надати учневі/учениці академічних знань та вмінь, а й виховати в ньому/ній також повагу до національних цінностей тієї держави, в якій він/вона живе, до національних цінностей держави його/її походження та підготувати його/її до свідомого самостійного й повновартісного життя в суспільстві в дусі взаєморозуміння, миру й громадянської злагоди. Свідоме самостійне й повновартісне життя в українському суспільстві не є можливим без знання державної мови, яка є мовою загального спілкування в суспільстві та мовою демократичної участі. Належне володіння державною мовою на відповідному рівні дає змогу людині повноцінно брати участь у суспільному житті та демократичних процесах. Члени суспільства, які розуміють і поважають цінності, що на них спирається Конституція України, становлять передумову існування України як правдиво демократичної держави, заснованої на “верховенстві права” (правовладді). Україна, як і кожна інша держава, має право вибирати таку власну мовну модель освіти, яка найкраще забезпечує оволодіння державною мовою як символічним та інструментальним механізмом суспільного єднання.

Володіння державною мовою на відповідному кваліфікаційному рівні й обов'язковість її застосування кожною посадовою та службовою особою органів державної влади й органів місцевого самоврядування є однією з невідмінних умов для зайняття відповідних посад. Особи, які не зважають на цю умову, мають бути свідомими того, що їхній власний вибір може спричинити для них несприятливі наслідки, пов'язані з вимогами, що їх установлено законом. Виокремлення в Конституції України посад Президента України (стаття 103), судді в системі судоустрою України (стаття 127), судді Конституційного Суду України (стаття 148), умовою для зайняття яких є володіння державною мовою, не означає, що вимога володіти державною мовою на визначеному законодавцем відповідному кваліфікаційному рівні не є обов'язковою для зайняття будь-якої іншої з посад у всій системі публічної влади (в органах державної влади та органах місцевого самоврядування) в Україні, включно з посадами депутата місцевої ради та народного депутата України.

Знання української мови є умовою набуття громадянства України.

Визначений Конституцією України статус української мови як єдиної державної мови не може бути змінено інакше, ніж спеціальним юридичним порядком, що його встановлено статтею 156 Конституції України.

Порядок застосування української мови як державної визначає закон (зокрема, частина п'ята статті 10, пункт 4 частини першої статті 92 Конституції України), що є інструментом, за допомогою якого держава виконує свій конституційний обов'язок, що впливає з юридичного статусу державної мови – забезпечувати “всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України” (частина друга статті 10 Конституції України).

4.2. В Україні гарантовано “вільний розвиток, використання і захист” мов, які відповідно до Конституції України мають юридичний статус мов національних меншин України; до мов із таким юридичним статусом належить, зокрема, російська мова (частина третя статті 10 Конституції України). Попри те, що в цьому приписі з усіх мов зі статусом мови національної меншини виокремлено лише російську мову, це не означає надання їй Конституцією України привілейованого юридичного статусу, оскільки це суперечило б принципіві заборони дискримінації в такій площині юридичного регулювання, як національний режим розвитку, використання й захисту мов національних меншин. Стосунки між державотвірною нацією та національними меншинами засновано на взаємному визнанні цінностей один одного. Утім державна мова і мови національних меншин не тотожні ні за статусом, ні за функціями. Функціонування державної мови й використання мов національних меншин як реалізацію їхніх прав не можна протиставляти одне одному. Держава має забезпечити рівні права в оволодінні державною мовою – що для

осіб, які належать до титульної нації, що для представників національних меншин – з огляду на роль і функцію державної мови як лінгвального інтегратора. Єднання (інтегрування) соціуму вважається легітимною метою, задля досягнення якої роблять внесок і титульні нації, і національні меншини. У цьому контексті інтегрування слід розуміти як процес прийняття національної й мовної багатоманітності суспільства, шанобливого ставлення до осіб іншої національності, що забезпечує сенс належності всіх членів суспільства до єдиної спільноти. Інтегрування як двобічний процес вимагає визнання й пошанування обома сторонами, що може спричинити зміни як у середовищі більшості, так і в середовищі меншості. Утім реалізація прав національних меншин не має стояти на заваді дієвому, повноформатному й повноцінному функціонуванню державної мови. Реалізацію прав національних меншин не може бути спрямовано на відокремлення (сегрегацію) в межах українського суспільства тих груп, що вирізняються, зокрема, за мовною ознакою. Вибуття окремої особи, що належить до відмінної ідентичності (а тим більше групи осіб), з єдиного суспільства в простір своєї ідентичності становить небезпеку для єдності українського суспільства.

4.3. Одним із обов'язків, що їх Конституція України покладає на державу, є обов'язок сприяти розвитку мовної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (стаття 11 Конституції України).

4.4. Громадянам, що належать до національних меншин, відповідно до закону гарантується “право на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови” у державних і комунальних навчальних закладах або через національні культурні товариства (частина п'ята статті 53 Конституції України). Керуючись цим приписом Конституції України, Україна має право чинити відповідно до статті 14 Рамкової конвенції, з якої не впливає право осіб, що належать до національних меншин, отримати освіту лише рідною мовою, а державі водночас залишено широкі межі дискреції (*a wide measure of discretion*) щодо варіантів ухвалення рішень із цього питання. На цій підставі держава повноважна, установлюючи якнайсуворіші вимоги щодо повноцінного оволодіння державною мовою й одночасно забезпечуючи можливість здобувати освіту в рамках навчальної програми національних меншин, запроваджувати власну модель освіти; ця модель освіти має забезпечувати таку пропорцію застосування мови національної меншини та державної мови як мов навчання, коли, з одного боку, досягається мета збереження особами, що належать до національної меншини, своєї самобутності, а з другого – не завдається шкоди повноцінному оволодінню державною мовою задля задоволення потреб таких осіб повноцінно брати участь у суспільному житті та демократичних процесах. Тобто права осіб, що належать до національних меншин, щодо застосування своєї мови в рамках системи освіти підляга-

ють реалізації не на шкоду оволодінню державною мовою або здобуттю освіти державною мовою.

4.5. Порядок застосування мов корінних народів України та мов, що мають юридичний статус мов національних меншин України, держава визначає законом (частина п'ята статті 10, пункт 4 частини першої статті 92 Конституції України).

4.6. Функціонування української мови як державної та її підтримка державою мають поєднуватися із шанобливим ставленням до мов національних меншин, що історично проживають у межах України, та забезпеченням захисту мовних прав осіб, що належать до таких меншин. Гарантування вільного розвитку, використання та захисту мов національних меншин відбувається відповідно до Конституції України й законів України з урахуванням стану кожної мови та реальних можливостей держави. Забезпечення мовних прав осіб, що належать до національних меншин, та сприяння захисту й розвитку їхніх мов не має перешкоджати вивченню державної мови та запровадженню й практичному застосуванню її в усіх ділянках публічного (суспільного) життя на всій території України.

4.7. Україна є унітарною державою, в якій немає об'єктивних передумов для запровадження офіційної двомовності. Тому пропаганда або інша практична діяльність, спрямована на юридичне запровадження в Україні другої державної мови, фактичне насадження українсько-російської двомовності в будь-якій ділянці публічного спілкування, а також проголошення діалектів української мови окремими мовами є несумісними з конституційно визначеним статусом української мови як державної.

4.8. Конституцією України підтверджено “європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України” (абзац п'ятий преамбули), згідно з чим до повноважень Верховної Ради України віднесено “визначення засад <...> реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору” (пункт 5 частини першої статті 85), до повноважень Кабінету Міністрів України – забезпечення реалізації “стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору” (пункт 1¹ статті 116), а Президентіві України визначено роль гаранта “реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору” (частина третя статті 102).

4.9. Конституційний Суд України означив: “Мова – унікальний феномен, що є засобом соціалізації, формою реалізації творчого потенціалу кожної людини, а знання державної мови сприяє соціалізації особи та

є засобом запобігання дискримінації” (абзац сьомий пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 16 липня 2019 року № 10-р/2019).

4.10. Європейський суд із прав людини констатував таке: “<...> більшість держав, що є Сторонами Конвенції, вирішили надати одній або більше мовам статус офіційної мови чи державної мови та в такому статусі зафіксували їх у своїх відповідних конституціях. У цьому зв’язку Суд визнає, що для таких держав офіційна мова є однією із засадничих конституційних цінностей – так само, як і територія держави, структурна будова держави та державний прапор. Мова в жодному розумінні не є абстрактною цінністю. Її неможливо відокремити від того способу, в який її фактично застосовано її носіями. Отже, надаючи певній мові статусу своєї офіційної, держава в принципі бере на себе зобов’язання забезпечувати своїм громадянам право безперешкодно використовувати цю мову з метою як отримання, так і поширення інформації – не лише в їхньому приватному житті, але й у їхніх відносинах із органами публічної влади. Суд вважає, що насамперед саме з такого погляду слід розглядати заходи на захист означеної мови. Інакше кажучи, у понятті офіційної мови беззастережно є наявними певні суб’єктивні права, що належать носіям такої мови” [рішення у справі “*Mentzen v. Latvia*” від 7 грудня 2004 року (заява № 71074/01)]. Одним із таких суб’єктивних прав кожного громадянина України як споживача (у ролі читача, глядача, слухача) – безвідносно до етнічного походження – є право на отримання інформації державною мовою. Громадянин України не має обов’язку володіти іншою мовою, ніж державна, тому надання йому – як споживачеві – поза його волю інформації іншою мовою, ніж державна, є порушенням його прав, що є несумісним із Конституцією України. Не відповідає конституційному статусові української мови як єдиної державної застосування режиму двомовності в публічному просторі шляхом змішування української мови з будь-якою іншою, зокрема коли телевізійне мовлення або радіомовлення в звуковій формі здійснюється одночасно двома мовами – українською та іншою, що не тільки становить порушення права громадянина України на отримання інформації державною мовою, а й спричиняє зовнішнє звуження простору вживання української мови, підриває зсередини саму її систему, спотворює її структуру, створює ґрунт для її внутрішнього розкладу, зумовлюючи її занепад.

Юридичний журнал

“ПРАВО УКРАЇНИ”

9
2021

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 29.10.2021. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 17,55. Обл.-вид. арк. 16,06.
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.

Віддруковано у друкарні ТОВ «Вістка»
Україна, 01014, м. Київ, Соловцова Миколи, буд. 2, оф. 38/1,
тел. +380(44) 583-50-94

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7211 від 14.12.2020 р.