

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-2022-02

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.; 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); Ольга БАКАЛІНСЬКА, д. юрид. наук, проф.; 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.; Ігор БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; Олександр БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); 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; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, проф.; Володимир Єрмоленко, 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; 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.; Леонід Лобойко, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, 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; Олександр Мережко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошніченко, д. юрид. наук, проф.; Віра Михайленко, к. юрид. наук.; 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 Оніщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д. юрид. наук, доц.; Уляна Парпан, д. юрид. наук, проф.; 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.; Микола Погорецький, 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.; Ольга Середа, к. юрид. наук, доц.; Світлана Серьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, проф.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Інна Спасибо-Фатєєва, д. юрид. наук,

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

проф., чл.-кор. НАПрН України; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (Hiromide Takikawa), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Владислав Федоренко, д. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (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; Олександр Чирич (Oleksandr Ciric), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (Yasuko 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 “Кієво-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”; Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України

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:
“ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ЧИННИК ТВОРЕННЯ
ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ:
ДОКТРИНА ІНСТИТУТІВ І ГАЛУЗЕЙ ПРАВА”
(ПРОДОВЖЕННЯ)

I. Правова доктрина України: методологічні аспекти

ОЛЕКСІЙ ЮЩИК
Про “посткласичну теорію права” та її наукову новизну 9

II. Доктрина господарського права

ВАЛЕНТИН ЩЕРБИНА
Конвергенція приватного і публічного права
в регулюванні відносин у сфері господарювання 21

III. Доктрина адміністративного права

ТЕТЯНА КОЛОМОЄЦЬ, ВАЛЕРІЙ КОЛПАКОВ
Доктрина адміністративного права vs постмодерн:
від “сервісної” галузі до права юридичних смислів 34

IV. Доктрина фінансового права

МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО
Доктринальні засади фінансово-правового регулювання 52

V. Доктрина соціального права

ПИЛИП ПИЛИПЕНКО
Соціальне право: становлення та перспективи майбутнього 64

VI. Криміналістика та судова експертиза в правовій доктрині України

ВАЛЕРІЙ ШЕПІТЬКО
Формування доктрини криміналістики
та судової експертизи в Україні – шлях до єдиного
європейського криміналістичного простору 76

VII. Інститут нотаріату в правовій доктрині України

СВІТЛАНА ФУРСА, ЄВГЕН ФУРСА
Нотаріат у сучасній правовій системі України 91

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 2 • 5-6

ЗМІСТ

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Ольга Барабаш
Соматичні права в системі прав людини:
право власності на своє тіло 108

СІМЕЙНЕ ПРАВО

Тетяна Боднар
Управління майном дитини за Цивільним
і Сімейним кодексами України (порівняльно-правовий аспект) 122

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Вікторія Савчак
Межі адміністративно-територіальних одиниць
у контексті нових змін..... 132

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

Руслана Гаврилюк, Петро Пацурківський
Правосуддя та медіація як конкурентні взаємодоповнюючі системи
вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві 143
Олександр Ободовський
Про удосконалення порядку добору та призначення
на посаду судді місцевого суду 161

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Наявність різних доктринальних тлумачень не є безумовною
ознакою виключної правової проблеми, а свідчить лише
про різноманітність вітчизняних науково-правових шкіл..... 180

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“LEGAL DOCTRINE AS A FACTOR OF ESTABLISHMENT
AND FUNCTIONING OF STATE GOVERNED BY THE RULE OF LAW:
DOCTRINE OF INSTITUTIONS AND BRANCHES OF LAW
(CONTINUANCE)

I. Legal Doctrine of Ukraine: Methodological Aspects

OLEKSII YUSHCHYK
“Postclassical Theory of Law” and its Scientific Novelty 9

II. Doctrine of Economic Law

VALENTYN SHCHERBYNA
Convergence of Private and Public Law in the Regulation of Relations
in the Field of Economy. 21

III. Doctrine of Administrative Law

TETIANA KOLOMOIETS, VALERII KOLPAKOV
The Doctrine of Administrative Law vs Postmodern:
from the “Service” Branch to the Law of Legal Sense 34

IV. Doctrine of Financial Law

MYKOLA KUCHERYAVENKO
Doctrinal Principles of Legal Financial Regulation 52

V. Doctrine of Social Law

PYLYP PYLYPENKO
Social Law: Formation and Prospects for the Future. 64

VI. Forensics and Forensic Science in the Legal Doctrine of Ukraine

VALERIY SHEPITKO
Formation of the Doctrine of Criminalistics and Forensic Science in Ukraine:
the Way to a Unified European Criminalistic Space 76

VII. Institution of Notary in the Legal Doctrine of Ukraine

SVITLANA FURSA, YEVHEN FURSA
Notary in the Modern Legal System of Ukraine 91

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 2 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

PROTECTION OF HUMAN AND CITIZEN'S RIGHTS

OLHA BARABASH
Somatic Rights in the Human Rights System: Ownership of One's Body. . . . 108

FAMILY LAW

TETJANA BODNAR
Management of the Child's Property According to the Civil
and Family Codes of Ukraine (Comparative and Legal Aspect) 122

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE

VICTORIA SAVCHAK
Boundaries of Administrative-Territorial Units
in the Context of New Changes 132

REFORMS OF JUSTICE

RUSLANA HAVRYLYUK, PETRO PATSURKIVSKYY
Justice and Mediation as Competitive Complementary Systems
for Resolving Conflicts (Disputes) in Society 143

OLEKSANDR OBODOVSKYI
On the Improvement of the Procedure for Selection
for and Appointment to Local Court's Judicial Office 161

DOCTRINE IN CASE LAW

The Presence of Different Doctrinal Interpretations
is not an Unconditional Sign of an Exclusive Legal Problem,
but Only Testifies to The Diversity of Domestic Scientific
and Legal Schools 180

Актуальна тема номера:

**“ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ЧИННИК ТВОРЕННЯ
ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ:
ДОКТРИНА ІНСТИТУТІВ І ГАЛУЗЕЙ ПРАВА”
(ПРОДОВЖЕННЯ)**

***I. Правова доктрина України:
методологічні аспекти***



Олексій Ющик

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
головний науковий співробітник відділу
конституційного права та місцевого самоврядування
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
al-yus@i.ua

УДК 340.11

**ПРО “ПОСТКЛАСИЧНУ ТЕОРІЮ ПРАВА”
ТА ЇЇ НАУКОВУ НОВИЗНУ**

АНОТАЦІЯ. У статті здійснюється критичний аналіз наукової новизни запропонованої І. Честновим так званої “посткласичної теорії права”. Відзначається, що автор цієї теорії критично сприймає основні напрями праворозуміння з точки зору посткласичної методології як радикальної критики епохи модерну. Він пропонує орієнтуватися у пізнанні юридичної реальності не лише на раціональний, а й на лінгвістичний, антропологічний і прагматичний підходи в контексті діалогічної методології. Відтак право розглядається не в статичі, а в динаміці процесу відтворення правової реальності з урахуванням особистості індивіда. Таким чином, заперечується класична юриспруденція як “нелюдська”, така, що знеособлює людей до правового статусу, не беручи до уваги їхні інтереси, потреби, механізми соціалізації.

Критично з позицій діалектичної логіки у статті оцінюється розуміння І. Честновим поняття наукової новизни як лише новизни концептуального рівня, яка, на його думку, притаманна посткласичній теорії права. Так само з точки зору діалектики права критикується метафізичний характер діалогічної методології щодо дихотомічного підходу до інновацій у праві. Звернено увагу на трактування понять системи права та правової системи. Критично оцінено твердження автора про функціонально значуще для усього соціуму правило поведінки, яким автор вважає

заборону вбивства в усіх суспільствах, та його уявлення щодо реалізації права поза правовідносинами.

Розглянуто також міркування автора “посткласичної теорії” щодо відношення понять “право” і “суб’єкт права” та останнього з поняттям “правовий статус”, висловлено критичні зауваження з приводу цих міркувань. Критично оцінено його уявлення про поняття прав та обов’язків і визнання суб’єкта права як первинного елемента правової системи. Зроблено загальний висновок, що у пошуках виходу з триваючої кризи праворозуміння помітно визначається тенденція відходу від позитивістських трактовок права у напрямі до соціологічного і діалектичного праворозуміння.

Ключові слова: посткласична теорія права; право; суб’єкт права; правовий статус; система права.

Пошуки виходу з триваючої кілька десятиліть кризи праворозуміння не можуть не продукувати нових ідей, підходів і концепцій теорії права. Одним із свідчень на підтвердження цього є так звана посткласична теорія права, автор якої І. Честнов пропонує нову, *посткласичну методологію*, враховуючи зміни у філософському знанні та соціології, які називають ситуацією постмодерну посткласикою, зміни, що торкнулися також юриспруденції¹.

Постмодернізм сам собою, як відзначає автор, – це радикальна критика епохи модерну, включаючи й праворозуміння із його трьома (або чотирма, якщо рахувати історичну школу права) основними напрямками. Відповіді на виклик постмодерну пропонує посткласична епістемологія, зокрема й теорія права в особі А. Полякова, О. Тимошиної, А. Стовби, В. Павлова, М. ван Хука, А. Кауфмана, П. Шлага, з певними застереженнями Д. Кеннеді і деяких інших. Посткласика не заперечує наукову раціональність як постмодерністи, однак переглядає її, наприклад, як комунікативну або діалогічну.

Посткласична епістемологія (теорія пізнання) теорії права пропонує, за словами названого автора, ‘застосування до опису та пояснення юридичної реальності трьох “поворотів” у гуманітарному знанні: лінгвістичного, антропологічного і прагматичного’. Звідси зроблено висновок, що ‘право – це текст (у постструктуралістському трактуванні цього терміна), створюваний людиною і відтворюваний діями й ментальними уявленнями людей’². Право, таким чином, розглядається не як статична структура, що звернена або до безособистісного індивіда (методологічний індивідуалізм теорії природного права), або до волі законодавця (юридичний позитивізм), або до основної норми (нормативізм у праві), а процес відтворення правової реальності.

¹ Ілья Честнов, *Постклассическая теория права* (Алеф-Пресс 2012).

² Там само.

Відмінність свого підходу до праворозуміння від інтегративної теорії (не інтегральної, яка розробляється А. Поляковим на основі теорії комунікації)³, І. Честнов бачить у тому, що механічне об’єднання юснатуралізму, позитивізму та соціології (й історичного виміру) не є новим підходом і не відрізняється від суми елементів, які його утворюють. Багатогранність і багатоаспектність правової реальності, її визнання становить дещо інше порівняно з механічною інтеграцією класичних типів праворозуміння.

Свою концепцію автор засновує на діалогічній методології. У ній діалог є взаємообумовленістю протилежних моментів соціальних дихотомій (повинне і суще, ідеальне і матеріальне тощо), що виявляє себе у взаємодіях між конкретними людьми, у прийнятті точки зору іншого (як у фактичній інтеракції, так і в мисленому співвіднесенні себе з іншими, що супроводжує взаємодію); діалог, як ‘зміст соціальності: без діалогу неможлива ані свобода, ані соціалізація, ані колективні дії’. На думку І. Честнова, діалогічна методологія дає змогу прояснити зняття ‘дихотомії (антиномії) структура – особистість, основного питання соціальної філософії’. Хто, як і чому продукує правову іновацію, з яких етапів складається цей процес – одне з найважливіших питань, на яке автор шукає відповідь, стверджуючи, що ‘звести все до волі законодавця – профанація. Як, зрештою, і до “об’єктивності” історичної необхідності”⁴.

За словами автора, ‘внесення іновацій у правову реальність – це діяльності правлячої еліти й референтної групи, на першому етапі, та широких народних мас щодо легитимації нововведення, на другому”⁵. Власне кажучи, в цьому й полягає антропологізм запропонованої діалогіки права: правову реальність відтворюють, включаючи іновації, люди своїми діями і психічними ментальними процесами. Тому без аналізу того, як сприймають право люди й діють відповідно або всупереч правовим приписам, неможлива адекватна наука про право.

Уся класична юриспруденція, пише І. Честнов, як не парадоксально, “нелюдська”: вона знеособлює людей до правового статусу, не беручи до уваги їхні інтереси, потреби, механізми соціалізації – те, від чого залежить правопорядок у суспільстві, і пояснює, чому одні законодавчі ініціативи “працюють”, а інші залишаються на папері. Він, услід за Л. Спиридоновим, вважає сутністю права його соціальне призначення (“генеральну” функцію), тобто забезпечення цілісності, нормального функціонування суспільства.

До цього І. Честнов додає таке міркування з приводу наукової новизни власної праці.

³ Див.: А. Поляков, ‘Коммуникативный подход в общей теории права’ (2006/2007) 4/5 Проблемы философии права 60–7.

⁴ Честнов (н 1).

⁵ Там само.

Найбільш важливим мені видається питання про наукову новизну, на яку претендує праця “Посткласична теорія права”<...> Передусім досить непростим є питання наукової новизни як такої. Що взагалі можна вважати новим словом у науці? Введення та опис нового історичного джерела, наприклад, в історії права – це справді наукова новизна? Нова класифікація, припустимо, видів гіпотез норми права в теорії права або авторське уточнення якого-небудь поняття, пропозиція щодо зміни статті нормативного правового акта – це новизна в галузевій юридичній науці? Для декого – можливо. Однак дійсно нове, на мій погляд – це новизна концептуального рівня, тобто зміна онтології й методології у відповідній дисципліні. Досягти такої новизни мало кому вдається. Крім того, будь-яка новизна не може не спиратися на минуле знання. Концептуально нове в науці не повинно “відлякувати” наукове співтовариство, однак водночас мати якість новизни.

Звідки береться наукова новизна концептуального рівня? На думку провідних сучасних філософів (цієї точки зору дотримується, наприклад, В. Степін) – із міждисциплінарності або суміжних галузей знань. У будь-якому випадку це повинен бути вихід за межі відповідної наукової галузі в метасистему (тобто трансцендування). Таким рівнем для теорії права, на мій погляд, є соціальна філософія. Саме в ній у другій половині ХХ ст. відбувались фундаментальні зміни і саме вони можуть (і повинні) стати фундаментом трансформації юридичної науки, якщо остання не бажає залишатися догматичною дисципліною, служницею можновладців. Тому своєю метою в цій книзі (й інших своїх працях) я вбачаю адаптацію сучасної соціально-філософської думки, передусім методологічних розвідок, пристосованих до теорії права. Це пов'язано з принциповим для мене положенням: право – це соціальне явище (у чому мало хто сумнівається), а тому має лише відносну автономність. Право існує тільки разом з іншими соціальними явищами (“чистих” правових явищ і процесів, без культури, політики, економіки, психіки тощо в емпіричній реальності немає), воно обумовлене соціумом як цілим і вивчати його необхідно у взаємозв'язку з ними⁶.

Міркування автора про наукову новизну його теорії варто сприйняти критично, з позицій *діалектичної логіки*. Насамперед *поняття* “наукова новизна”, як і будь-яке наукове поняття, містить у собі моменти *загального, особливого й одиничного*. Відтак, наприклад, введення у науковий обіг та опис нового історичного джерела, пропозиція щодо зміни статті нормативного акта, авторське уточнення якого-небудь поняття – це “нове слово в науці” на рівні *одиничності*; нова класифікація видів гіпотез норми права в теорії права – один із рівнів *особливого* в понятті наукової новизни; а “зміну онтології та методології у відповідній дисципліні”, напевно, може бути віднесено до рівня *загального* в понятті наукової новизни.

⁶ Честнов (н 1) 11–5.

Тому автор даремно іронізує з приводу “наукової новизни для деяких”, протиставляючи їй “новизні концептуального рівня” як “дійсно новому”. Усі рівні наукової новизни належать до її поняття, а тому являють собою дійсно нове слово в науці, хоча й мають різне значення з точки зору її розвитку: одні фундаментальне, інші прикладне значення. Проте з цього зовсім не випливає, що з новизною концептуального рівня неодмінно й обов’язково пов’язаний *прогрес* наукового знання, оскільки не будь-яка новизна (будь-якого рівня) являє собою *істину*. Адже, нагадаємо слова К. Маркса, істинним повинен бути не лише результат дослідження, а й шлях, який веде до нього. А цей шлях для концептуальної новизни не обов’язково пролягає через “міждисциплінарність або суміжні галузі знань”, із виходом теорії права “за межі відповідної наукової галузі”, у сферу “соціальної філософії”.

Звичайно, юридична наука потребує змін, якщо “не бажає залишатися догматичною дисципліною”. Саме тому й не бракує досліджень учених, які вносять такі зміни у пізнання права. Однак це не задовольняє автора, який пропонує пристосувати “сучасну соціально-філософську думку, насамперед методологічні дослідження”, до теорії права. Чим йому не подобається попередня соціально-філософська думка з її методологією, автор не пояснює, вважаючи, що видав за дещо нове думку про обумовленість права соціумом як цілим. Проте цю обумовленість він розглядає *метафізично*, так само як і догма права, котру він відкидає, розділяючи *інновації* в праві на ‘діяльності правлячої еліти і референтної групи, на першому етапі, та широких народних мас щодо легітимації нововведення, на другому’⁷.

Утім, із точки зору *діалектики права*, цих “етапів” три: формування *матерії* права “народними масами”, оформлення її в норми права “правлячою елітою”, легітимація нових норм “народними масами”. Відтак “діалогічна методологія” не зовсім прояснює “одне з найважливіших питань” про те, “хто, як і чому здійснює правову інновацію, з яких етапів складається цей процес”. Це до питання про наукову новизну “концептуального рівня”...

У посткласичному праворозумінні як об’єкта пізнання визначена *система права* як “уся правова реальність”. І. Честнов називає безплідною дискусію про протиставлення “системи права” і “правової системи”, через те що ‘співвідношення цих понять на пряму залежить від типу праворозуміння і лише в юридичному позитивізмі це протиставлення має сенс’. А проте, якщо автор погоджується з *протиставленням* цих понять (хоч би в юридичному позитивізмі), він тим самим припускає їх *нетотожність*, існування їх *відмінності*. А з цього випливає, що ототож-

⁷ Честнов (н 1).

нюючи ці поняття у подальшому, він припускається логічної помилки підміни понять⁸.

У зв'язку з цим варто зазначити, що уже два десятиліття тому мною критично оцінювалися терміни “система права” і “правова система”⁹. Взагалі правознавці, оперуючи термінами “правова система”, “система права”, “правова реальність”, добряче заплутали питання про визначення об'єкта своєї науки (*права як такого*, а не його “реальності”, “системи” тощо), ускладнюючи таким чином вибір *вихідного уявлення* про нього.

Як і будь-яке соціальне явище, право (і, отже, система права) є феноменом, що конструюється (хоча й не свавільно) людьми, оскільки усе, що існує в нашому світі, створено людиною. Крім усього іншого, система права історично і соціокультурно обумовлена, тобто залежить від контексту, в якому набуває смислу і значення. Буття права – ментально-діяльнісне: право існує передусім в уявленнях про повинну, бажану поведінку, яка реалізується в масовій поведінці широких верств населення, включаючи результати (наслідки) такого. Уявлення (ментальні образи) фіксуються у знаково-символічних формах і виступають як норми права, котрі зовні виражаються у відповідних формах права. Масова правова (юридично значуща) поведінка постає у правовідносинах, а також простих формах реалізації права – дотриманні, виконанні та використанні, які можуть існувати й поза правовідносинами. При цьому критерієм правових норм і правових відносин, із точки зору діалогічного соціолого-антропологічного підходу, <...> є найбільша функціональна значущість деяких норм і відносин порівняно з іншими, яка полягає в тому, що саме вони забезпечують нормальне функціонування, виживання соціуму, включаючи його окремі підсистеми¹⁰.

Таким функціонально значущим для усього соціуму правилом поведінки, на думку автора, є заборона на вбивство.

Те, що в різні історичні періоди та у різних народів убивство кваліфікується по-різному, не скасовує того факту, що без заборони подібних жодне суспільство вижити не зможе. А ось, скажімо, правила етикету такого об'єктивного значення не мають. Конститутивним для ринкової економіки, наприклад, є право приватної власності. Хоча неможливо дати таку оцінку щодо кожного правила поведінки, заперечувати функціональну значущість деяких правил поведінки для самозбереження суспільства безперспективно¹¹.

⁸ Честнов (н 1) 201.

⁹ О Ющик, *Галузі та інститути правової системи (міфи і реальність)* (Оріяни 2002) 10–1. Пізніше ці уявлення було уточнено й розвинуто, внаслідок чого саме право розглядається як система.

¹⁰ Честнов (н 1).

¹¹ Там само 201–2.

Наведені зауваження вказують на *безперспективність* логіки автора з його оцінкою “функціональної значущості деяких правил поведінки для самозбереження суспільства”. По-перше, зовсім не все існує в нашому світі “створено людиною”, дещо нам дається від природи. Дискусійною є також теза, що “право існує передусім в уявленнях про *повинну, бажану поведінку*” (“бажану” чи все ж “повинну?”), які реалізуються “у масовій поведінці, включаючи наслідки такої”. Не менш дискусійне визначення зафіксованих “у знаково-символічних формах” уявлень (“ментальних образів”) як *норм права*, що виражаються *зовні* “у відповідних формах права”. Ніби “знаково-символьні форми” не є “зовнішніми формами”. І зовсім заплутує справу заява автора про те, що “масова (?) правова (юридично значуща) поведінка” (так “правова” чи “юридично значуща”?) “постає у правовідносинах, а також простих формах реалізації права – дотриманні, виконанні та використанні”, які, виявляється, “можуть існувати і поза правовідносинами”.

Автор, схоже, не підозрює, що його уявлення про реалізацію права поза правовідносинами перекреслює його ж наступні міркування про “критерії розрізнення права/неправа”, як найбільш фундаментальне питання теорії й філософії права, якими він намагається “прояснити” це питання.

Нарешті, про заборону на вбивство. Така заборона в історії ніколи і ніде не набувала того *абсолютного* значення, яке для неї визначив автор; вказана заборона *завжди* пов’язувалася з *конкретними умовами й обставинами*. Так само автор *абсолютизує* конституюючий характер *права приватної власності* для ринкової економіки. Давно не є секретом, що, з одного боку, у ринкові відносини вступають не самі лише *приватні* власники; з другого боку, сучасна капіталістична економіка, заснована на *праві приватної власності*, давно вже перестала бути суто “ринковою економікою”.

У підсумку своїх міркувань І. Честнов робить висновок, що

елементами (точніше – аспектами) системи права є люди, які виступають суб’єктами права, їх уявлення про соціально значущу поведінку, тобто правова культура, об’єктивована в норми права, і масова поведінка людей, що відтворює (як традиційно, так, іноді, й інноваційно) норми права. Ці елементи (аспекти) взаємодіють і взаємообумовлюють одне одного, перебуваючи у стані діалогу¹².

¹² Честнов (н 1) 203. Автор у зв’язку з цим наводить зауваження К. Скловського про те, що у підручниках і курсах загальної теорії права та галузевих дисциплін правотворчість і правозастосування переважно розглядаються як “безлюдний”, здійснюваний сам собою, без участі професіоналів процес, а людина і громадянин фігурують як пасивний об’єкт права, навіть якщо йдеться про захист їхніх прав. Механізм правового регулювання у підручниках з теорії викладають, абстрагуючись від позицій суб’єктів діяльності, ніби автори погоджуються із розумінням судді як автомата, а застосування права зводять до силлогізму (Там само).

Проблема суб'єкта права, як зазначає І. Честнов, – одна з найбільш актуальних у сучасній юридичній науці. Цю актуальність автор пов'язує зі зміною уявлення про людину у сучасному світогляді та зміною фактичного становища людини в суспільстві. Людина все більше відчужується від результату своєї діяльності, включаючи політико-правові явища та процеси; водночас зростає усвідомлення неприпустимості цієї тенденції. Людина творить реальність як суб'єкт, але разом із тим вона обумовлена попередньою соціальною реальністю, яка й зробила її суб'єктом права, наділивши правоздатністю та дієздатністю. Усе це, за словами автора, 'не може не мати прямого стосунку до юриспруденції, оскільки поняття "суб'єкт права", "правовий статус", "правосуб'єктність" є похідними від понять суб'єкт, соціальний статус, соціальна суб'єктність'¹³.

Постструктуралізм і постмодернізм, як зазначає у зв'язку з цим І. Честнов, піддають критиці традиційне для філософії права і теорії права епохи модерну трактування суб'єкта права за догматизм, раціональність, об'єктивізм і статичність останнього, як пануючі уявлення в класичній юриспруденції.

Догматизм суб'єкта права пов'язаний із притаманним юридичному позитивізму переконанням у похідності поняття "суб'єкт права" від волі законодавця (чи основної норми в інтерпретації нормативізму). Право творить суб'єкта права, наділяючи його правосуб'єктністю, правовим статусом, який ототожнюється з правами й обов'язками.

Тим самим суб'єкт права виявляється генетично і функціонально підпорядкованим структурі – об'єктивному праву, що виступає деміургом правової реальності. Багатомірність суб'єкта права зводиться до одного (хоча й досить важливого, проте зовсім не єдиного) аспекту – правам та обов'язкам¹⁴.

Зміни, що відбулися у світогляді (картині світу) постіндустріального суспільства, стверджує автор, поставили під сумнів догматичність, раціональність, об'єктивність і статичність суб'єкта права. У вітчизняній літературі панує структуралістський підхід до суб'єкта права, який зводить його до знеособленого носія правосуб'єктності. Тому навіть у солідних за обсягом курсах і підручниках із теорії держави і права відсутні спеціальні глави чи хоча б параграфи, присвячені суб'єкту права.

Методологія постструктуралізму і постмодернізм, за словами автора, "утверджують перманентну мінливість суб'єкта права, його екзистенціально відтворювану природу". Суб'єкт права – не даність, а соціальний конструкт (як і право загалом).

¹³ Честнов (н 1) 205–8.

¹⁴ Там само.

З точки зору антропологізму постсучасного світогляду, суб’єкт права має трактуватися не просто як суб’єкт правовідносин, а значно ширше – як центр правової системи, її творець і постійний діяч. Саме суб’єкт права формує й відтворює своїми діями правову реальність. Звичайно, зв’язок суб’єкта права і права як структури значно складніший за відношення “творець – продукт творення”. Суб’єкт створює й перетворює правову реальність, але одночасно сам формується нею в процесі правової соціалізації¹⁵.

Відтворення соціальних інститутів (соціального світу, в широкому сенсі слова) водночас означає відтворення суб’єктів цих інститутів. У цьому процесі виявляється діалог одиничного і загального, індивіда і структури. Соціальний (і правовий) інститут є об’єктивне, тобто незалежне від волі, бажання тощо окремих (саме окремих) суб’єктів утворення. Водночас інститут не може існувати поза і без людей, які своїми діями та розумовою активністю здійснюють його функції¹⁶.

Традиційна філософія права, за словами автора, забула про автономію особистості, а сучасна філософія права будується на необґрунтованому розділенні між індивідом і суб’єктом права. Перевагу віддано концепції “суб’єкта права” як частині деякого паралельного “юридичного світу”, що розуміється як цілком відмінний від світу тілесних істот особливий світ. У ньому поняття так званого “суб’єкта права” (передбачуване як “юридичне”) замінює собою індивіда. Тому все, що стосується конкретного індивіда у плоті й крові стає чужим і несуттєвим для філософії права.

Однак у правовій (юридично значущій) діяльності людини та інших формах її зовнішньої активності знаходять вираз (представлені) правові статуси. І. Честнов зазначає: ‘Суб’єкт права, з точки зору посткласичної юридичної науки – це постійно відтворювана і така, що вирішується в онтологічному діалозі, антиномія людини і правового статусу’¹⁷. Саме людина виражає, реалізує своїми діями і ментальною активністю правовий статус як сукупності прав та обов’язків. Суб’єкта права відзначає багатомірність, пов’язана з численними правовими ідентичностями у сучасному соціумі, контекстуальність (залежність від історичної епохи і культури-цивілізації) та мінливість. Такий підхід, на думку автора, дає змогу по-новому уявити і суб’єкта права, і правовий статус, правосуб’єктність, права й обов’язки.

Правовий статус – це формально визначені права й обов’язки і водночас фактичне становище людей, що займають визначене статусом положення в соціумі. Правосуб’єктність – не просто потенційна (для

¹⁵ Честнов (н 1).

¹⁶ Там само 208–13.

¹⁷ Там само.

діездатності реальна) можливість мати і реалізовувати права та обов'язки, а й масова фактична діяльність щодо володіння і реалізації прав та обов'язків, а також масове, пануюче в суспільстві уявлення про таку діяльність. Права та обов'язки – не просто володіння потенційною можливістю здійснювати певні дії й вимагати адекватних дій від зобов'язаної особи й усвідомлення цієї можливості, як і необхідності здійснення певних дій на користь управненої особи, а й фактичні дії, які реалізують ці права та обов'язки¹⁸.

Треба сказати, що визначення в посткласичній юридичній науці *суб'єкта права* як “постійно відтворюваної і такої, що вирішується в онтологічному діалозі, антиномії людини і правового статусу”, не витримує критики. Протиставляючи “людину” та її “правовий статус” у *межах поняття* “суб'єкт права”, ця точка зору здіймає це останнє поняття над двома першими, хоча тут же автор стверджує дещо протилежне, а саме, що правові статуси *представлені в діяльності людини* і саме “людина виражає, реалізує своїми діями правовий статус як сукупність прав і обов'язків”.

Насправді не людина є атрибутом її статусу, а, навпаки, *правовий статус є атрибутом людини*. Тому фігура суб'єкта права є ніщо інше, як статусний вираз людини, як єдності індивіда, особистості та індивідуальності; “суб'єкт права” – *усього лише деяка своєрідна “правова особистість” людини як такої*. Кожній такій “правовій особистості” властива своя правосуб'єктність, комплекс прав і обов'язків, що визначається фактичним положенням людей, які “займають певне положення в соціумі”. Але це їхнє фактичне положення визначається не правовим статусом, як стверджує І. Честнов, а *соціальним статусом* індивіда; від соціального статусу раба й рабовласника, кріпака й поміщика, найманого працівника й капіталіста залежить відповідний до їх соціального статусу набір їхніх прав та обов'язків, тобто правовий статус того або іншого суб'єкта. Інакше кажучи, “правовий статус” – тільки особлива *суспільна форма* статусу людини, поряд із її соціальним, політичним та іншими статусами.

Не з'ясувавши поняття, автор лише примножує плутанину традиційної філософії права з її “необґрунтованим розділенням між індивідом і суб'єктом права”. Повторюючи за цією філософією догматичне визначення понять правосуб'єктності, прав та обов'язків як “*можливостей*”, він “*уточнює*”: права й обов'язки – це не просто володіння *потенційною можливістю* вчиняти певні дії та вимагати адекватних дій від зобов'язаної особи й усвідомлення цієї можливості та необхідності здійснення певних дій на користь управненої особи, а ще й *фактичні дії*, що реалізують ці права та обов'язки. Водночас про зміст “*фактичних дій*”, про те,

¹⁸ Честнов (н 1) 214–6.

є ці дії *правомірними* чи *протиправними* діями, автор вирішив промовчати.

З таким непевним уявленням про права й обов’язки, із плутаниною понять “правовий статус” і “суб’єкт права” запропоноване автором визначення суб’єкта права як *первинного елемента* правової системи виглядає не зовсім переконливим, тим паче, що услід за цим він одразу переходить до розгляду *норм права*. Утім, такий “стрибок” зі сфери суцього в сферу повинного (“*должного*”) насамперед слід обґрунтувати, проте аргументації з цього приводу автор не надає.

Водночас відзначимо, що, на відміну від традиційної теорії права (“класичної”), своєю спробою уявити права і обов’язки суб’єкта не як лише “можливості”, а й як *фактичні дії*, І. Честнов наближається до Е. Бекбаєва, який визначив початком пізнання правової системи *діяння людини*¹⁹.

Ця обставина свідчить про те, що у пошуках виходу з кризи праворозуміння наукова думка шукає нові підходи, виявляючи при цьому *тенденцію* відходу від позитивістських трактовок права у напрямку до соціологічного та діалектичного праворозуміння²⁰.

Реально маючи справу з буржуазним правом й *абсолютизуючи* уявлення про нього, поширюючи його на будь-яке право *взагалі*, догматика права заплуталась у нагромадженні *абстракцій*, що нею продукуються за *логікою цієї абсолютизації*. У підсумку, теоретики права постають перед проблемою *зібрати воедино* абстракції “норми права”, “закону”, “законодавства”, “прав” і “обов’язків”, “правовідносин”, “правопорядку”, “правосвідомості” тощо, конструюючи поняття “правових механізмів”, “правових режимів”, “правової матерії”, намагаючись якось вбудувати останні в “правову систему”.

При цьому *право суб’єкта*, як і сам суб’єкт права, губляться у плутанині цього нагромадження абстракцій і ніяк не можуть вийти на перший план як *вихідного пункту* пізнання права, хоча цей вихідний пункт був визначений нами уже 20 років тому²¹.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Chestnov I'ja, *Postklassicheskaja teorija prava* (Alef-Press 2012) (in Russian).
2. Yushchik O, *Haluzi ta instytuty pravovoi systemy (mify i realnist)* (Oriiany 2002) (in Ukrainian).

¹⁹ Е Бекбаев, ‘Проблема начала в теоретическом познании правовой системы’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2016).

²⁰ О Ющик, ‘Ескіз діалектичної теорії права’ (2016) 6 Право України 156–66.

²¹ О Ющик, ‘Суб’єктне право – вихідний пункт дослідження права’ (2002) 21 Держава і право 16–23.

Journal articles

3. Poljakov A, 'Kommunikativnyj podhod v obshhej teorii prava' (2006/2007) 4/5 Problemy filosofii prava 60–7 (in Ukrainian).
4. Yushchik O, 'Eskiz dialektychnoi teorii prava' (2016) 6 Pravo Ukrainy 156–66 (in Ukrainian).
5. Yushchik O, 'Subiektne pravo – vykhidnyi punkt doslidzhennia prava' (2002) 21 Derzhava i pravo 16–23 (in Ukrainian).

Theses

6. Bekbaev E, 'Problema nachala v teoreticheskom poznanii pravovoj sistemy' (avto-ref dis-d-ra jurid nauk, 2016) (in Russian).

Oleksii Yushchik

“POSTCLASSICAL THEORY OF LAW”
AND ITS SCIENTIFIC NOVELTY

ABSTRACT. The article provides a critical analysis of the scientific novelty proposed by I. Chestnov so-called “postclassical theory of law”. It is noted that the author of this theory critically perceives the main directions of legal understanding in terms of postclassical methodology, as a radical critique of the modern era. He proposes to focus in the knowledge of legal reality not only on rational, but also on linguistic, anthropological and pragmatic approaches in the context of dialogical methodology. Therefore, the law is considered not in statics, but in the dynamics of the process of reproduction of legal reality, taking into account the personality of the individual. Thus, classical jurisprudence is denied as “inhuman”, one that depersonalizes people to legal status, without taking into account their interests, needs, mechanisms of socialization.

From the standpoint of dialectical logic, the article evaluates I. Chestnov’s understanding of the concept of scientific novelty as only a novelty of the conceptual level, which, in his opinion, is inherent in the postclassical theory of law. Similarly, from the point of view of the dialectic of law, the metaphysical nature of the dialogical methodology of the dichotomous approach to innovation in law is criticized. Attention is paid to the interpretation of the concepts of the legal system. The author’s statement about the functionally significant for the whole society rule of conduct, which the author considers the prohibition of murder in all societies, and his idea of the implementation of law outside the legal relationship was critically evaluated.

The reasoning of the author of the “postclassical theory” on the relationship between the concepts of “law” and “subject of law” and the latter with the concept of “legal status” is also considered, critical remarks are made about these considerations.

His understanding of the concept of rights and responsibilities and the recognition of the subject of law as a primary element of the legal system has been critically assessed. The general conclusion is made that in the search for a way out of the ongoing crisis of legal understanding, the tendency to move away from positivist interpretations of law in the direction of sociological and dialectical legal understanding is markedly determined.

KEYWORDS: postclassical theory of law; law; subject of law; legal status; legal system.

II. Доктрина господарського права

DOI: 10.33498/Юшн-2022-02-021



Валентин Щербина

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України, професор
кафедри економічного права
та економічного судочинства Навчально-наукового
інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4221-0965>
vsshcherbina@ukr.net

УДК 346.14

КОНВЕРГЕНЦІЯ ПРИВАТНОГО І ПУБЛІЧНОГО ПРАВА В РЕГУЛЮВАННІ ВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. У статті розглядаються деякі проблеми співвідношення публічних і приватних інтересів у господарських відносинах, які набули особливої гостроти у зв'язку з рекодифікацією цивільного законодавства і черговою спробою скасування Господарського кодексу України (ГК України).

Метою статті є виявлення особливостей правового регулювання відносин у сфері господарювання та обґрунтування на цій основі доцільності поєднання в Економічному кодексі України приватноправових і публічно-правових елементів як інструментів охорони приватних і публічних інтересів, оптимальне узгодження, співвідношення яких є визначальною і характерною рисою сфери господарювання.

Зазначається, що саме завдяки поєднанню в ГК України та інших актах господарського законодавства “публічних” і “приватних” норм досягається ефективне правове регулювання відносин у сфері господарювання. Взаємодія, взаємозв'язок і взаємопроникнення норм приватноправового і публічно-правового характеру слугують тими чинниками, що створюють можливість ухвалення нормативно-правових актів “змішаного” типу з наявністю в них і одних, і інших норм. Саме такі “змішані” нормативно-правові акти регулюють суспільні відносини в різних сферах.

З урахуванням того, що в сучасному правовому регулюванні суспільних відносин у різних сферах життєдіяльності відбувається конвергенція приватноправових і публічно-правових елементів, яку можна характеризувати як закономірний процес розвитку національної правової системи, очевидною стає потреба в органічному поєднанні норм приватноправового і публічно-правового характеру в процесі модернізації господарського законодавства через розроблення та ухвалення Економічного кодексу України. Саме такий кодифікований нормативно-правовий акт здатен забезпечити задоволення як приватних, так і публічних інтересів шляхом їх врахування, узгодження, зближення, поєднання тощо.

Висловлюється думка, що баланс публічних і приватних інтересів в економічній сфері, у випадках, коли йдеться про державне регулювання економіки, – це, як

© Валентин Щербина, 2022

правило, тимчасове явище, лише один із можливих станів їхнього співвідношення (їхня рівновага), який, на нашу думку, не можна визначати як мету (проміжну чи кінцеву) регулюючого впливу держави. Тому про баланс інтересів можна говорити у разі, якщо йдеться про юридично рівноправних учасників тих або інших відносин (наприклад, інтереси сторін у господарському договорі).

Запропоновано відмовитися від поділу юридичних осіб на юридичних осіб публічного права і юридичних осіб приватного права, натомість замінивши їх на публічні юридичні особи – ті, які створені для забезпечення і реалізації публічних інтересів (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, громадського формування), та приватні – метою створення яких є задоволення інтересів окремого індивіда чи колективу індивідів.

Ключові слова: приватні та публічні інтереси; сфера господарювання; співвідношення приватних і публічних інтересів; конвергенція приватного і публічного права; модернізація економічного законодавства.

У поглядах багатьох представників вітчизняної науки цивільного права та їхніх прихильників спостерігається протиставлення приватного права публічному, тоді як теоретики права визначають як об'єктивну реальність сучасного права органічний взаємозв'язок і взаємодію цих двох правових спільностей. При цьому вживання щодо приватного і публічного права терміна “підсистема” видається безпідставним, оскільки неможливо визначити таку впорядковану сукупність норм приватно-правового характеру (за існування галузей законодавства і права), що регулює суспільні відносини.

Не заглиблюючись у питання переліку та характеристики ознак приватного і публічного права, звернемося лише до одного з критеріїв розмежування цих двох сфер – інтересу.

Загальноприйнятим в юридичній науці є поділ інтересів на дві групи: публічні інтереси, різновидами якого, на нашу думку, можуть бути в кожному окремому випадку інтереси держави, нації, суспільства, територіальної громади, і приватні інтереси – будь-які майнові чи немайнові інтереси особи (індивіда), колективу, сім'ї.

На сучасному етапі розвитку демократичного суспільства в нашій країні все більше уваги привертають до себе категорії “інтерес”, “публічний інтерес”, “приватний інтерес”, що є важливими елементами системи соціальних цінностей.

Слід зазначити, що проблема інтересу у праві та визначення співвідношення приватних і публічних інтересів у різних сферах життєдіяльності завжди викликала і викликає потяг дослідників до її дослідження та розв'язання.

Не є винятком і сфера економіки, особливість дискусій щодо приватно-правових і публічно-правових аспектів правового регулювання, в якій доповнюється, до того ж ще й протистоянням різних наукових шкіл – цивільного і господарського права. Особливої гостроти проблема право-

вого регулювання відносин у сфері економіки набула у зв'язку з розпочатим процесом рекодифікації цивільного законодавства. Зазначені обставини зумовлюють потребу у поглибленому дослідженні зазначеної проблеми, незважаючи на те, що питанням правового забезпечення публічних інтересів у сфері підприємницької діяльності присвячено дослідження В. Мамонтова¹, співвідношення приватних і публічних інтересів при правовому регулюванні підприємницької діяльності – О. Курбатова² та Н. Наєждіна³, співвідношенню приватних і публічних інтересів у правовому регулюванні реклами – Б. Дзгоевої⁴, при правовому регулюванні банкрутства – Т. Борисенкової⁵.

Проблеми правового забезпечення публічних і приватних інтересів у господарських товариствах досліджувала О. Вінник⁶, приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин – О. Крупчан⁷ тощо. Окремі питання приватних і публічних інтересів у господарських відносинах та приватного і публічного права у регулюванні господарських відносин досліджувалися і автором цієї статті⁸.

Метою дослідження є виявлення особливостей правового регулювання відносин у сфері господарювання та обґрунтування на цій основі доцільності поєднання в Економічному кодексі України приватноправових і публічно-правових елементів як інструментів охорони приватних і публічних інтересів, оптимальне узгодження, співвідношення яких є визначальною і характерною рисою сфери господарювання.

Увага науковців до проблеми інтересу в господарському праві обумовлена тим, що поєднання публічно-правових і приватноправових засад є характерним для господарського законодавства, норми якого регулюють господарські відносини, що виникають у процесі організації (публічно-

¹ В Мамонтов, 'Правовое обеспечение публичных интересов в сфере предпринимательской деятельности' (автореф дис канд юрид наук, 2012).

² А Курбатов, *Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности* (Центр ЮрИнфоР 2001).

³ Н Наєждин, 'Предпринимательская деятельность как сфера взаимодействия частноправовых и публично-правовых интересов и средств регулирования' [2010] 20 (14) Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право.

⁴ Б Дзгоева, *Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы* (Прспект 2009).

⁵ Т Борисенкова, 'Соотношение частных и публичных интересов при правовом регулировании банкротства юридических лиц' (дис канд юрид наук, 2008).

⁶ О Вінник, *Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення* (Атіка 2003).

⁷ О Крупчан, 'Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин' (2013) 12 Приватне право і підприємництво 5–8.

⁸ В Щербина, 'Категорія "інтерес" в господарському праві та господарському законодавстві України' в *Діалектика публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки. Зб. матеріалів круглого столу* (Щербина В голова ред кол, НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака НАПрН України 2013) 250–3; В Щербина, 'Публічні й приватні інтереси в господарських відносинах' (2014) 13 Приватне право і підприємництво 28–31; В Щербина, 'Приватне і публічне право крізь призму правового регулювання господарських відносин' в *Другі наукові читання пам'яті академіка В. К. Мамутова* (2020) 152–6; В Щербина, 'Монізм чи дуалізм приватного права в регулюванні відносин у сфері господарювання: дилема чи міф' в *Судебно-юридическая газета* (2021) 22 марта.

правовий аспект) та здійснення господарської діяльності (приватноправовий аспект) між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. На такій позиції стоять представники господарсько-правової науки.

Очевидно, що започаткована ще за часів Стародавнього Риму ідея поділу права на приватне і публічне, яка отримала свій розвиток значно пізніше і була втілена в *Corpus juris civilis* – Зводі законів візантійського імператора Юстиніана, у сьогоденних умовах розвитку суспільства виглядає, щонайменше, відірваною від сучасних реалій.

Як і в часи Стародавнього Риму, сьогодні публічні інтереси пов'язують із публічним правом, як однією зі складових (поруч із приватним правом) права взагалі, не завжди акцентуючи увагу на тому, що право є похідним щодо інтересу, оскільки виражає і захищає його притаманними йому засобами і способами.

Так, за твердженням римського юриста Ульпіана, зафіксованим у Дигестах Юстиніана:

Вивчення права розпадається на два положення: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (відноситься) до становища Римської держави, приватне, яке (відноситься) до користі окремих осіб; існує корисне в суспільному відношенні і корисне в приватному відношенні⁹.

Зауважимо, що в Ульпіана йдеться про вивчення права, а не про його кодифікацію, тим більше про неможливість поєднання в одному кодифікованому акті приватноправових і публічно-правових норм. Практика законотворення в Україні, та й в інших державах свідчить якраз про поєднання таких норм не лише в кодексах, а й в інших законах. Прикладом можуть бути закони України “Про оренду державного та комунального майна”¹⁰, “Про приватизацію державного і комунального майна”¹¹, “Про публічні закупівлі”¹², “Про оборонні закупівлі”¹³, нормативно-правові акти транспортного законодавства та багато-багато інших.

На нашу думку, причина такого підходу до законотворення полягає в усвідомленому чи неусвідомленому, але об'єктивно існуючому процесі конвергенції (від. лат. *convergere* “зближатися, сходитися”) приватних і публічних інтересів, а відтак, – конвергенції приватного і публічного права.

⁹ Дигести Юстиніана (пер с лат, Кофанов Л отв ред, Статут 2002) 83.

¹⁰ Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 3 жовтня 2019 р. № 157-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

¹¹ Про приватизацію державного і комунального майна: Закон України від 18 січня 2018 р. № 2269-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

¹² Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

¹³ Про оборонні закупівлі: Закон України від 17 липня 2020 р. № 808-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/808-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

Сьогодні трапляється все більше наукових публікацій, в яких ідеться про конвергенцію приватного і публічного права як закономірний процес розвитку національних правових систем¹⁴.

Водночас варто погодитися з Р. Стефанчуком, який зазначає, що ні в науці, ні на практиці практично не ведеться дискусії про основоположні засади правового механізму конвергенції приватного та публічного інтересу, не визначена їхня сутність, не встановлені кількісні та якісні критерії, засади взаємодії та межі взаємопроникнення тощо. Відсутність таких розробок фактично нівелює механізм компенсації за ущемлення приватного інтересу публічним, що є обов'язковим супутником таких процесів¹⁵.

Водночас не можна не брати до уваги і зворотний бік цього процесу, коли задоволення приватних (особистих) інтересів відбувається без урахування публічних інтересів, а то і всупереч ним.

На подолання подібних “перекосів” і має бути спрямоване правове регулювання суспільних відносин, зокрема у сфері економіки.

Термін “інтерес” трапляється і в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України)¹⁶, і в Господарському кодексі України (далі – ГК України)¹⁷. Різниця полягає хіба що в тому, що в ЦК України законодавець вживає термін “інтерес”, тоді як в ГК України він здебільшого оперує словосполученням “законний інтерес”.

Втім, якщо в ЦК України йдеться про цивільні права та інтереси особи, фізичної особи, малолітніх і неповнолітніх осіб, підопічного, юридичної особи, що свідчить про, загалом, приватноправовий характер норм цього кодексу (посилання на інтереси держави й суспільства в ч. 1 ст. 203 ЦК України аж ніяк не можна вважати заслугою розробників проекту ЦК України), то спектр інтересів, щодо яких ідеться в ГК України, значно ширший. Це “інтереси суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому” (ч. 1 ст. 9 ГК України); “загальнодержавні і місцеві інтереси” (ч. 1 ст. 10 ГК України); “суспільні інтереси” (ч. 5 ст. 11 ГК України); “інтереси суспільства, держави, територіальних громад, суб'єктів господарювання та громадян” (ч. 1 ст. 17 ГК України) тощо.

¹⁴ Н Коршунов, ‘Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции’ (2010) 5 Журнал российского права 66–72; Л Грудцына, ‘Теория конвергенции частноправовых и публично-правовых начал в аспекте развития гражданского общества’ (2014) 6 Административное и муниципальное право 511–9; Л Музыка, ‘Про приватне і публічне в цивільному праві’ [2015] 1 (2) Науковий вісник Академії муніципального управління: Серія “ПРАВО” 116–20; Ю Харитонова, ‘Конвергенция частного и публичного в предпринимательском законодательстве и праве’ (2016) 2 Право. Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского 173–80; Н Коршунов, *Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики* (НОРМА 2018).

¹⁵ Р Стефанчук, ‘“Запублічення” приватного права: est modus in rebus’ (2016) 12 Право України 103.

¹⁶ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

¹⁷ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

При цьому, на відміну від ЦК України, якому подібна термінологія не відома, ГК України широко застосовує такі терміни і юридичні конструкції, як “узгодження”, “оптимальне узгодження”, “врахування”, “поєднання” інтересів названих вище суб’єктів, що, на нашу думку, є свідченням не публічного, а, скоріше, публічно-приватного характеру його норм, певним вираженням конвергенції приватного й публічного права.

Представниками цивільно-правової науки висловлювалися заперечення проти включення до ГК України норм приватноправового характеру, виходячи з постулату щодо неможливості поєднання в одному кодексі (законі, іншому нормативно-правовому акті) публічно-правових і приватноправових норм. Зокрема, І. Спасибо-Фатєєва ‘поєднання в одному законі приватних і публічних засад з різними методами, функціями та іншими атрибутами’ розцінює як “методологічно неправильний підхід”¹⁸, не пояснюючи, в чому саме полягає неправильність такого підходу.

При цьому не береться до уваги, що ЦК України, попри оцінку його як “кодексу приватного права”, містить чималу кількість норм, що відносяться до публічно-правових. Це, зокрема, норми щодо меж здійснення цивільних прав, щодо опіки та піклування, щодо державної реєстрації юридичної особи, щодо нотаріального посвідчення правочину, щодо його державної реєстрації тощо.

Багато авторів звертають увагу на неможливість провести чітку межу між публічним й приватним правом. Саме в цьому класична теорія поділу права на публічне і приватне видається найбільш вразливою. Запропоновані критерії, основним з яких є інтерес (публічний чи приватний), цієї проблеми не вирішують.

Взагалі питання щодо “чистоти” публічного чи приватного права, виходячи з природи їх норм, у сучасних умовах видається більше теоретичним, аніж прагматичним, особливо, коли йдеться про зміст нормативно-правових актів, покликаних не фрагментарно, а комплексно регулювати відносини у сфері економіки. Тим паче, що більшістю юристів поділ права на публічне й приватне, запропонований римлянами, виходячи із захисту охоронюваних інтересів (публічних і приватних), за словами відомого теоретика права М. Коркунова, був визнаний неспроможним¹⁹.

Тому слід визнати, що приватний і публічний інтереси настільки тісно переплітаються і зливаються в окремих правових нормах, загалом у нормативно-правових актах, що відділити їх один від іншого практично неможливо. Відтак ще складніше відрізнити приватне право від

¹⁸ І Спасибо-Фатєєва, *Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибрані наукові праці* (Золоті сторінки 2012) 58.

¹⁹ Н Коркунов, *Лекции по общей теории права* (9-е изд без изм, 1909) 165.

публічного, що підтверджується різними підходами до поділу галузей українського права (і не тільки українського) на публічні й приватні.

Взаємодія, взаємозв'язок і взаємопроникнення норм приватноправового і публічно-правового характеру слугують тими чинниками, що створюють можливість ухвалення нормативно-правових актів “змішаного” типу з наявністю в них і одних, і інших норм. Саме такі “змішані” нормативно-правові акти регулюють суспільні відносини в різних сферах.

Свого часу відомий і авторитетний романіст Й. Покровський, характеризуючи в “Історії римського права” значення Законів XII таблиць (першого писаного кодексу), зазначав, що за загальною свідомістю римлян вони, говорячи словами римського історика Тита Лівія (59 р. до н. е. – 17 р. н. е.), стали “*fons omnis publici privatique juris*” – джерелом всього публічного і приватного права²⁰. Так що поєднання в одному кодексі приватних і публічних норм – не таке вже виняткове й неприпустиме явище, як дехто намагається довести.

Як справедливо зазначав В. Мамутов, ‘для змісту норм господарського права характерно поєднання елементів публічно-правового і приватно-правового характеру’²¹.

Аналіз положень ГК України та інших нормативно-правових актів господарського законодавства свідчить про змішаний, “публічно-приватний” характер їх норм, що відповідає існуванню у сфері економіки як публічних, так і приватних інтересів, і зумовлений забезпеченням державою соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції України), а також тим, що у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) й поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб’єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення загалом (ч. 1 ст. 9 ГК України). Завдяки такому поєднанню “публічних” і “приватних” норм в одному нормативно-правовому акті, на нашу думку, якраз і можна досягти найбільш ефективного правового регулювання відносин у сфері господарювання, де тісно переплітаються інтереси особи, суспільства, держави. Саме виходячи з такого стану правового регулювання відносин у сфері економіки, доцільно кодифікувати економічне законодавство України в Економічному кодексі, розроблення й ухвалення якого пропонується частиною представників науки господарського права.

Діалектика публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки знаходить своє відображення у тому, що зазначені інтереси

²⁰ И Покровский, *История римского права* (Летний сад 1998) 121.

²¹ В Мамутов, ‘Сущность и содержание хозяйственного права’ в *Хозяйственное право: учебник* (Юриком Интер 2002) 22.

можуть взаємодіяти (поєднуватися) між собою, можуть суперечити одні іншим, можуть узгоджуватися чи враховуватися.

Водночас протиставлення публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки правовими засобами є неприпустимим, оскільки саме через упорядкування публічно-правового регулювання приватноправових відносин можливо досягти оптимального (залежно від соціально-економічних умов, політичного розвитку суспільства, завдань конкретного історичного періоду) співвідношення публічних і приватних інтересів. Ба більше, сьогодні можна спостерігати і зворотний процес – застосування приватноправового регулювання до публічних відносин: існування організаційно-господарських зобов'язань (ст. 176 ГК України), діяльність саморегулювних організацій тощо.

У контексті нашого дослідження, баланс публічних і приватних інтересів в економічній сфері, у випадках, коли йдеться про державне регулювання економіки, – це, як правило, тимчасове явище, це лише один із можливих станів їх співвідношення (їх рівновага), який, на нашу думку, не можна визначати як мету (проміжну чи кінцеву) регулюючого впливу держави.

Вважаємо, що про баланс інтересів можна говорити у разі, якщо йдеться про юридично рівноправних учасників тих або інших відносин (наприклад, інтереси сторін у господарському договорі). В усіх інших випадках держава в особі її уповноважених органів обирає найбільш оптимальні, на її погляд, методи (адміністративні чи економічні) впливу на економіку, на поведінку суб'єктів господарювання, залежно від того, які саме інтереси – приватні чи публічні – вона збирається відстоювати, і якими нормами права – приватними чи публічними – вона цього прагнучиме досягти.

З урахуванням викладеного вважаємо, що головним завданням держави залишається досягнення такого співвідношення через застосування економічних чи адміністративних методів регулюючого впливу на економіку, а також різноманітних засобів і механізмів регулювання господарської діяльності.

На вирішення цього завдання спрямоване, зокрема, встановлення чітких меж, до яких дія норм приватного права може бути обмежена нормами права публічного.

Залежно від конкретної економічної, політичної чи іншої ситуації (наприклад, запровадження надзвичайного стану, воєнного стану, надзвичайної екологічної ситуації, епідемічної ситуації тощо) ця межа може змінюватися в бік превалювання приватних чи публічних інтересів, яким відповідатиме посилення приватноправового чи публічно-правового регулювання.

Чи здатне за таких умов цивільне законодавство з його переважно приватноправовою спрямованістю на регулювання майнових відносин забезпечити адекватне ситуації, що складається в економіці та суспільстві, співвідношення приватних й публічних інтересів? Зауважимо, що звернення в такому випадку до адміністративно-правового регулювання з його специфічним методом, що ґрунтується на дозволах, приписах і заборонах²², без урахування економічних інтересів бізнесу не дасть бажаного результату – досягнення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів.

У зв'язку з цим видаються малоперспективними ідеї щодо поділу українського економічного права на публічне та приватне, а також викремлення в окрему підгалузь “Особливого адміністративного права” адміністративно-господарського права²³, оскільки всупереч тенденції конвергенції приватного і публічного права (поєднання приватноправових і публічно-правових елементів) обидві ідеї (пропозиції) перешкоджають найбільш оптимальному регулюванню суспільних відносин у сфері господарювання.

Як зазначав В. Лаптев, відсутність у ЦК Російської Федерації загальних норм, що відносяться до публічно-правової регламентації господарської діяльності, компенсується використанням норм адміністративного права для регулювання економіки. Інакше кажучи, зазначав автор, публічно-правове регулювання будується не на господарсько-правовій основі, а за принципами “поліцейського” права, яке хоч і потрібне для боротьби з адміністративними правопорушеннями, але жодною мірою не відображає специфіки державного регулювання господарської діяльності²⁴.

У контексті питання, що стосується публічного і приватного права, видається за доцільне розглянути ще один аспект, а саме закріпленій у ст. 81 ЦК України поділ юридичних осіб залежно від порядку їх створення на юридичних осіб приватного права і юридичних осіб публічного права, який, попри свою, на перший погляд, привабливість, не можна визнати досконалим і таким, що об'єктивно відображає різницю між зазначеними двома видами юридичних осіб.

Передусім штучними видаються найменування юридичних осіб із застосуванням чітко не визначених в юридичній науці термінів “публічне право” і “приватне право”, тим паче, що ні одне, ні інше право жодним

²² В Юровська, ‘Метод адміністративного права: теоретико-правовий аналіз’ (2017) 12 Підприємництво, господарство і право 191.

²³ Р Мельник, ‘Адміністративно-господарське право як структурний елемент системи адміністративного права: зарубіжний досвід та національні особливості’ 2010 2 (34) Право і безпека 55–9; Є Петров, ‘Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України’ (дис д-ра юрид наук, 2012).

²⁴ В Лаптев, ‘Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права’ в *Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие* (2002) 20–1.

чином не слугують тим критерієм, за яким конкретна юридична особа відноситься до юридичних осіб публічного чи приватного права.

Та й у ЦК України критерієм поділу юридичних осіб на види названо порядок їх створення, що, як показала практика, не завжди дає змогу визначити вид юридичної особи.

Інша справа, якщо обрати критерієм поділу юридичних осіб на види інтерес, заради задоволення якого вони створені. У такому разі більш вдалим, на нашу думку, був би поділ юридичних осіб на публічних і приватних. *Публічні юридичні особи* – ті, які створені для забезпечення і реалізації публічних інтересів (держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, громадського формування), а *приватні* – метою створення яких є задоволення інтересів окремого індивіда чи колективу індивідів.

Такий поділ дасть змогу відносити до приватних юридичних осіб не лише приватні підприємства, господарські товариства, а й державні та комунальні підприємства, підприємства громадських формувань. При цьому відпадає потреба у перетворенні їх в організаційно-правову форму господарських товариств, як це пропонується здійснити в процесі оновлення ЦК України.

Натомість органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування, які є виразниками відповідно державних інтересів, інтересів Автономної Республіки Крим та інтересів територіальних громад, у разі, якщо законом передбачено існування їх як юридичних осіб, функціонуватимуть як публічні юридичні особи.

Що стосується порядку створення публічних чи приватних юридичних осіб, то він не повинен розглядатись як критерій поділу останніх на види, тому що створення державної корпорації чи концерну постановою Кабінету Міністрів не свідчить про відмінність цих об'єднань суб'єктів господарювання від корпорації чи концерну, створеного за ініціативою підприємств-учасників об'єднання. Деякі відмінності у правовому статусі учасників господарських об'єднань і державних господарських об'єднань жодним чином не впливають на правовий статус самих об'єднань як приватних юридичних осіб.

Те саме стосується державних і комунальних підприємств, які ЦК України відносить до юридичних осіб публічного права.

Чи задовольняє (чи реалізує) така юридична особа публічні інтереси? Певною мірою (через сплату податків та інших обов'язкових платежів) так, проте так само сплачує податки і господарське товариство як юридична особа приватного права за ЦК України.

Що стосується виплати частини прибутку державі чи територіальній громаді як власниці корпоративних прав, то такі дії нічим, окрім строків

виплати, не відрізняються від виплати частини прибутку (дивідендів) учаснику господарського товариства – фізичній чи юридичній особі.

В юридичній літературі висловлена думка щодо заміни терміна “фізична особа” терміном “приватна особа”, з чим важко погодитися, оскільки це далеко не рівнозначна заміна. Адже існуючі нині назви учасників цивільних відносин – “фізичні і юридичні особи” – дозволяють чітко розуміти, хто є хто в цивільних правовідносинах, а приватною особою може бути не лише фізична, а й юридична особа.

Висновки. Таким чином, підбиваючи підсумки викладеному, доходимо висновку, що в сучасних умовах конвергенції приватного і публічного права, що особливо чітко прослідковується при регулюванні суспільних відносин у сфері господарювання, єдиним вірним шляхом модернізації економічного (господарського) законодавства, на нашу думку, має бути розроблення й ухвалення Економічного кодексу України, який би органічно поєднав у собі приватноправові й публічно-правові елементи як інструменти охорони приватних і публічних інтересів, оптимальне узгодження, співвідношення яких є визначальною і характерною рисою сфери господарювання.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dzgoyeva B, *Sootnosheniye chastnykh i publichnykh interesov v pravovom regulirovanii reklamy* (Prospekt 2009) (in Russian).
2. Korkunov N, *Lektsii po obshchey teorii prava* (1909) (in Russian).
3. Korshunov N, *Konvergentsiya chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki* (NORMA 2018) (in Russian).
4. Kurbatov A, *Sochetaniye chastnykh i publichnykh interesov pri pravovom regulirovanii predprinimatel'skoy deyatel'nosti* (Tsentr YurInfoR 2001) (in Russian).
5. Pokrovskiy I, *Istoriya rimskogo prava* (Letniy sad 1998) (in Russian).
6. Spasybo-Fatyeyeva I, *Tsyvilystyka: na shlyakhu formuvannya doktryn: vybrani naukovy pratsi* (Zoloti storinky 2012) (in Ukrainian).
7. Vinnyk O, *Publichni ta pryvatni interesy v hospodarskykh tovarystvakh: problemy pravovoho zabezpechennya* (Atika, 2003) (in Ukrainian).

Edited and translated books

8. *Digesty Yustiniana* (per s lat, Kofanov L otv red, Statut 2002) (in Russian).
9. Laptev V, ‘Sovremennyye problemy predprinimatel'skogo (khozyaystvennogo) prava’ v *Predprinimatel'skoye pravo v XXI veke: preymstvennost' i razvitiye* (2002) (in Russian).
10. Mamutov V, ‘Sushchnost' i sodержaniye khozyaystvennogo prava’ v *Khozyaystvennoye pravo: uchebnik* (Yurinkom Inter 2002) (in Russian).

Journal article

11. Grudtsyna L, 'Teoriya konvergentsii chastnopravovykh i publichno-pravovykh nachal v aspekte razvitiya grazhdanskogo obshchestva' (2014) 6 *Administrativnoye i munitsipal'noye pravo* (in Russian).
12. Kharitonova Yu, 'Konvergentsiya chastnogo i publichno v predprinimatel'skom zakonodatel'stve i prave' (2016) 2 *Pravo. Vestnik Nizhegorodskogo universiteta im N. I. Lobachevskogo* (in Russian).
13. Korshunov N, 'Chastnoye i publichnoye pravo: problemy formirovaniya osnov sovremennoy teorii konvergentsii' (2010) 5 *Zhurnal rossiyskogo prava* (in Russian).
14. Krupchan O, 'Pryvatnopravovi ta publichno-pravovi zasady rehulyuvannya pidpryyemnytskykh vidnosyn' *Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo* (2013) (in Ukrainian).
15. Melnyk R, 'Administrativno-hospodarske pravo yak strukturnyy element systemy administrativnoho prava: zarubizhnyy dosvid ta natsionalni osoblyvosti' [2010] 2 (34) *Pravo i bezpeka* (in Ukrainian).
16. Muzyka L, 'Pro pryvatne i publichne v tsyvilnomu pravi' [2015] 1 (2) *Naukovyy visnyk Akademiyi munitsypalnoho upravlinnya: Seriya "PRAVO"* (in Ukrainian).
17. Nadezhdin N, 'Predprinimatel'skaya deyatel'nost' kak sfera vzaimodeystviya chastnopravovykh i publichno-pravovykh interesov i sredstv regulirovaniya' [2010] 20 (14) *Nauchnyye vedomosti Belgorodskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Filosofiya. Sotsiologiya. Pravo* (in Russian).
18. Shcherbyna V, 'Publichni y pryvatni interesy v hospodarskykh vidnosynakh' (2014) 13 *Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo* (in Ukrainian).
19. Stefanchuk R, "'Zapublichennya" pryvatnoho prava: est modus in rebus' (2016) 12 *Pravo Ukrayiny* (in Ukrainian).
20. Yurovska V, 'Metod administrativnoho prava: teoretyko-pravovyy analiz' (2017) 12 *Pidpryyemnytstvo, hospodarstvo i pravo* (in Ukrainian).

Newspaper articles

21. Shcherbyna V, 'Monizm chy dualizm pryvatnoho prava v rehulyuvanni vidnosyn u sferi hospodaryuvannya: dylema chy mif' (2021, 22 marta) *Sudebno-yurydycheskaya hazeta* (in Ukrainian).

Conference paper

22. Shcherbyna V, 'Katehoriya "interes" v hospodarskomu pravi ta hospodarskomu zakonodavstvi Ukrayiny' v *Dialektyka publichnykh i pryvatnykh interesiv u derzhavnomu rehulyuvanni ekonomiky* (2013) (in Ukrainian).
23. Shcherbyna V, 'Pryvatne i publichne pravo kriz pryzmu pravovoho rehulyuvannya hospodarskykh vidnosyn' v *Druhi naukovy chytannya pamyati akademika V. K. Mamutova* (2020) (in Ukrainian).

Theses

24. Borisenkova T, 'Sootnosheniye chastnykh i publichnykh interesov pri pravovom regulirovanii bankrotstva yuridicheskikh lits' (dis kand yurid nauk, 2008) (in Russian).
25. Mamontov V, 'Pravovoye obespecheniye publichnykh interesov v sfere predprinimatel'skoy deyatel'nosti' (avtoref dis kand yurid nauk, 2012) (in Russian).
26. Petrov Ye, 'Administrativno-hospodarske pravo yak pidhaluz administrativnoho prava Ukrayiny' (dys d-ra yuryd nauk, 2012) (in Ukrainian).

Valentyn Shcherbyna

CONVERGENCE OF PRIVATE AND PUBLIC LAW IN THE REGULATION OF RELATIONS IN THE FIELD OF ECONOMY

ABSTRACT. The article considers some problems of the balance of public and private interests in economic relations, which have become particularly acute in connection with the recoding of civil law and another attempt to repeal the Economic Code of Ukraine.

The aim of the article is to identify the features of legal regulation of relations in the field of management and justify on this basis the feasibility of combining in the Economic Code of Ukraine private and public law elements as tools for protecting private and public interests, optimal harmonization.

It is noted that due to the combination of “public” and “private” norms in the GC of Ukraine and other acts of economic legislation, effective legal regulation of relations in the field of management is achieved. Interaction, interconnection and interpenetration of norms of private and public law are the factors that create the possibility of adopting regulations of “mixed” type with the presence of both norms. Such “mixed” legal acts regulate public relations in various spheres.

Given the fact that in the modern legal regulation of public relations in various spheres of life there is a convergence of private and public law elements, which can be characterized as a natural process of development of the national legal system, the need for an organic combination of private and public law modernization of economic legislation through the development and adoption of the Economic Code of Ukraine. Such codified normative legal act is able to ensure the satisfaction of both private and public interests by taking them into account, coordination, convergence, combination, and so on.

It is believed that the balance of public and private interests in the economic sphere, in cases of state regulation of the economy – this is usually a temporary phenomenon, it is only one of the possible states of their relationship (their balance), which, in our opinion, cannot be defined as the goal (intermediate or final) of the regulatory influence of the state. Therefore, the balance of interests can be said in the case of legally equal participants in a relationship (for example, the interests of the parties to a business agreement).

It is proposed to abandon the division of legal entities into legal entities under public law and legal entities under private law, instead replacing them with public legal entities – those created to ensure and realize public interests (state, Autonomous Republic of Crimea, territorial community, civic formation), and private – the purpose of which is to meet the interests of an individual or group of individuals.

KEYWORDS: private and public interests; sphere of management; ratio of private and public interests; convergence of private and public law; modernization of economic legislation.

III. Доктрина адміністративного права



Тетяна Коломоєць

докторка юридичних наук, професорка,
членкиня-кореспондентка НАПрН України,
заслужена діячка науки і техніки України,
деканеса юридичного факультету
Запорізького національного університету
(Запоріжжя, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1101-8073>
t_deputy@ukr.net

Валерій Колпаков

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри адміністративного
та господарського права
Запорізького національного університету
(Запоріжжя, Україна)
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8580-3261>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/E-7091-2016>
v.k.kolpakov@gmail.com



УДК 342.922

ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА VS ПОСТМОДЕРН: ВІД “СЕРВІСНОЇ” ГАЛУЗІ ДО ПРАВА ЮРИДИЧНИХ СМИСЛІВ

АНОТАЦІЯ. Прагнення до системного розуміння соціально-юридичної місії адміністративного права неминує формує потребу в науковому прогнозі еволюції його доктрини з урахуванням наявності в українському соціокультурному розвитку локацій постмодерну.

Аналіз властивостей і передумов виникнення постмодерну свідчить про відсутність у його природі позитивного порядку денного для юридичного простору. Як нові цінності він культивує класичні антиподи права (нігілізм, безсистемність, фрагментацію і хаотизацію) і втілює їх у соціальну свідомість.

Метою статті є отримання нових знань про алгоритми подолання адміністративним правом постмодерністських тенденцій і впровадження через його доктрину й предмет юридичних смислів щодо стабільності, системності, константності у взаємодії влади і громадянського суспільства.

Використана у цій статті методологія гармонізована з принциповим положенням, відповідно до якого застосування того чи іншого методу не можна звести до єдиної формули, а конкретні дослідницькі технології варіюються залежно від характеру предмету дослідження і його мети. Втім, підкреслимо, що у пошуковому

інструментарії присутні методи феноменологічного і системного аналізу, наративний, історико-генетичний, метод ідеальних конструкцій та ін.

Стаття впроваджує думку, що перебуваючи під впливом постмодернових зазіхань, адміністративне право, хоча і зазнало відповідних деформацій, але не втратило ролі регулятора відносин між владою і громадянським суспільством.

Як на доктрину, так і на саме адміністративне право і його предмет постмодерністські течії не завжди мали негативний вплив. Можна вважати, що ідеологія постмодерну відповідною мірою обумовила появу прогресивних практик, зокрема й ухвалення Концепції адміністративної реформи. У результаті галузь набрала сервісного змісту й позбавилась тоталітарної залежності від державноуправлінської доктрини.

Позбавлення залежності від постмодерну пов'язане з новітніми дослідженнями доктрини і предмету адміністративного права. Їх найважливішим результатом стало визнання того, що факт системності концепту – це точка біфуркації на шляху розлучення з постмодерном.

Дослідження системності предмету й адміністративно-правової доктрини детермінували визнання відносин адміністративних зобов'язань і пов'язаного з ними принципу захисту законних очікувань як нового принципу адміністративного права.

Входження адміністративного права у парадигму системності визначило, по-перше, подолання постмодерністської дезінтеграції та фрагментації структури предмета, по-друге, еволюціонування: а) від права супутника державного управління; б) через сервісне право; в) до права формування юридичних смислів у сфері взаємодії влади і громадянського суспільства.

Під формуванням юридичних смислів у сфері взаємодії влади й громадянського суспільства ми розуміємо генерування нормативно вираженої мотивації у влади і громадянського суспільства перетворювати спрямовані до них знання у практичну правозастосовну діяльність.

Таким чином, сучасне адміністративне право України, зазнавши на своєму шляху кардинальних змін і перетворень, постає у правовій системі правом формування юридичних смислів у сфері взаємодії влади й громадянського суспільства.

Ключові слова: адміністративне право; відносини адміністративних зобов'язань; доктрина адміністративного права; право юридичних смислів; предмет адміністративного права; принцип захисту законних очікувань.

Виразною тенденцією дослідницького інтересу у сфері права нині постає проблематика встановлення самостійності (і взагалі кореляцій) наукових констант і доктрин щодо реалій сприйняття соціумом фактичної дійсності.

Особливої актуальності ці питання набувають в умовах тотального сприйняття суспільною свідомістю, а головне – суспільною практикою, постмодерну, як неминучого вектору соціальних перетворень. Сьогодні постмодерністські локації вийшли за межі філософсько-соціологічних дискурсів й адаптуються до конкретних життєвих ситуацій і процесів.

Спочатку “постмодерн” був літературознавчим поняттям. Потім проник в архітектуру і живопис. Згодом його підхопили соціологія і філо-

софія. Зараз вже йдеться про “постмодерну” теологію, “постмодерні” подорожі, “постмодерних” пацієнтів, “постмодерні” кулінарні книги, “салонний” постмодерн тощо.

Термін “постмодерн” використовується для маркування стану хаотичності, неузгодженості, дисгармонії, алогічності¹. Детерміновано постмодернові розкраси в політичному житті. Інтеграція політичних процесів і постмодерну перетворює політику в ілюзію. Метастази постмодерну мають незаперечні “успіхи” у перетворенні людини-соціальної у людину-жарт і безмістовний казус, який нічого не виражає².

Природньо виникають запитання: по-перше, про здатність доктрин генерувати юридичні смисли (мотивації), принципи, методи і форми щодо мінімізації та уникнення постмодернових ризиків правовими засобами; по-друге, про здатність сучасних правників критично осмислити соціальну дійсність і запропонувати методологічні підходи, концептуальні ідеї і парадигми дій для опору постмодерній активності; по-третє, про здатність юридичної практики системно застосувати дослідницькі напрацювання для інспірації формування у людини-соціальної властивостей людини-юридичної (наявність розвиненої правосвідомості та готовності керуватися у своїх діях смислами, що виходять із правових джерел).

Їх розв’язання є важливою місією українського права взагалі, кожної галузі у сегменті свого регулювання. Адміністративне право у цьому розподілі ролей займає специфічне місце. Адже його компетенції концентруються на організаційно-правових питаннях відносин влади й громадянського суспільства.

З огляду на це проблематика цієї статті – пошук алгоритмів щодо ефективного застосування адміністративно-правових компонентів у виконанні місії українського права щодо виходу суспільної свідомості з дисгармонії постмодерну.

У сучасних адміністративно-правових публікаціях самостійне місце посіли дослідження доктрини й предмету адміністративного права, а також окремих компонентів постмодерну, як сформованого у суспільній свідомості різновиду світоглядних орієнтирів, спрямованих на ототожнення віртуального хаосу (хаосмосу) з об’єктивною реальністю.

Аналіз джерельної бази, на нашу думку, доречно розпочати з розгляду їх представлення в енциклопедичних і загальнотеоретичних виданнях, адже саме вони містять найбільш узагальнені й усталені погляди на розуміння об’єкта й предмету цього дослідження.

¹ Р Головенко, ‘Постмодерна плутанина з визначеннями медійних термінів’ (Інститут масової інформації, 03.09.2021) <<https://imi.org.ua/monitorings/status-zhurnalista-zmi-j-zhurnalistyka-v-epohu-postmodernu-i41034>> (дата звернення: 10.01.2022).

² М Юрій, ‘Президентські вибори як дзеркало постмодерну’ (2021) 9 Медіафорум 11–27.

Перший в Україні багатотомний систематизований звід знань про державу і право (“Юридична енциклопедія” в 6-ти томах) в окремій статті зазначає, що правова доктрина – це система знань про певне правове явище і за відповідних умов може бути розвинута у правову теорію³. У “Великій українській юридичній енциклопедії” міститься спеціальна стаття, де системоутворюючим чинником предмету адміністративного права зафіксовані “відносини адміністративних зобов’язань”. У ній також зазначено, що виникнення та існування цих відносин обумовлено змістом норм Конституції України⁴ щодо відповідальності держави перед людиною, визнання головним обов’язком держави утвердження та забезпечення прав і свобод людини, верховенства права, обмеження повноважень і дій публічної адміністрації Конституцією та законами України⁵.

Принципову роль у розумінні феномену “постмодерн” відіграли судження, висловлені у філософських, теоретико-правових та інших фахових дослідженнях. Зокрема, це стосується його геополітичної природи⁶; відображення розвитку методологічних принципів і теоретичних засад⁷; трактування правових категорій крізь призму постмодерну⁸; прогнозування переходу постмодерну у постпостмодерн⁹; впливу на людське буття¹⁰; впливу на політичні процеси¹¹ тощо.

Цінність аксіоматичних положень філософських узагальнень для розуміння адміністративно-правової доктрини екстрапольована з праць С. Максимова¹², А. Васильєва¹³, Н. Зазаєвої¹⁴. Осягненню генетичних за-

³ *Юридична енциклопедія, т 2: Д-Й* (Шемшученко Ю ред, Українська енциклопедія ім М П Бажана, 1999) 275.

⁴ 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: 10.01.2022).

⁵ *Велика українська юридична енциклопедія, т 5: Адміністративне право* (Битяк Ю голова редкол, Право 2021) 692–4.

⁶ А Дугин, *Геополитика постмодерна* (Амфора 2007) 768; Э Сафронов, ‘Состояние постмодерна в 2021 году’ (2021) 1 *Galactica Media: Journal of Media Studies*.

⁷ В Ратников, ‘Постмодернизм: истоки, становление, сущность’ [2002] 4 (29) *Философия и общество*; М Родян, ‘Развиток постмодернизму: методологічні принципи, теорії, засади’ (2021) 2 *Перспективи. Соціально-політичний журнал* 102–7.

⁸ В Сорокин, М Кутявина, ‘Толкование права в интерпретации постмодернизма’ [2018] 2 (15) *Российский журнал правовых исследований* 54; Н Федорук, ‘Публічне право України в умовах постіндустріальної держави’ (2020) 2 *Часопис Київського університету права* 51–4; С Бочкарев, ‘Истоки постмодерна о подлинном смысле и предназначении постправа’ (2021) 11 *Государство и право* 24–36.

⁹ А Меньшеніна, ‘Постмодерн vs. постпостмодерн: можливості осягнення політичної дійсності’ [2021] 22 (30) *Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 22. Політичні науки та методика викладання соціально-політичних дисциплін* 30–7; С Куцепал, ‘Після постмодернізму: “нащадки” / “маски”?’ (філософський начерк) (2021) 22 *Актуальні проблеми духовності* 215–25.

¹⁰ В Горбатенко, ‘Постмодерн і трансформація ціннісної основи людського буття’ (2005) 1 *Політичний менеджмент* 3–13.

¹¹ Юрій (н 2) 11–27.

¹² С Максимов, ‘Теорія природного права: концептуальний і доктринальний виміри’ (2021) 1 *Право України* 43–65; С Максимов, ‘Правова доктрина: філософсько-правовий підхід’ (2013) 9 *Право України* 34–54.

¹³ А Васильєв, *Правовая доктрина как источник права. Вопросы теории и истории* (Прспект 2021) 232.

¹⁴ Н Зазаева, *Онтологическая сущность права: антропологическо-ценностный подход* (Изд-во Саратов ун-та 2005) 236.

сад предмету і доктрини адміністративного права сприяли дослідження В. Авер'янова¹⁵, Ю. Битяка¹⁶. Врахуванню співвідношення з Конституцією України й іншими галузями права слугували висновки досліджень А. Селіванова¹⁷, М. Теплюка¹⁸, А. Крижановського¹⁹, С. Фурси²⁰, Т. Коломоєць, В. Колпакова²¹ та ін.

МЕТА дослідження полягає в отриманні нових знань: а) про постмодерн в українській правовій реальності; б) характеристики впливу постмодерну на доктрину і предмет адміністративного права; в) здатність доктрин генерувати юридичні смисли (мотивації), принципи, методи і форми щодо мінімізації та уникнення постмодернових ризиків правовими засобами; г) здатність сучасних правників критично осмислити соціальну дійсність і запропонувати методологічні підходи, концептуальні ідеї і парадигми дій для опору постмодерній активності; ґ) здатність юридичної практики системно застосувати дослідницькі наробки для інспірації формування людини-юридичної з наявністю розвиненої правосвідомості та готовністю керуватися у своїх діях смислами, що виходять із правових джерел.

Сучасний стан наукових досліджень правового простору характеризується зростаючим інтересом до місця і ролі адміністративного права в системі регуляторів соціальних відносин, відповідності його нормативної складової об'єктивним закономірностям розвитку суспільства й держави, організаційно-дослідним аспектам наукового супроводу публічного адміністрування.

Прагнення до системного розуміння соціально-юридичної місії адміністративного права неминуче формує потребу в науковому прогнозі еволюції його доктрини з урахування наявності в українському соціокультурному розвитку локацій постмодерну.

¹⁵ В. Авер'янов, 'Адміністративне право України: доктринальні аспекти реформування' (1998) 8 *Право України* 8–13; В. Авер'янов, 'Предмет адміністративного права: нова доктринальна оцінка' (2004) 10 *Право України* 25–30; В. Авер'янов, 'Становлення нової доктрини українського адміністративного права' (2007) 28 *Юридичний вісник України* 1–5.

¹⁶ Ю. Битяк, 'Доктринальні напрямки розвитку науки адміністративного права' в *Питання адміністративного права, кн 1* (Писаренко Н відп за вип, *Право* 2017) 8–12.

¹⁷ А. Селіванов, 'Конституційні засади становлення і розвитку адміністративної юстиції і адміністративного процесу в умовах реалізації доктрини справедливого судочинства' в *Правова система України: історія, стан та перспективи, т 2: Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення* (Битяк Ю ред, *Право* 2008) 368–83.

¹⁸ М. Теплюк, 'Конституційне визначення публічної влади – ключова ланка юридичної доктрини України' (2021) 2 *Право України* 29–41.

¹⁹ А. Крижановський, 'Доктрина правового порядку в Україні: генезис, сучасний стан і перспективи' (2013) 9 *Право України* 229–42.

²⁰ С. Фурса, 'Інститут нотаріату в юридичній доктрині України: актуальні проблеми та перспективи розвитку' (2020) 9 *Право України* 11–9.

²¹ Т. Коломоєць, В. Колпаков, 'Сучасна парадигма адміністративного права: генеза і поняття' (2017) 5 *Право України* 71–9; В. Колпаков, 'Феноменологія доктрини адміністративного права' в *XI Міжнародній науково-практичній конференції, т 1, вип 1* (Наукові перспективи 2021) 82–6; V. Kolpakov, 'Categories "Essence" and "Content" in administrative law' in *Modern aspects of modernization of science: status, problems, development trends Lisbon: Scientific prospects* [2021] (2) 12 90–3; Т. Коломоєць, В. Колпаков, 'Доктрина та предмет: сутність і зміст адміністративного права' (2021) 19 *Право України* 12–27.

Термін і поняття “постмодерн” використовують, як правило, для позначення історичного періоду після завершення “модерну”. Водночас поряд із цією концепцією існує і зовсім протилежна. Відповідно до неї “постмодерн” являє собою нову стадію модерна, тобто це модерн у стадії оновлення.

У численних дослідженнях постмодерн представлений як парадигма соціокультурного розвитку, реакція на традиції і порядок, проєкт соціального оновлення, духовний стан, період історії, світогляд, спосіб орієнтації в сучасному світі, метод пізнання соціальної дійсності, сукупність поглядів на світ, тенденцію в культурному самоусвідомленні, напрям у соціальній теорії тощо. Існує також думка, що “постмодерн” лише модне слово, за яким немає нічого принципово нового.

Фактична неосяжність простору, на якому постмодерн почав виконувати функцію руйнівника модерну, обумовили його роль як специфічного маркера для позначення трансформацій в абсолютно різних сферах суспільного життя, а також для позначення інновацій у науці та культурі.

Водночас дослідники цього феномену постійно підкреслюють неоднозначність і навіть суперечливість як терміна, так і самого поняття “постмодерн”.

По-перше, це стосується його легітимності. З одного боку, є думка, що у період, який чипізували “постмодерном”, не виникло явищ, які б за своєю новизною, актуальністю і впливом на стан суспільства й динаміку суспільних процесів виправдовували його запровадження. Галас навколо нього і фактична популяризація засобами масмедіа значною мірою мають на меті рекламно-пропагандистські цілі.

З другого боку, знаходяться прихильники постмодерну. Вони визнають, що його осягнення дає змогу детермінувати принципово нові явища, вплив яких тягне знакові зміни і перетворення у суспільстві й суспільній свідомості. Однак вони (що, на нашу думку, як мінімум дивно) відмовляють сучасникам у праві на їхню фіксацію і дослідження, мовляв, що це завдання майбутніх поколінь.

По-друге, виникають питання з релевантністю його присутності у різних сферах людського буття. Спочатку “постмодерн” був літературознавчим поняттям. Потім проник в архітектуру й живопис. Згодом його підхопили соціологія і філософія. Зараз вже йдеться про “постмодерну” теологію, “постмодерні” подорожі, “постмодерних” пацієнтів, “постмодерні” кулінарні книги, “салонний” постмодерн тощо. Ба більше, термін “постмодерн” використовується для маркування стану хаотичності, неузгодженості, дисгармонії, алогічності²². Його навіть досліджують у прив’язці до політичного життя і президентських виборів²³.

²² Головенко (н 1).

²³ Юрій (н 2) 11–27.

По-третє, не до кінця з'ясовано час актуалізації постмодерну як явища. Поява терміна пов'язується з ім'ям німецького письменника, поета і філософа Р. Панвіца, який у 1917 р. кризові процеси в європейській культурі назвав постмодерном. Існує думка, що поява цього феномену припадає на 50-ті роки минулого століття. Обґрунтовується детермінація постмодерну на європейському просторі у 70-х роках минулого століття. За А. Тойнбі "постмодерн" розпочався вже 1875 р. Ж.-Ф. Ліотар вважає доведеним, що постмодерністські погляди були притаманні Аристотелю. Цікаво, що Ж.-Ф. Ліотар, один із батьків філософського постмодерну, знаходить його в Аристотеля, тобто до появи всякого модерну.

По-четверте, спірним є зміст поняття "постмодерн". Для одних постмодерн – епоха нових технологій. Для інших під знаком постмодерну відбувається прощання із засиллям технократії. Це носії ідеології "зелених", екологів, альтернативників. Серед поборників постмодерну існують: а) такі, що сподіваються на його "допомогу" у новій консолідації розколотої суспільства; б) такі, що очікують наростання фрагментації суспільства завдяки ескалації плюральності й тиражування "вікон Овертона" (дискурсу)²⁴.

Осмилення постмодерну характеризується динамізмом, фундаментальністю, концептуальним розмаїттям, багатопрофільністю. Про це свідчать дослідження П. Андерсона²⁵, С. Бочкарьова²⁶, Н. Варламової²⁷, В. Горбатенко²⁸, Ф. Джеймисона²⁹, А. Павлова³⁰, Д. Харві³¹, І. Честнова³² та ін.

Одним із важливих результатів їхніх дослідницьких зусиль стала розробка пропозицій щодо концептуального бачення суспільства постмодерну. Представлені концепції характеризуються великим спектром підходів, спрямованих на опис і пояснення змін у механізмах впливу на суспільні відносини, розуміння перспектив трансформації процесів, від яких залежить життя індивідів.

Зокрема, Ф. Джеймисон не вважає постмодерн новим етапом еволюції, а трактує соціальні зміни як продовження логіки розвитку вже існуючого суспільства капіталізму. На думку З. Баумана, сучасні суспільства вже пройшли у своєму розвитку дві стадії: а) премодерну і б) модерну. Зараз

²⁴ В Вельш, 'Постмодерн. Генеалогія і значення одного спорного поняття' (1992) 1 *Путь. Международный философский журнал* 109–36.

²⁵ П Андерсон, *Истоки постмодерна* (пер с англ, Территория будущего 2011) 208.

²⁶ Бочкарев (н 8) 24–36.

²⁷ Н Варламова, 'Методология юридической науки: спуска постмодерном' (2014) 1 *Право України* 69–77.

²⁸ Горбатенко (н 10) 3–13.

²⁹ Ф Джеймисон, *Постмодернизм, или культурная логика позднего капитализма* (пер с англ, Изд-во ин-та Гайдара 2019) 816.

³⁰ А Павлов, *Постпостмодернизм: как социальная и культурная теории объясняют наше время* (Дело 2019) 560.

³¹ Д Харви, *Состояние постмодерна: Исследование истоков культурных изменений* (пер с англ, Издательский дом Высшей школы экономики 2021) 576.

³² И Честнов, 'Правопонимание в эпоху постмодерна' (2002) 2 *Правоведение* 4–16.

вступили у нову стадію – стадію постмодерну. Суспільства премодерну й модерну були стабільними завдяки монолітності релігійної культури і стійкій ієрархії владних відносин. Постмодерн їхній антагоніст. Його база – радикальний плюралізм, який впроваджує непереборні відмінності між людьми та всіма іншими суб’єктами суспільства. Узгодженості виникають лише: а) в результаті переговорів; б) переговорів, орієнтованих на конкретний випадок; в) переговорів, що ставлять своєю метою усунення двозначності, амбівалентності та невизначеності.

В ідеалі постмодерн повинен створити децентралізований, фрагментарний соціальний порядок, що залишає інституційний простір для дискурсів, суперечок і переговорів перед обличчям загальних і неминучих соціально-політичних конфліктів.

Крім того, доречно згадати М. Кастельса. Він є автором концепції мережевого суспільства. Її головна теза у тому, що сучасне суспільство дедалі більше зорганізується на мережевому принципі. У результаті виникає мережева структура суспільства, у якій суб’єкти – це децентралізовані одиниці, вони функціонують автономно. Заради справедливості зазначимо, що сам М. Кастельс негативно ставить до терміна “постмодернізм”, однак його концепція мережевого суспільства є цілком постмодерністською.

Цілком природньо, що дослідження постмодерну гарантували детермінацію його принципів, рис, ознак, властивостей, характеристик та інших атрибутів. Найбільш визнаними з них є такі: будь-яка єдність має “репресивний” характер і пов’язана з тоталітаризмом; будь-яка форма єдності неприйнятна і має бути відкинута; безпристрасність виявляється у тотальній дискурсивності; до розуміння й узгодженостей веде лише дискурс; дискурс не може завершитись, адже завжди є думка опонента; відмова від поняття “прогрес” як у знанні, так і у соціальному житті; відмова від традицій; відсутність будь-яких владних універсалій; відсутність у явищ (феноменів) універсальних передумов виникнення та існування; заперечення існування визнаних точок зору, позицій, суджень, понять тощо; заперечення прогностики, події завжди йдуть попереду теорії; заперечення системності, світ не піддається ніякій систематизації і не вміщується у жодні схеми; індиферентність до оточення; недовіра до наративів; нездатність людини пізнати та змінити світ і порядок речей; неможливість осягнення істини, адже плюральність (множинність) зв’язків та сфер безмежна; опір будь-якій впорядкованості; плюральність як принцип й основа конструювання суспільства; рівність індивідів у відносинах, заперечення будь-якого підпорядкування або ієрархії; розпад центру як гаранта системності й цілісності соціуму, тобто заперечення центру як такого; фетишизація децентрації та фрагментарності структури суспільства; інтерсуб’єктність (інтерсуб’єктивність) як необхідність

вивести за межі феноменологічного дослідження будь-які постулати, що некритично сприймаються; розуміння знання як інтерпретацій істини; уявлення світу та культури як сукупності текстів, текст визнається як репрезентація дійсності.

Таким чином, характерна риса постмодернізму – негативізм. Він є суцільним “вікном Овертона” й апофеозом безпідставності. Все, що до постмодернізму вважалося усталеним, надійним і певним: – людина, розум, філософія, культура, наука, прогрес – все оголошено неспроможним і невизначеним, все перетворилося на слова, міркування та тексти, які можна інтерпретувати. Постмодернізм принципово не може існувати як цілісний і загальний світогляд або філософія. Адже хаос життя не може інтегруватись до жодної теорії. З цього приводу зазначимо, що у дослідженнях постмодернізму з’явився термін і поняття “хаосмос”³³.

З огляду на зазначене, є сенс доповнити існуючі визначення постмодерну таким: постмодерн – це сформований у суспільній свідомості різновид світоглядних орієнтирів, спрямованих на ототожнення віртуального хаосу (хаосмосу) з об’єктивною реальністю.

В умовах домінування постмодерну значних трансформацій зазнає і правова реальність, яка справляє сутнісний вплив на соціальний простір. Послідовно ускладнюються можливості для втілення прагнення представників влади щодо створення цілісної уніфікованої системи управління суспільними процесами, оскільки влада поступово втрачає попередню соціокультурну базу людей, здібних на втілення волі, що виходить із єдиного центру.

Новітні правові тенденції доходять до реалізації через своєрідний “плавильний котел” нескінченних дискурсів з екстрагування контраргументів замість пошуку істини, поліваріантних концептуальних установок, мінливої прогностики, войовничого суб’єктивізму. У цьому ж “котлі” присутні такі генерації постмодерну, як ескалація пізнавальних можливостей людини, критична і самокритична свідомість, протистояння стереотипам мислення.

Саме присутність останніх у процесах формування соціальних (зокрема й правових) смислів можна розцінювати вектором на подолання епохи постмодерну та її понятійно-термінологічних маркерів, обнадіює і викликає оптимізм у дослідників.

У цьому контексті підкреслюється, що заслуга постмодерністів полягає у винаході “політичного барометру”, який дає змогу нам, хто не помічає свого заглиблення у нове середовище, зафіксувати суттєву зміну “атмосферного тиску”. Така фіксація може серйозно вплинути

³³ Куцепал (н 9) 215–25.

на запобігання різних дисонансів, забезпечить адекватні дії і реакції суспільства³⁴.

Наведені локації систематизують перспективи для аналізу юридичного простору, зокрема, у виявленні механізмів еволюції права, його службової ролі щодо суспільства тощо. Однак ці плідні ідеї потребують не тільки конкретизації емпіричним юридичним матеріалом, а й формування теоретичних знань “середнього рівня”, що забезпечує їхню адаптацію відповідно до специфіки правової реальності³⁵.

Теоретичні знання “середнього рівня” – це знання рівня юридичної галузі. Одним із носіїв таких знань є адміністративне право, яке відчуває на собі постмодернові ризики і формує юридичні смисли в сегменті взаємодії влади і громадянського суспільства. Ідентифікація присутності адміністративного права у “плавильному котлі” постмодерну починається з зародження і наукового оформлення концепцій адміністративної реформи³⁶ і реформи адміністративного права³⁷.

Зазначені концепції утворили базову конструкцію доктрини адміністративного права, яка еволюціонувала з доктрини, зародженої у період домінування настанов Першої наради з питань науки радянської держави і права 1938 р. Сутність змісту цієї доктрина була сформульована Ю. Козловим у тезі, що адміністративне право – це юридичний супутник державного управління³⁸.

Доктрина адміністративного права у проєкції зазначених концепцій була розроблена українськими правниками, серед яких особлива роль належала В. Авер’янову. Завдяки новій доктринальній ідеології адміністративно-правова теорія і практика збагатилися новими фундаментальними новелами, зокрема й організаційно-правовими інститутами адміністративного судочинства, керівників апаратів міністерств, політичних посад в органах виконавчої влади, урядових органів у системі міністерств, адміністративних послуг, адміністративних процедур тощо.

Теоретичним узагальненням всього цього стала розроблена й обґрунтована В. Авер’яновим публічно-сервісна доктрина адміністративного права. Вона мала покликання замінити стару радянську державно-управлінську доктрину, і в такий спосіб наблизити український адміністративно-правовий простір до європейських стандартів належного урядування та європейської інтеграції загалом³⁹.

³⁴ Горбатенко (н 10) 6, 7.

³⁵ Честнов (н 32) 6.

³⁶ Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні: Указ Президента України від 22 липня 1998 р. № 810. *Офіційний вісник України*. 1999. № 21. Ст. 943.

³⁷ ‘Проект Концепції реформи адміністративного права’ (1999) 4 *Український правовий часопис* 35–60.

³⁸ Ю Козлов, *Административное право: учебник* (Юрист 1999) 9.

³⁹ І Коліушко, ‘Слова пам’яті’ в *Авер’янов Вадим Борисович. Вибрані наукові праці* (Шемшученко Ю, Андрійко О ред, Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 2011) 19–20.

Таким чином, доктрина адміністративного права змінила змістовну сутність цієї галузі з юридичного супутника державного управління на концепт розбудови відносин влади і громадянського суспільства.

Для розуміння особливостей впливу постмодерну на властивості доктрини адміністративного права доречно звернутися до аналізу його предмету. Адже саме у ньому сконцентровані всі домінуючі параметри, якості, патерни й доктринальні обґрунтування⁴⁰. У разі побудови предмету на принципах постмодерну – адміністративне право перебуває у його синтагмі⁴¹. Втрата постмодернової фрактальності предмету означає появу характеристик, що свідчать про його подальшу еволюцію. Такі тестові здібності притаманні категорії “системність”. Її наявність є незаперечним симптомом виходу відповідного феномену з зони постмодерну.

Наявність системного підходу до адміністративно-правових досліджень знаменує подолання постмодернізму в адміністративному праві і входження у парадигму нової реальності⁴².

Соціально-психологічна реакція на завершення постмодернізму вже стала об’єктом дослідницьких зацікавленостей і відображена у понятійно-термінологічному апараті⁴³. Період після постмодерну називають пост-постмодерном, альтмодерном, трансмодерном, метамодерном, диджімодерном тощо.

Уявляється, що для адміністративного права це формат, по-перше, подолання постмодерністської дезінтеграції і фрагментації структури предмета, по-друге, еволюціонування: а) від права – супутника державного управління; б) через сервісне право; в) до права формування юридичних смислів у сфері взаємодії влади і громадянського суспільства.

Під формуванням юридичних смислів у сфері взаємодії влади та громадянського суспільства ми розуміємо генерування нормативно вираженої мотивації у влади і громадянського суспільства перетворювати спрямовані до них знання у практичну правозастосовну діяльність.

Якщо спробувати застосувати до цього визначення “шорстку мову плакату”, отримаємо послідовно обумовлений еволюційною логікою вираз: смисли у мотивах – мотиви у принципах – принципи у закономірностях – закономірності у юридичних нормах – юридичні норми у правозастосуванні.

Розгортання адміністративно-правових конструкцій на засадах концепцій адміністративної реформи і реформи адміністративного права призвели до визнання у структурі предмета адміністративного права

⁴⁰ Коломоєць, Колпаков 2021 (н 21) 12–28.

⁴¹ Застосування цього терміну і поняття щодо постмодерну запропоновані В. Горбатенко: Горбатенко (н 10) 10.

⁴² В Колпаков, ‘Парадигма “поняття адміністративного права”: зміст і новели в системі універсалій’ в *Питання адміністративного права*, кн 3 (Писаренко Н від за вип, Право 2019) 48–75.

⁴³ Меньшеніна (н 9) 31–7.

таких видів відносин: по-перше, відносин публічного управління, які складаються з відносин: а) державного управління; б) управлінських відносин місцевого самоврядування; в) відносин громадського управління; по-друге, відносин оскарження, які складаються з відносин: а) адміністративного оскарження; б) судового оскарження; по-третє, відносин адміністративних послуг; по-четверте, адміністративно-деліктних відносин.

Центральним питанням щодо аналізу перелічених відносин як сукупності, що утворює предмет адміністративного права, стало з'ясування наявності або відсутності у цієї сукупності інтегративних якостей.

Його принципова важливість обумовлена тим, що відсутність таких якостей робила зазначену сукупність конгломератом, утвореним на принципах постмодерну (фрагментарність, заперечення системності, відсутність будь-яких владних універсалій, репресивність і тоталітарність єдності) і фактично ставила під сумнів їхню єдність, а отже, існування предмету у новому форматі.

Наявність інтегративних якостей незаперечно свідчила, по-перше, що ця сукупність є системою, по-друге, доктрина, на базі якої вона зорганізована, пододала аксіоматику постмодерну і має інший вимір, по-третє, має всі підстави розглядатись як предмет галузі права.

З цього приводу необхідно зазначити, що у радянській правовій доктрині предмет адміністративного права подається системним утворенням. Інтегративний характер взаємодії його складових дослідники доводили на підставі таких ознак: а) всі відносини предмета є однотипними відносинами; б) всі відносини предмета є відносинами влади і підпорядкування; в) всі відносини предмета виникають у результаті здійснення державного управління строго визначеними структурами – органами державного управління.

Сукупність відносин, які в оновленому вимірі регулюються адміністративним правом, перетворюють у систему, а отже, і у предмет галузі, інші чинники. Це категорії: “публічна адміністрація”, “публічне адміністрування”, “відносини адміністративних зобов'язань”.

Домінуючим системоутворюючим для предмета адміністративного права чинником є категорія “відносини адміністративних зобов'язань”. Цей тип відносин присутній у всіх інших відносинах, які утворюють предмет галузі, що обумовлено їхньою складною правовою природою.

По-перше, їхня сутність корелюється з нормами Конституції України щодо відповідальності держави перед людиною; визнання головним обов'язком держави утвердження і забезпечення прав і свобод людини; верховенства права; обмеження повноважень і дій публічної адміністрації Конституцією та законами України. З конституційних положень випливає, що публічна адміністрація при утворенні бере на себе зобов'я-

зання щодо задоволення інтересів суспільства й громадян. Серед них є зобов'язання публічного характеру, виконання яких потребує використання публічною адміністрацією владних повноважень. Під час їхньої реалізації виникають відносини, які отримали назву “відносини адміністративних зобов'язань”⁴⁴.

По-друге, відносини адміністративних зобов'язань є похідними від стандартів (принципів), яким мають відповідати країни – кандидатки у члени ЄС, щоб зблизити рівень свого державного управління з тим, який існує у державах – членах ЄС. У документі “Європейські принципи державного управління”, у частині щодо принципів адміністративного права прямо зазначена вимога до цих країн застосовувати на національному рівні принцип захисту законних очікувань⁴⁵. У Німеччині, що відноситься до країн континентального права, принцип підтримання довіри (*Vertrauensschutz*) включений до змісту принципу правової держави (ст. 20 Конституції). Крім того, його реалізація забезпечується й іншими нормативними актами, зокрема Законами Німеччини про адміністративну діяльність органів держави, про порядок провадження справ в адміністративних органах та іншими⁴⁶.

По-третє, компонентом їхньої правової природи є договірні властивості. На правовідносини, що виникають з обіцянок, поширюються властивості адміністративного договору. Утворюючи виокремлену (ідеологічно, політично чи юридично) композицію обіцянок-зобов'язань відповідний суб'єкт демонструє намір формувати юридично значущі відносини з визначенням їхнього змісту, об'єкта і суб'єктів. Таким чином, взяття на себе адміністративних зобов'язань для органів публічної влади означає: а) участь у відносинах адміністративних зобов'язань; б) обов'язок здійснювати свою діяльність з урахуванням даних ними обіцянок; в) нести відповідальність за їх порушення. Громадяни, діючи розумно і в рамках встановленого правового регулювання, повинні мати можливість покладатися на такі обіцянки під час відносин із владою.

Безумовно, відносини адміністративних зобов'язань потребують окремих досліджень, а враховуючи їхню правову природу, не лише в межах адміністративного права. Адже, щоб очікування було “законним” у юридичному сенсі, повинні існувати позитивні підстави, достатні для визнання такого його статусу об'єктивно виправданим.

⁴⁴ В Колпаков, ‘Адміністративне право: сучасні проблеми предмета’ в *Право і держава сучасної України: проблеми розвитку та взаємодії: збірка наук праць* (Київський нац ун-т внутр справ 2008) 28–33; В Колпаков, ‘Предмет адміністративного права: поняття, структура і система адміністративно-правових відносин’ в *Питання адміністративного права, кн 2, т 2* (Оберіг 2018) 8–24.

⁴⁵ ‘Европейские принципы государственного управления’ (СИГМА, 1999) <https://www.sigmaweb.org/publications/Sergei_Rus_SP27_99Rev1.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴⁶ Закон ФРГ о порядке производства дел в административных органах (Закон об административном производстве) <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30021426> (дата звернення: 10.01.2022).

З цього приводу привертає увагу дослідження П. Тейт “Узгодженість легітимних очікувань з основами природнього права”⁴⁷, яка детермінує чотири ознаки законних очікувань: 1) усталена поведінка, яка не змінилась безпідставно; 2) явні й очевидні запевнення від імені органу влади в межах компетенції цього органу; 3) можливі наслідки порушення очікувань із неможливістю відновлення того, що очікувалось; 4) відповідність вимогам законодавства.

Таким чином, відносини адміністративних зобов’язань у кореляції з принципом захисту законних очікувань (захисту довіри) набули ознак важливого чинника щодо еволюції адміністративного права. Їхня детермінація свідчить, що адміністративне право подолало на своєму просторі локації постмодерну й перебуває на фазі оновлення як право формування юридичних смислів у відношеннях влади і громадянського суспільства.

На завершення розгляду поняття відносин адміністративних зобов’язань доречно зазначити, що в адміністративно-правовій науці детерміновано принцип захисту законних очікувань (захисту довіри)⁴⁸, який корелюється з відносинами адміністративних зобов’язань.

Висновки. Дослідження доктрини адміністративного права в умовах ідеології постмодерну дають змогу дійти такого.

Існуючі визначення постмодерну є сенс доповнити такою дефініцією: постмодерн – це сформований у суспільній свідомості різновид світоглядних орієнтирів, спрямованих на ототожнення віртуального хаосу (хаосмосу) з об’єктивною реальністю.

Перебуваючи під впливом особливостей постмодерну, адміністративне право хоч і зазнало значних змін, але не втратило роль регулятора відносин між владою і громадянським суспільством.

Як на доктрину, так і на саме адміністративне право і його предмет, постмодерністські течії не завжди мали негативний вплив. Можна вважати, що ідеологія постмодерну відповідною мірою обумовила появу прогресивних концепцій адміністративної реформи і реформи адміністративного права. У результаті галузь набрала людиноцентристського і сервісного змісту. Позбавилась тоталітарної залежності від державноуправлінської доктрини. У сфері захисту прав людини збагатила свою методологію і правозастосування адміністративною юстицією. Демократизувала інституції надання адміністративних послуг населенню. Переосмислила сферу адміністративно-деліктних відносин.

Вихід з “обіймів” постмодерну пов’язаний дослідженнями доктрини і предмета адміністративного права та усвідомленням необхідності його

⁴⁷ P Tate, ‘The coherence of “Legitimate Expectations” and the Foundation of Natural Justice’ (1988) 14 Monash University Law Review 48–9.

⁴⁸ О Шерстобоев, ‘Защита законных ожиданий – основополагающий принцип административного права’ (2019) 2 Административное право и процесс 21–5.

оновлення. Точкою біфуркації стало доведення його системності. Адже безсистемність і фрагментарність – одні з основних ознак постмодерну.

Дослідження системності предмету й адміністративно-правової доктрини детермінували визнання відносин адміністративних зобов'язань і пов'язаного з ними принципу захисту законних очікувань як нового принципу адміністративного права.

Входження адміністративного права у парадигму системності визначило, по-перше, подолання постмодерністської дезінтеграції і фрагментації структури предмету по-друге, еволюціонування: а) від права – супутника державного управління; б) через сервісне право; в) до права формування юридичних смислів у сфері взаємодії влади і громадянського суспільства.

Під формуванням юридичних смислів у сфері взаємодії влади і громадянського суспільства ми розуміємо генерування нормативно вираженої мотивації у влади й громадянського суспільства перетворювати спрямовані до них знання у практичну правозастосовну діяльність.

Таким чином, сучасне адміністративне право України, зазнавши на своєму шляху кардинальних змін і перетворень, постає у правовій системі правом формування юридичних смислів у сфері взаємодії влади та громадянського суспільства.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dugin A, *Geopolitika postmoderna* (Amfora 2007) (in Russian).
2. Kozlov Ju, *Administrativnoe pravo: uchebnik* (Jurist 1999) (in Russian).
3. Pavlov A, *Postpostmodernizm: kak social'naja i kul'turnaja teorii objasnajut nashe vremja* (Delo 2019) (in Russian).
4. Vasil'ev A, *Pravovaja doktrina kak istochnik prava. Voprosy teorii i istorii* (Prospekt 2021) (in Russian).
5. Zazaeva N, *Ontologicheskaja sushhnost' prava: antropologicheskko-cennostnyj podhod* (Izd-vo Sarat. un-ta 2005) (in Russian).

Edited and translated books

6. Anderson P, *Istoki postmoderna* (per s angl, Territorija budushhego 2011) (in Russian).
7. Bytiak Yu, 'Doktrynalni napriamky rozvytku nauky administratyvnoho prava' v *Pytannia administratyvnoho prava, kn 1* (Pysarenko N vidp za vyp, Pravo 2017) (in Ukrainian).
8. Dzhejmison F, *Postmodernizm, ili kul'turnaja logika pozdnego kapitalizma* (per s angl, Izd-vo in-ta Gajdara 2019) (in Russian).
9. Harvi D, *Sostojanie postmoderna: Issledovanie istokov kul'turnyh izmenenij* (per s angl, Izdatel'skij dom Vyshej shkoly jekonomiki 2021) (in Russian).

10. Koliushko I, ‘Slova pam’iati’ v *Aver’ianov Vadym Borysovych. Vybrani naukovi pratsi* (Shemshuchenko Iu, Andriiko O red, Instytut derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2011) (in Ukrainian).
11. Kolpakov V, ‘Administrativne pravo: suchasni problemy predmeta’ v *Pravo i derzhava suchasnoi Ukrainy: problemy rozvytku ta vzaiemodii: zbirka naukovukh prats* (Kyivskiyi nats un-t vnutr sprav 2008) (in Ukrainian).
12. Kolpakov V, ‘Paradyhma “poniattia administrativnoho prava”: zmist i novelty v systemi universalii’ v *Pytannia administrativnoho prava, kn 3* (Pysarenko N vid za vyp, Pravo 2019) (in Ukrainian).
13. Kolpakov V, ‘Predmet administrativnoho prava: poniattia, struktura i systema administrativno-pravovykh vidnosyn’ v *Pytannia administrativnoho prava, kn 2, t 2* (Oberih 2018) (in Ukrainian).
14. Selivanov A, ‘Konstytutsiini zasady stanovlennia i rozvytku administrativnoi yustytzii i administrativnoho protsesu v umovakh realizatsii doktryny spravedlyvoho sudochynstva’ *Pravova systema Ukrainy: istoriia, stan ta perspektyvy, t 2: Konstytutsiini zasady pravovoi systemy Ukrainy i problemy yii vdoskonalennia* (Bytiak Iu red, Pravo 2008) (in Ukrainian).
15. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 5 Administrativne pravo* (Bytiak Iu holova redkol, Pravo 2021) (in Ukrainian).
16. *Yurydychna entsyklopediia, t 2: D–I* (Shemshuchenko Iu red, Ukrainska entsyklopediia im M P Bazhana 1999) (in Ukrainian).

Journal articles

17. Tate P, ‘The coherence of “Legitimate Expectations” and the Foundation of Natural Justice’ (1988) 14 *Monash University Law Review* 48–9 (in English).
18. Aver’ianov V, ‘Administrativne pravo Ukrainy: doktrynalni aspekty reformuvannia’ (1998) 8 *Pravo Ukrainy* 8–13 (in Ukrainian).
19. Aver’ianov V, ‘Predmet administrativnoho prava: nova doktrynalna otsinka’ (2004) 10 *Pravo Ukrainy* 25–30 (in Ukrainian).
20. Aver’ianov V, ‘Stanovlennia novoi doktryny ukrainskoho administrativnoho prava’ (2007) 28 *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 1–5 (in Ukrainian).
21. Bochkarjov S, ‘Istoki postmoderna o podlinnom smysle i prednaznachenii postprava’ (2021) 11 *Gosudarstvo i pravo* 24–36 (in Russian).
22. Chestnov I, ‘Pravoponimanie v jepohu postmoderna’ (2002) 2 *Pravovedenie* 4–16 (in Russian).
23. Fedoruk N, ‘Publichne pravo Ukrainy v umovakh postindustrialnoi derzhavy’ (2020) 2 *Chasopys Kyivskoho universytetu prava* 51–4 (in Ukrainian).
24. Fursa S, ‘Instytut notariatu v yurydychnii doktryni Ukrainy: aktualni problemy ta perspektyvy rozvytku’ (2020) 9 *Pravo Ukrainy* 11–9 (in Ukrainian).
25. Horbatenko V, ‘Postmodern i transformatsiia tsinnisnoi osnovy liudskoho buttia’ (2005) 1 *Politychnyi menedzhment* 3–13 (in Ukrainian).
26. Kolomoiets T, Kolpakov V, ‘Doktryna ta predmet: sutnist i zmist administrativnoho prava’ (2021) 19 *Pravo Ukrainy* 12–27 (in Ukrainian).
27. Kolomoiets T, Kolpakov V, ‘Suchasna paradyhma administrativnoho prava: geneza i poniattia’ (2017) 5 *Pravo Ukrainy* 71–9 (in Ukrainian).
28. Kryzhanovskiyi A, ‘Doktryna pravovoho poriadku v Ukraini: henezys, suchasnyi stan i perspektyvy’ (2013) 9 *Pravo Ukrainy* 229–42 (in Ukrainian).
29. Kutsepal S, ‘Pislia postmodernizmu: “nashchadky” / “masky”? (filosofskiyi nacherk) (2021) 22 *Aktualni problemy dukhovnosti* 215–25 (in Ukrainian).

30. Maksymov S, 'Pravova doktryna: filosofsko-pravovyi pidkhid' (2013) 9 Pravo Ukrainy 34–54 (in Ukrainian).
31. Maksymov S, 'Teoriia pryrodnoho prava: kontseptualnyi i doktrynalnyi vymiry' (2021) 1 Pravo Ukrainy 43–65 (in Ukrainian).
32. Menshenina A, 'Postmodern vs. postpostmodern: mozhlyvosti osiahnennia politychnoi diisnosti' [2021] 22 (30) Naukovyi chasopys NPU imeni M. P. Drahomanova. Seriya 22. Politychni nauky ta metodyka vykladannia sotsialno-politychnykh dystsyplin 30–7 (in Ukrainian).
33. Ratnikov V, 'Postmodernizm: istoki, stanovlenie, sushhnost'' [2002] 4 (29) Filosofija i obshhestvo (in Russian).
34. Rodian M, 'Rozvytok postmodernizmu: metodolohichni pryntsypy, teorii, zasady' (2021) 2 Perspektyvy. Sotsialno-politychnyi zhurnal 102–7 (in Ukrainian).
35. Safronov Je, 'Sostojanie postmoderna v 2021 godu' (2021) 1 Galactica Media: Journal of Media Studies (in Russian).
36. Sherstoboev O, 'Zashhita zakonnyh ozhidaniy – osnovopolagajushhij princip administrativnogo prava' (2019) 2 Administrativnoe pravo i process 21–5 (in Russian).
37. Sorokin V, Kutjavina M, 'Tolkovanie prava v interpretacii postmodernizma' [2018] 2 (15) Rossijskij zhurnal pravovyh issledovanij 54 (in Russian).
38. Tepluk M, 'Konstytsiine vyznachennia publichnoi vlady – kluchova lanka yurydychnoi doktryny Ukrainy' (2021) 2 Pravo Ukrainy 29–41 (in Ukrainian).
39. Varlamova N, 'Metodolohiia yurydychnoi nauky: spokusa postmodernom' (2014) 1 Pravo Ukrainy 69–77 (in Ukrainian).
40. Vel'sh V, 'Postmodern. Genealogija i znachenie odnogo spornogo ponjatija' (1992) 1 Put'. Mezhdunarodnyj filosofskij zhurnal 109–36 (in Russian).
41. Yurii M, 'Prezydentski vybory yak dzerkalo postmodernu' (2021) 9 Mediaforum 11–27 (in Ukrainian).

Conference papers

42. Kolpakov V, 'Categories "Essence" and "Content" in administrative law' v *Modern aspects of modernization of science: status, problems, development trends Lisbon: Scientific prospects. T. 2 № 12* (2021) 90–3 (in English).
43. Kolpakov V, 'Fenomenolohiia doktryny admynstratyvnoho prava' v *XI Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, t 1, vyp 1* (Naukovi perspektyvy 2021) 82–6 (in Ukrainian).

Websites

44. Holovenko R, 'Postmoderna plutanyna z vyznachenniamy mediinykh terminiv' (*Institut masovoi informatsii*, 03.09.2021) <<https://imi.org.ua/monitorings/status-zhurnalista-zmi-j-zhurnalistyka-v-epohu-postmodernu-i41034>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).

Tetiana Kolomoiets
Valerii Kolpakov

THE DOCTRINE OF ADMINISTRATIVE LAW VS POSTMODERN:
FROM THE "SERVICE" BRANCH TO THE LAW OF LEGAL SENSE

ABSTRACT. The desire for a systematic understanding of the socio-legal mission of administrative law inevitably creates the need for a scientific forecast of the evolution

of his doctrine, taking into account the presence in the Ukrainian socio-cultural development of postmodern locations.

Analysis of postmodernism showed the following. In the legal space, it has no positive characteristics. Postmodernity is a negative phenomenon. The values of postmodernism are the antipodes of law (nihilism, unsystematicity, fragmentation, chaotization). He builds these bad qualities into the consciousness of society.

The aim of the article is to gain new knowledge about algorithms for overcoming postmodern tendencies by administrative law and implementation through its doctrine and subject of legal meanings of stability, systemicity, consistency in the interaction of government and civil society.

The methodology used in this work is harmonized with the principal position, according to which the use of one or another method cannot be reduced to a single formulation, and specific research technologies (procedures of analysis, comparison, systematics, periodization, etc.) vary depending on the nature of the subject of research and its purpose. However, we shall emphasize that the search tools include methods of phenomenological and systematic analysis, narrative, historical and genetic, method of ideal constructions and others.

The article introduces the idea that administrative law, under the influence of postmodern encroachments, although it has undergone corresponding distortions, has not lost its role as a regulator of relations between the government and civil society.

Both doctrine and administrative law and its subject matter have not always been negatively affected by postmodern trends. It can be assumed that the ideology of postmodernism has led to the emergence of progressive practices, in particular the adoption of the Concept of Administrative Reform. As a result, the industry gained service content and lost its totalitarian dependence on government doctrine.

Deprivation of dependence on postmodernism is associated with the latest research in the doctrine and subject of administrative law. Their most important result was the recognition that the fact that the concept is systematic is a bifurcation point on the way to separation from the postmodern.

Studies of the systemic nature of the subject and administrative law doctrine have determined the recognition of the relationship of administrative obligations and the related principle of protection of legitimate expectations as a new principle of administrative law.

The entry of administrative law into the paradigm of systemicity determined, first, overcoming postmodern disintegration and fragmentation of the structure of the subject, and secondly, evolution: a) from the right of satellite of public administration; b) through service law; c) to the right to form legal meanings government and civil society.

By the formation of legal meanings in the field of interaction between government and civil society, we understand the generation of normatively expressed motivation in government and civil society to turn the knowledge directed to them into practical law enforcement activities.

Thus, the modern administrative law of Ukraine, having undergone radical changes and transformations in its path, becomes in the legal system the right to form legal sense in the field of interaction between government and civil society.

KEYWORDS: administrative law; relations of administrative obligations; doctrine of administrative law; law of legal sense; subject of administrative law; principle of protection of legal expectations.

IV. Доктрина фінансового права



Микола Кучерявенко

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України, перший проректор
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8020-5748>
nprkucheryavenko@ukr.net

УДК 336.22

ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Нині особливої актуальності набувають питання, пов'язані зі з'ясуванням природи та значення доктринальних положень, на підставі яких формуються засади фінансово-правового регулювання.

Мета статті полягає у з'ясуванні природи доктринальних положень фінансово-правового регулювання, беручи до уваги зміст суспільних відносин, що є предметом фінансово-правового впливу, сталих підходів до побудови системи фінансово-правової галузі та принципів ознак доктрини й доктринальних положень.

Констатовано, що найбільш важливим напрямом з'ясування та значення доктринальних положень у цьому сенсі є характеристика їхньої природи при регулюванні бюджетних і податкових відносин. Це обумовлюється тим, що саме бюджетне право та податкове право охоплюють сукупність норм, які виступають виключно фінансово-правовими за природою і не конкурують ні з якими іншими галузевими нормами.

Зазначено, що доктринальні положення фінансово-правового регулювання мають характеризуватися значущістю та певним глобальним впливом на упорядкування предметних відносин. При цьому принциповим, на нашу думку, є те, що подібні положення повинні мати під собою відповідне конституційне підґрунтя. Тобто йдеться про наявність окремих статей Конституції України, на яких базуються основні вихідні концепції правового впливу, загальні засади, підходи до визначення центральних понять і категорій. Це підтверджується й чинним конституційним підходом до фактичної побудови системи доктринальних положень, які впливають на особливості фінансово-правового регулювання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються: Державний бюджет України і бюджетна система України; система оподаткування, податки і збори; засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України; порядок утворення і погашення державного внутрішнього та зовнішнього боргу; порядок випуску й обігу державних цінних паперів, їх види і типи.

Ключові слова: фінансово-правова доктрина; бюджетна доктрина; податкова доктрина; податок; бюджет; бюджетна система; податковий обов'язок.

З'ясування характеру доктринальних положень фінансово-правового регулювання поєднує два аспекти наукового дослідження: характеристику предмету фінансового права та глобальних рис правової доктрини у контексті галузевого змісту. Фінансове право як класична галузь належить до сім'ї публічного права й орієнтована на спеціальний галузевий сектор суспільних відносин. Так, предметом фінансового права є сукупність однорідних суспільних відносин, які регулюються фінансово-правовими нормами й охоплюють рух (формування, розподіл, використання) централізованих і децентралізованих публічних грошових фондів. Владно-майнові відносини припускають нерозривну єдність майнових відносин і відносин влади. Тобто йдеться не просто про майнові відносини, а такі, які виражають відносини з приводу руху майна (грошових фондів) пануючого суб'єкта (держави та її адміністративно-територіальних утворень). Фінансово-правові відносини характеризуються єдністю двоїстої ролі держави. З одного боку, держава є власником грошових коштів, про регулювання руху яких ідеться. З другого боку, держава (через свої уповноважені органи) є організаторкою цих відносин. Отож, власник грошових коштів організовує та забезпечує чіткість руху публічних коштів. Аналізуючи природу правової доктрини, необхідно зважати на те, що більше за все вона тяжіє до сукупності наукових висновків. Опис, пояснення та обґрунтування певної наукової позиції на підставі цього своїм результатом має зміну права, таку нормативну трансформацію, яка призводить до створення ідеальної моделі в формі правової норми. Опис має ідеальний характер, тобто спрямовується, перш за все, не на можливість інтерпретації, розуміння того чи іншого положення, а на опис ідеальної моделі того, як має тлумачитися право.

Останнім часом побачили світ низка публікацій, присвячених з'ясуванню природи правових доктрин, судових доктрин в окремому галузевому регулюванні. Відбулося дослідження і щодо з'ясування природи податкової доктрини, судових доктрин із вирішення податкових спорів, що вилилось в окреме монографічне дослідження Є. Смичка. Водночас з'ясування змістовних аспектів характеристики доктрини фінансового права поки що не відбулося. Зважаючи на це, у статті й зосереджена увага на загальних засадах доктринальних положень фінансово-правового регулювання.

Мета дослідження полягає у з'ясуванні природи доктринальних положень фінансово-правового регулювання, беручи до уваги зміст суспільних відносин, що є предметом фінансово-правового впливу, сталих підходів до побудови системи фінансово-правової галузі та принципів ознак доктрини й доктринальних положень.

Аналіз доктринальних положень, на підставі яких формуються засади фінансово-правового регулювання, передбачає аналіз таких проблем у

двох аспектах. По-перше, це формування чітких підходів до спрямованості впливу фінансово-правових норм на поведінку учасників відносин, тобто розуміння та визначення предмета фінансового права. По-друге, це чітке розуміння призначення та змісту таких понять, як “доктрина”, “доктринальні положення”.

Фінансове право як класична галузь належить до сім’ї публічного права, також орієнтована на спеціальний галузевий сектор суспільних відносин. Так, предметом фінансового права є сукупність однорідних суспільних відносин, які регулюються фінансово-правовими нормами й охоплюють рух (формування, розподіл, використання) централізованих і децентралізованих публічних грошових фондів. Щодо визначення предмета фінансового права хотілося б зробити кілька уточнень.

По-перше, предметом галузі є саме суспільні відносини. Іноді, як предмет галузі, визначають правовідносини, але тоді ми стикаємося з глобальним протиріччям, неузгодженістю. Предмет галузевого регулювання завжди визначає мету, напрям впливу правових норм. Такою метою якраз і є суспільні відносини, які ще не врегульовані правом. До того моменту, як вони потрапляють під правовий вплив, вони стають правовідносинами. Саме тому, визначаючи предметом галузі правовідносини, ми доходимо тавтології – право регулюється правом. Виходячи з цього, необхідно мати на увазі, що предметом фінансового права є суспільні відносини, які ще не врегульовані правом.

По-друге, предметом фінансово-правового регулювання є не просто суспільні відносини загалом, а однорідні суспільні відносини. Тобто для виділення тих відносин, на регулювання яких спрямована дія фінансово-правових норм, необхідно визначитися зі своєрідним “спільним знаменником”. На підставі цього можна буде як чітко визначити єдність галузевих відносин, так і виділити критерій відмежування їх від предмета інших галузей права, які забезпечують правовий вплив на межі з фінансово-правовим регулюванням. В основі однорідності предмета фінансового права лежить критерій публічності. Тобто фінансово-правовими нормами регулюються тільки ті суспільні відносини, які виражають рух публічних коштів – коштів, власниками яких є держава та її адміністративно-територіальні одиниці.

По-третє, регулювання суспільних відносин, що становлять предмет фінансового права, відчуває вплив фінансово-правових норм. Саме фінансово-правова норма, як спосіб упорядкування поведінки учасників фінансових правовідносин, якраз і є тим інструментом, за допомогою якого досягається предметне впорядкування суспільних відносин, що виражають рух публічних грошових фондів.

По-четверте, об’єктом фінансово-правового впливу в узагальненому значенні є публічні кошти. Важливо в цьому випадку мати на увазі,

що йдеться не безпосередньо про кошти (нехай навіть публічні) як матеріальний об'єкт, а про регулювання поведінки суб'єктів фінансово-правових відносин щодо ставлення до публічних коштів. Тобто фінансово-правовими нормами регулюються повноваження, права й обов'язки суб'єктів, що породжує їх включення в систему учасників фінансових правовідносин. Крім того, коли мовиться про публічні кошти, необхідно мати на увазі, що це стосується двох форм прояву й акумуляції публічних грошових коштів: централізованих і децентралізованих грошових фондів. Як централізовані грошові фонди виступають грошові кошти, акумульовані на рівні держави або адміністративно-територіальної одиниці держави. Такими централізованими фондами є бюджети. Децентралізовані фонди так само припускають певну акумуляцію, на більш низькому рівні. Серед них – кошториси державних підприємств. Власники децентралізованих фондів – ті ж, однак рівень акумуляції значно нижчий. Це визначає різнохарактерність повноважень суб'єктів з управління ними.

По-п'яте, предмет фінансово-правового регулювання зосереджений на забезпеченні динамічних процесів. Тобто завданнями впливу фінансово-правових норм є не досягнення статичності, не забезпечення виключно збору публічних грошових коштів, а збалансований (за часом і обсягом) їх рух. Фінансово-правове регулювання має гарантувати фінансове забезпечення функціонування держави, його адміністративно-територіальних одиниць. Завдяки впливу фінансово-правових норм повинні сформуватися фінансові (грошові) гарантії, що забезпечують реалізацію завдань і функцій держави та її адміністративно-територіальних об'єднань. Рух публічно-грошових коштів включає три стадії. Перша стадія – формування публічних фондів (здійснюється завдяки податкам, зборам та іншим видам бюджетних доходів). Друга стадія – розподіл зібраних публічних грошей (визначається завданнями та функціями відповідного територіального утворення). Третя стадія – витрачання розподілених публічних грошових коштів (має забезпечуватися чіткістю цільового використання грошей, виділених із бюджету відповідного рівня).

Вельми показовим є порівняння предмета фінансово-правового регулювання з регулюванням відносин, що здійснюються на межі з іншими галузями. Як галузі, які на перший погляд конкурують зі сферою фінансово-правового регулювання, дуже часто виділяють цивільне та адміністративне право. В узагальненому вигляді цивільно-правове регулювання націлене на впорядкування, перш за все, майнових відносин і розглядає фінансові-правові відносини через призму майнових. Трапляються спроби поставити між ними знак рівності. Адміністративно-правові відносини – владні відносини, що забезпечують управління пев-

ною сферою суспільних відносин на основі влади та підпорядкування. Владне управління рухом публічних фінансів дає змогу іноді висловлюватися в контексті галузевої єдності предмета адміністративного та фінансового права.

Владно-майнові відносини припускають нерозривну єдність майнових відносин і відносин влади. Тобто йдеться не просто про майнові відносини, а такі, які виражають відносини з приводу руху майна (грошових фондів) пануючого суб'єкта (держави та її адміністративно-територіальних утворень). Фінансово-правові відносини характеризуються єдністю двоїстої ролі держави. З одного боку, держава є власником грошових коштів, про регулювання руху яких ідеться. З другого боку, держава (через свої уповноважені органи) є організаторкою цих відносин. Отож, власник грошових коштів організовує та забезпечує чіткість руху публічних коштів.

Абсолютно логічним було б, визначивши характер предмету фінансово-правової галузі, деталізувати, уточнити його через з'ясування сутності та структури системи фінансового права. Але навряд чи в цій публікації детально це доречно робити. Водночас необхідно наголосити, що всі внутрішні складові фінансово-правової галузі (інститути, підгалузі) можна умовно розподілити на два блоки. Перший – включає інститути, які складаються із правових норм, що регулюють фінансові відносини на межі з іншими галузями. Наприклад, відносини, які пов'язані з грошовим обігом, валютним регулюванням передбачають фінансово-правовий аспект як предмет впливу, але поряд із ним ідеться і про регулювання частки таких відносин нормами господарського, цивільного законодавств тощо. Другий – це такі складові фінансово-правової галузі, які включають виключно фінансово-правові норми й виражають природу фінансово-правових відносин. До таких угруповань ми відносимо бюджетне та податкове право. Саме тому аналіз доктринальних положень у фінансово-правовому регулюванні ми спробуємо з'ясувати в сенсі бюджетного та податкового упорядкування суспільних відносин.

Конструкція правової доктрини притаманна будь-якій правовій системі, хоча її місце, особливості та характер суттєво різняться залежно від типу правової системи, історичного досвіду в застосуванні засобів правового упорядкування¹. Із правовою доктриною пов'язують певний різновид юридичного дослідження та його результатів на підставі застосування специфічного методу, що обумовлює систематичне, аналітико-оцінчне пояснення змісту права². Аналізуючи природу правової доктрини, необхідно зважати на те, що більше за все вона тяжіє до сукуп-

¹ Див. докладніше: Микола Кучерявенко, 'Доктрина податкового права' (2020) 4 Право України 11–20.

² *Правова доктрина: загальнотеоретична та історична юриспруденція, т 1* (Петришин О заг ред, Право) 61.

ності наукових висновків. Беручи до уваги те, що наукова теорія у своїх дослідженнях спирається на поєднання таких методів, як обґрунтування, пояснення та опис, треба погодитися, що основним методом правової доктрини є опис³. Опис, пояснення та обґрунтування певної наукової позиції на підставі цього своїм результатом має зміну права, таку нормативну трансформацію, яка призводить до створення ідеальної моделі в формі правової норми. Опис має ідеальний характер, тобто спрямовується, перш за все, не на можливість інтерпретації, розуміння того чи іншого положення, а на опис ідеальної моделі того, як має тлумачитися право.

Доктринальні положення фінансово-правового регулювання мають характеризуватися значущістю та певним глобальним впливом на упорядкування предметних відносин. При цьому принциповим, на нашу думку, є те, що подібні положення повинні мати під собою відповідне конституційне підґрунтя. Тобто йдеться про наявність окремих статей Конституції України⁴, на яких базуються основні вихідні концепції правового впливу, загальні засади, підходи до визначення центральних понять та категорій.

Це підтверджується і чинним конституційним підходом до фактичної побудови системи доктринальних положень, які впливають на особливості фінансово-правового регулювання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 92 Конституції України виключно законами України встановлюються: Державний бюджет України і бюджетна система України; система оподаткування, податки і збори; засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України; порядок утворення і погашення державного внутрішнього і зовнішнього боргу; порядок випуску та обігу державних цінних паперів, їх види і типи.

Цікаво, що подібне конституційне забезпечення реалізації фінансово-правової конструкції може бути гарантовано й без чіткого визначення в окремій нормі Конституції України. Так, наприклад, доктринальний підхід до дволанкової побудови бюджетної системи України (Державний бюджет України та місцеві бюджети) не спирається на окрему конституційну норму. Водночас такий підхід до диференціації видів бюджетів впливає із конституційної норми, яка визначає адміністративно-територіальний устрій України. Так, відповідно до ст. 2 Конституції України Україна є унітарною державою. Тобто, враховуючи це, бюджетна система України має обумовлювати співіснування бюджету держави й бюджетів, які гарантують виконання фінансових завдань внутрішнім складовим

³ Там само 612–28.

⁴ 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: 10.01.2022).

такої держави – територіальним громадам. Саме тому бюджетна система України визначається як сукупність державного бюджету та місцевих бюджетів, побудована з урахуванням економічних відносин, державного й адміністративно-територіальних устроїв і врегульована нормами права (ст. 2)⁵. Такою ж доктринальною значущістю характеризується таке поняття, як “бюджет”.

У контексті цього хотілося б зупинитися й на концептуальній категорії бюджетно-правового регулювання – понятті бюджету. Так, відповідно до ст. 2 Бюджетного кодексу України бюджет визначається як план формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідно органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду (ст. 2)⁶. Але, на нашу думку, таке визначення бюджету є занадто узагальненим і приблизним. Про це свідчить використання поняття “фінансові ресурси”. У жодному фінансовому законодавчому акті немає визначення “фінансових ресурсів”, що унеможлиблює аналіз та розуміння такого регулювання учасників відносин. Якщо ми не знаємо, що таке фінансові ресурси, то як можна визначити характер правомірної чи неправомірної поведінки суб’єктів. Крім того, якщо визначати природу бюджетних відносин, то бюджет (кошторис) асоціюється з грошима. У досить спрощеному вигляді: бюджети являють собою узгодження доходів та видатків, а доходи та видатки можна визначити виключно через грошові показники, а не фінансові ресурси.

Становлення податкового законодавства України виділило два доктринальні напрями, на яких і досі базується податкове регулювання. По-перше, це методологічний підхід до визначення такого інструменту, як податок та споріднені з ним явища (збори, мита, плати) у податковій системі України, з’ясування правової природи таких платежів, підстав та особливостей їх справляння. По-друге, це закріплення родової конституційної конструкції податкового обов’язку та забезпечення його виконання галузевими (чи підгалузевими – залежно від місця податкового права в системі права) засобами. Саме тому доктринальний аналіз податкового регулювання пов’язується із доктринами податку та податкового обов’язку.

З’ясування концептуальності податкового регулювання пов’язують у контексті зазначених вище аспектів із конституційними засадами, на підставі яких і будується ієрархія податкового регулювання. Згідно зі ст. 67 Конституції України кожен зобов’язаний сплачувати податки і збори в порядку та розмірах, встановлених законом. Усі громадяни щорічно по-

⁵ Бюджетний кодекс України: Закон України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁶ Там само.

дають до податкових інспекцій за місцем проживання декларації про свій майновий стан та доходи за минулий рік у порядку, встановленому законом. Цей конституційний припис охоплює декілька принципів для податково-правового регулювання аспектів. По-перше, імперативний підхід до розуміння природи податкового обов'язку, який має безумовний характер і виключає конструкцію диспозитивного упорядкування податкових відносин. По-друге, концептуальний підхід щодо структури податкового обов'язку: сплата та звітність. Водночас, на нашу думку, на рівні подібного конституційного припису має бути закріплено триланкову структуру податкового обов'язку: облік, сплата та звітність. Це обумовлено тим, що: а) без обліку (об'єктів оподаткування, платників) не можна визначити суму податку, яка підлягає сплаті; б) невиконання облікових обов'язків платника податку вже породжує несприятливі наслідки для нього, застосування санкцій. По-третє, подібний конституційний припис закріплює встановлення податкового обов'язку виключно законом, що узгоджується зі ст. 92 Конституції України.

Аналізуючи характер доктринальних положень, можна розподілити їх на такі, що мають універсальне значення та часткові. Зрозуміло, що подібна класифікація може стосуватись як права загалом, так і деталізуватися стосовно окремої, відносно відокремленої сфери суспільних відносин зокрема. Безумовно, такою сферою є відносини оподаткування. У цьому сенсі доктринальне регулювання податкових відносин забезпечується існуванням і впливом доктрини податку та податкового обов'язку як тих, що мають загальне значення і деталізуються частковими. Останні доктринальні положення у сфері податкового регулювання мають більш конкретне значення та спрямовуються на деталізацію принципів акцентів загальної доктрини. Наприклад, загальна доктрина податку деталізується через конкретну доктрину податкового механізму, яка передбачає ще більш детальну побудову доктринальних конструкцій.

Доктринальні положення обумовлюють системне функціонування їх складових. Визначення бюджету обумовлює деталізацію та розуміння співіснування різних видів бюджетів. Це принципово важливо, тому що необхідне обґрунтоване розподілення надходжень до окремих видів бюджетів, що забезпечувало б: а) гарантування виконання фінансових зобов'язань держави та територіальних громад; б) відсутність конкуренції між джерелами доходів до державного та місцевих бюджетів. Системність є наглядною характеристикою доктринального упорядкування податкових відносин, що передбачає закріплення вимоги стосовно наявності всіх складових, які визначають цілісну правову конструкцію податкового платежу. Закріплення правової конструкції податку, втілення її у відповідну правову форму пов'язане з дослідженням і певними сутніс-

ними підсумками при характеристиці поняття податкового механізму. Правовий механізм податку регулюється через закріплення імперативного набору елементів, які визначають зміст та особливості реалізації податкового обов'язку. Відповідно до ст. 7 Податкового кодексу України⁷ під час установа податку обов'язково визначаються такі елементи: платники податку; об'єкт оподаткування; база оподаткування; ставка податку; порядок обчислення податку; податковий період; строк і порядок сплати податку; строк і порядок подання звітності про обчислення та сплату податку. У разі, якщо хоча б один із зазначених обов'язкових елементів не визначено, податок вважається не встановленим. Під час установа податку можуть передбачатися підстави для надання податкових пільг і порядок їх застосування. Обов'язкові елементи податку, а також підстави для надання податкових пільг і порядок їх застосування визначаються виключно.

Правова доктрина та її окремі положення пов'язуються із досягненням певного підсумку осмислення фундаментальних наукових досліджень. З одного боку, вони виражають завершення певного, якісного етапу розвитку наукових знань, формулювання сталих підходів до розуміння тих чи інших явищ, та визначення відповідно до цього певних правил поведінки. З другого боку, досягнення відповідного підсумку об'єктивно обумовлює формулювання чітких завдань для наступного етапу розвитку, теоретичних і практичних напрацювань⁸.

Як приклад можна послатися на динаміку як наукового розуміння, так і законодавчого закріплення одного з найпринциповіших доктринальних положень, у контексті податково-правового регулювання – визначення “податку”. Так, на початку формування податкового права як окремої фінансово-правової системи норм окремого визначення податку законодавство не містило. Відповідно до ст. 2 Закону України “Про систему оподаткування” під податком і збором (обов'язковим платежем) до бюджетів та до державних цільових фондів слід було розуміти обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками у порядку і на умовах, що визначаються законами України про оподаткування⁹. Тобто ніякої різниці між податковими за природою, але різними платежами законодавець не надавав.

Ухвалення у 2010 р. Податкового кодексу України продемонструвало підведення певних підсумків під науковими розробками в теорії податкового права, обґрунтуванні спільних рис і розбіжностей між податками, зборами, митом тощо. Це було відображено в змісті ст. 6 Податкового ко-

⁷ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁸ Див. докладніше: Кучерявенко (н 1) 16–7.

⁹ Про систему оподаткування: Закон України від 25 червня 1991 р. № 1251-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1251-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022). (Закон втратив чинність на підставі Кодексу від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI).

дексу України, в якій було чітко розмежовано податок як обов'язковий, безумовний платіж до відповідного бюджету або на єдиний рахунок, що справляється з платників податку (п. 6.1 ст. 6)¹⁰, та збір, як обов'язковий платіж до відповідного бюджету або на єдиний рахунок, що справляється з платників зборів, з умовою отримання ними спеціальної вигоди, зокрема внаслідок вчинення на користь таких осіб державними органами, органами місцевого самоврядування, іншими уповноваженими органами та особами юридично значущих дій (п. 6.2 ст. 6)¹¹. Тобто наукові уявлення щодо розбіжностей між податком і збором, які породжують певні правові наслідки, відобразилося в нормі закону.

Вважати, що обговорення та розвиток концепції визначення природи податку на цьому завершилися, навряд чи доречно. Сьогодні активно обговорюється (як у науці, так і в судовій практиці) перспективність характеристики природи податку з врахуванням зустрічного виконання обов'язків з боку держави як отримувачки коштів від їх сплати.

Тобто природа податків пов'язується не з фактом передачі коштів платниками державі взагалі, а передачею коштів при сплаті податків і зборів із обов'язковою умовою. Цією умовою є ефективне використання зібраних таким чином грошей для задоволення фундаментальних потреб громадян, які об'єдналися у державу. Саме для цього вони й сплачують податки, тому природа податкового обов'язку об'єктивно об'єднує обов'язки обох сторін податкового правовідношення: і зобов'язаної, і владної¹².

Таким чином, подібна тенденція наочно демонструє динамічність доктринальних положень, а не консервування тривалого, статичного підходу до їх визначення та закріплення.

Сьогодні підсумкового характеру набули доктринальні конструкції податку та податкового обов'язку як головні поняття, що виражають зміст податкового регулювання. Оскільки стосовно поняття податку ми зупинялися вище, звернемо увагу на зміст податкового обов'язку. Поняття "податковий обов'язок" є однією з центральних категорій податкового права. Зобов'язання є характерним для договірних відносин, які використовують диспозитивні методи, що розвиваються на певних відносинах рівності суб'єктів (наприклад, цивільні). Податкові відносини будуються на принципах влади і підпорядкування, регулюються владними приписами з боку держави. Тому навряд чи зобов'язання може відображати природу комплексу обов'язків платника податків, що мають безумовний і першочерговий характер. Більш точним було б використання терміна

¹⁰ Податковий кодекс України (н 7).

¹¹ Там само.

¹² Микола Кучерявенко, 'Природа податку як конструкції зустрічного узгодження обов'язків (на прикладі підприємств критичної інфраструктури)' (2021) 4 Право України 167–81.

“податковий обов’язок” як категорії, що узагальнює всю систему обов’язків платника податків, пов’язаних зі сплатою податків та зборів.

Динаміка доктрини податкового права обумовлюється станом розвитку податково-правової науки. Характеризуючи податкову доктрину через співвідношення її з джерелами податкового права, можна виокремити декілька етапів¹³: а) виникнення підстав і необхідності правового оформлення окремих суспільних відносин; б) науковий аналіз та пошук як підстав виникнення такої потреби, так і напрямів осмислення; в) поява концептуальних ідей, напрямів узагальнення, вироблення аргументів певних доктринальних положень та їх обґрунтування; г) офіційна підтримка складових доктрини податкового права, доведення до широкого загалу і отримання позитивної реакції від нього; г) трансформація доктринальних ідей у відповідні напрями правової реформи та набуття сталою концептуального правового оформлення.

Практичне значення доктринальних положень податкового регулювання знаходить своє відображення у нормотворенні та застосуванні податково-правових норм. У цьому сенсі практична значущість доктринальних положень має пов’язуватися з трьома аспектами: а) додержанням об’єктивно сформованих правил нормотворення (розмежування процедур появи податково-правових норм, які регулюють справляння загальнодержавних та місцевих податків і зборів); б) реалізацією доктринальних положень через відповідні нормативні приписи, що регулюють поведінку законослухняних платників та суб’єктів владних повноважень, які чітко додержуються законодавчо встановлених правил; в) регулюванням деліктних відносин на підставі доктринального розуміння природи податкового конфлікту, його особливостей і шляхів подолання.

Висновки. Аналіз доктринальних положень, на підставі яких формуються засади фінансово-правового регулювання, передбачає аналіз таких проблем у двох аспектах. По-перше, це формування чітких підходів до спрямованості впливу фінансово-правових норм на поведінку учасників відносин, тобто розуміння та визначення предмета фінансового права. По-друге, це чітке розуміння призначення та змісту таких понять, як “доктрина”, “доктринальні положення”. Всі внутрішні складові фінансово-правової галузі (інститути, підгалузі) можна умовно розподілити на інститути, які складаються із правових норм, що регулюють фінансові відносини на межі з іншими галузями, та такі складові фінансово-правової галузі, які включають виключно фінансово-правові норми й виражають природу фінансово-правових відносин. До таких угруповань ми відносимо бюджетне та податкове право.

¹³ Див. докладніше: Кучерявенко (н 1) 18.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. *Pravova doktryna Ukrainy, t 1* (Petrushun O red, Pravo 2013) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Kucheryavenko M, 'Podatkova doktryna Ukrainy' (2020) 4 Pravo Ukrainy 11–20 (in Ukrainian).
3. Kucheryavenko M, 'Pryroda podatku yak konstrukcii zustrichnoho uzgodzhennia obov'iazkiv (na prykladi pidpriemstv krytyhnoi infrastruktury)' (2021) 4 Pravo Ukrainy 167–81 (in Ukrainian).

Mykola Kucheryavenko

DOCTRINAL PRINCIPLES OF LEGAL FINANCIAL REGULATION

ABSTRACT. There are topical issues related to clarifying the nature and significance of doctrinal provisions, on the basis of which the principles of legal financial regulation are formed.

The purpose of this article is to clarify the nature of the doctrinal provisions of legal financial regulation based on the content of social relations that are the subject of legal financial influence; figure out the formation of sustainable approaches to building a system of the legal financial branch of law; to identify fundamental features of the doctrine and doctrinal provisions.

It is stated that the most important direction of understanding the doctrinal provisions is the characterization of their nature in the regulation of budgetary and tax relations. This is due to the fact that budget law and tax law cover a set of norms that are exclusively financial in nature and do not compete with any other branches of law.

The doctrinal provisions of financial regulation should be characterized by significance and a certain global impact on the compilation of subject relations. At the same time, in our opinion, it is fundamental that such provisions should have an appropriate constitutional basis. We are talking about the separate articles of the Constitution of Ukraine, on which the basic initial concepts of legal influence, general principles, approaches to the definition of central concepts and categories are based. This is confirmed by the current constitutional approach to the actual construction of doctrinal provisions that affect the features of financial regulation. So, according to Part 2 of Art. 92 of the Constitution, only the laws of Ukraine establish: the State budget of Ukraine and the budgetary system of Ukraine; taxation system, taxes and fees; bases of creation and functioning of the financial, monetary, credit and investment market; the status of the national currency, as well as the status of foreign currencies on the territory of Ukraine; the procedure for the formation and repayment of the state internal and external debt; the procedure for issuing and circulation of government securities, their kinds and types.

KEYWORDS: financial law doctrine; budget doctrine; tax doctrine; tax, budget; budget system; tax debt.

V. Доктрина соціального права



Пилип Пилипенко

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
завідувач кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9263-282X>
pylyp.pylypenko@lnu.edu.ua

УДК 349.3

СОЦІАЛЬНЕ ПРАВО: СТАНОВЛЕННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ МАЙБУТНЬОГО

АНОТАЦІЯ. Метою статті є з'ясування проблеми становлення та розвитку соціального права. Останнє подається як комплексна правова структура, що поєднує низку галузей сучасного права, для яких предметом є регулювання відносин, які постають у результаті проголошення та забезпечення основних соціальних прав людини і громадянина.

Становлення соціального права пов'язують зі зростанням капіталістичних ринкових відносин та появою найманої праці і трудового договору. При цьому в основі цієї правової спільності лежить інша угода, яка стала результатом координації дій основних соціальних партнерів – найманих працівників, роботодавців та держави і мала на меті забезпечити соціальний мир і злагоду в суспільстві за допомогою встановлення єдиних правил експлуатації робочої сили. Соціальний договір укладений на тристоронній основі суттєво змінив і правову природу трудового договору, перевівши його у площину соціального договору, та визначивши у такий спосіб фактичну сутність усього трудового права.

Соціальне право, до складу якого належать трудове право, право соціального забезпечення, соціальне страхове право, право екологічної безпеки, житлове право, соціальне медичне право, право соціального діалогу на основі методу скоординованої субординації утворює цілісну підсистему норм, яка разом із публічним і приватним правом формують систему права держав соціально-демократичної орієнтації.

Ключові слова: право; система права; соціальні права; методи регулювання; трудовий договір; трудове право; соціальний діалог; соціальне право; структура права.

Метою дослідження є з'ясування проблеми становлення та розвитку соціального права.

Об'єктивні процеси, що відбуваються у сфері суспільних відносин, та зміни, які сталися у правовому забезпеченні цих відносин, зумовлюють необхідність перегляду багатьох вже ustalених уявлень про право, пра-

вові відносини, систему права та ще про чимало інших правових явищ. І варто відзначити, що сьогодні існує достатньо вагомих доказів, зокрема й доктринального характеру, завдяки яким є потреба суттєвого переосмислення наукових підходів щодо визначення юридичної природи деяких сучасних галузей права, які за багатьма своїми ознаками вже не зовсім відповідають традиційним уявленням про їхнє місце у системі права.

Остання, як відомо, являє собою внутрішню побудову (структуру) права, яка передбачає єдність і диференціацію правових норм. При цьому основна мета цієї системи полягає в обґрунтуванні водночас інтеграції та поділу нормативного масиву на галузі й інститути для отримання системної характеристики позитивного права загалом. Система права (його структура) зумовлює форму права (систему законодавства), тобто обидві ці системні утворення є дуже тісно пов'язаними і взаємозалежними одне від одного.

Історія становлення і розвитку права засвідчує, що всі правові системи сучасного позитивного права базуються на його диференціації на *приватне й публічне право*. Де перше, усі свої регулятивні властивості, спрямовує на задоволення потреб і захист інтересів окремих осіб, а друге – забезпечує регулювання загальних інтересів держави й суспільства. При цьому приватне й публічне право як дві рівнозначні частини системи права логічно доповнюють одна одну і тим самим утворюють паритетну, цілісну структуру.

Відомо також, що поділ позитивного права на дві відносно самостійні групи не схвалювався радянською правовою доктриною, оскільки все, що було пов'язане зі словом “приватний”, не вписувалося до загальних засад панівної на той час марксистсько-ленінської ідеології. Тому й уся система тодішнього “соціалістичного права” функціонувала як комплекс рівнозначних галузей без диференціації їх за ознаками методу правового регулювання.

Історично так склалося, що десь на початку минулого століття у структурі публічного права розпочинають формуватися якісно нові правові норми, які постають завдяки так званому соціальному законодавству, що почало зароджуватись наприкінці XIX ст. і було пов'язане переважно з необхідністю охорони інтересів найманих працівників.

А вже після Другої світової війни соціальний напрям у сфері публічного права продовжував активно розвиватися завдяки посиленню соціальної функції держави, у результаті чого утворилася нова правова спільність, яка, зрештою, отримала назву “соціальне право”¹.

¹ Право загалом є соціальним явищем. Воно виникає та існує незалежно від держави, має загально-соціальну природу, є загально-соціальним феноменом (див.: П Рабінович, *Основи загальної теорії права та держави: навчальний посібник* (вид 5-те, зі змінами, Атіка 2001) 9). Правові норми вважаються також різновидом соціальних норм. Тому виокремити з-поміж усього масиву соціального за своєю

Фактично у системі права поряд із приватним і публічним правом з'явився “третій партнер”, що можна вважати цілком закономірним. Адже соціальне стає публічним через те, що світове співтовариство, суспільство й держава, беруть на себе зобов'язання гарантувати громадянам реалізацію стандартів їхніх особистих прав на освіту, здоров'я, безпечне для життя і здоров'я довкілля тощо, маючи на меті добровільну згоду громадян скористатися цими гарантіями без втручання в особисту сферу². Соціальна держава, як гарант прав і свобод своїх громадян, набуває ознак суб'єкта правових відносин, які є відмінними від традиційних публічних, адміністративних стосунків. Соціальна спрямованість таких відносин зумовлена передусім захистом особистих інтересів членів суспільства, а не загальносуспільних інтересів, як це існує в класичному публічному праві.

Важливою ознакою відносин, що регулюються соціальним правом, можна вважати і те, що їхнє формування відбувається під безпосереднім впливом держави та пов'язане зі здійсненням нею своєї соціальної функції. Тобто соціальна функція держави отримує своє втілення у соціальному праві, яке може розглядатись як окреме структурне утворення у системі права, поряд із традиційними її складовими – публічним і приватним правом. Соціальне право об'єднує правові норми, покликані регулювати відносини соціального захисту громадян і забезпечувати їм гарантії реалізації основних соціальних прав.

При цьому соціальне право – це не одна з галузей у системі права, а своєрідна правова спільність, яка об'єднує в собі цілу низку самостійних галузей. Для них визначальним чинником є забезпечення соціального захисту громадян, які з огляду на об'єктивні обставини потребують допомоги держави як основного соціального гаранта.

Варто також відзначити, що однією з особливостей відносин, які стали предметом регулювання норм соціального права, є те, що об'єктивно вони постають відразу у формі правовідносин. Сам факт звернення громадянина (суб'єкта) до державного органу (уповноваженого суб'єкта) для отримання гарантованого йому соціального блага (об'єкта) породжує правові стосунки, які не могли б виникнути, як такі, без проголошення на законодавчому рівні відповідного соціального права. А отже,

сутністю права певну групу норм і назвати їх при цьому власне – соціальним правом виглядає, може, й не зовсім коректно. Однак логіка існування саме такої частини у системі права прослідковується доволі виразно з огляду на предмет регулювання цієї групи норм, який спрямований на забезпечення належних соціальних умов життя людини, а саме прав на: а) працю та її вільний вибір; б) відпочинок; в) охорону здоров'я; г) житло; р) матеріальне забезпечення у старості, в разі хвороби, повної або часткової втрати працездатності, втрати годувальника тощо; д) достойний життєвий рівень для себе і своєї сім'ї; е) страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів (“Соціальні права” (З практики застосування термінів, слів та словосполучень у юриспруденції) <<https://ips.ligazakon.net/document/TS001711?fbclid=IwAR10hXfsUdWstxnoHeZh3PQwY4cTvXP9Z54wcaQSHIAIVcKKVbtXvEeNI dU>> (дата звернення: 15.01.2022).

² Ю Тихомиров, *Публичное право: учебник* (БЕК 1995) 26.

суспільні відносини у сфері соціальних стосунків поза правом існувати не можуть. І цим вони відрізняються від інших суспільних стосунків, які набувають ознак правовідносин лише за умовами врегулювання їх правовими нормами. У нашому ж випадку вони апріорі постають у формі правових відносин.

І якщо з суспільними відносинами (правовідносинами), які формують предметну складову галузей соціального права усе, як видається, зрозуміло й особливих застережень тут виникати не повинно, то з методом (способом) їхнього регулювання варто визначитись окремо. Бо навіть попри те, що предмет правового регулювання – суспільні відносини належать до явищ об'єктивного порядку і є основним (чи навіть, як іноді можна почути, єдиним) критерієм формування галузей права, то метод, це переважно другорядний, допоміжний визначник. Але, як відомо, його теж використовують під час характеристики галузевих норм. Ба більше, якщо різновидів суспільних відносин, що потребують впливу права, а отже, і галузей права існує понад десяток, то методів їхнього правового регулювання виділяють усього два – імперативний і диспозитивний. При цьому, що важливо, й це показово для нашого випадку, саме ці два методи (способи) є визначальними для поділу системи права на вже відомі дві групи галузей: публічного і приватного права³.

Нагадаємо, що у галузях публічного права домінує імперативний метод правового регулювання, де обов'язковими учасниками правовідносин є держава та її органи, які з огляду на субординацію наділені правом вимоги щодо інших учасників цих правових стосунків – приватних осіб. Натомість для галузей приватного права характерним є диспозитивний метод, за яким учасники відповідних правовідносин вважаються юридично рівними між собою.

Оскільки саме методи правового регулювання покладено в основу поділу системи права на вже відомі дві підсистеми, то вочевидь поява третього учасника мала б відбуватися за умови виокремлення ще одного, додаткового методу, який був би властивим власне для галузей соціального права.

Дозволимо собі тут відразу застерегти, що рівності учасників у соціальних правовідносинах немає. Навіть у сфері трудового права, де асоціації з “трудоим договором” чи “колективним договором” можуть ввести в оману “істинного шанувальника” приватного права, рівність сторін відсутня. Що ж до тих галузей соціального права, в основу появи яких покладено конституційно проголошені соціальні права, то тут яскраво простежується певне підпорядкування між учасниками відповідних правовідносин. При цьому держава в особі уповноважених нею орга-

³ Л. Луць, *Загальна теорія держави та права: навчальний методичний посібник (за кредитно-модульною системою)* (Атика 2010) 156.

нів перебуває у таких правовідносинах фактично по іншу сторону від учасників із правом вимоги, а тому постає в ролі зобов'язаного суб'єкта. Тобто метод правового регулювання у соціальних правовідносинах, де суб'єкти хоч і перебувають у підпорядкуванні один до одного, однак це підпорядкування є відмінним від класичної субординації, яка властива, наприклад, адміністративному праву.

Проголосивши певні соціальні права та зобов'язавши свої органи до їх реалізації, держава у соціальних правовідносинах стає фактично пасивним учасником. Вона залишається ніби в тіні, “споглядаючи” за виконанням останніми належних їм функцій. При цьому як основний гарант здійснення таких прав держава готова завжди стати на захист інтересів потенційних носіїв проголошених соціальних прав. Імператив із відповідними вимогами переходить тут по суті до інших учасників правових відносин – приватних осіб. А оскільки держава взяла на себе повноваження зобов'язаного суб'єкта, проголосивши на конституційному рівні відповідні соціальні права, то заборона як спосіб впливу на учасників соціальних правовідносин простежується хіба що у нормі ч. 2 ст. 19 Конституції України, де, зокрема, зазначено, що ‘органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та Законами України’⁴.

Можемо, таким чином, констатувати, що у сфері соціального права один зі способів впливу на учасників правовідносин є подібним до імперативного методу регулювання суспільних відносин. Однак, чи можна його так назвати? Адже імператив – це передусім *влада*. А яка тут *влада* у звичайного громадянина, і над ким? Те, що він має право вимагати, а державні органи – обов'язок задовільнити вимогу зовсім не свідчить про владу першого над другим. Скоріш за все, у таких правовідносинах вимога не є імперативною у буквальному значенні цього слова (*imperativus*, із латинської – владний, наказовий), а стала результатом добровільного погодження одного суб'єкта взяти на себе роль зобов'язаної сторони, віддавши при цьому ініціативу вимоги іншому учаснику правовідносин. Тобто субординація, яка властива для соціальних правовідносин, майже позбавлена *заборон*, які є характерними для класичного імперативного методу правового регулювання. Тут здебільшого домінують *зобов'язання*. А вони неодмінно тягнуть за собою погодження на *добровільну підлеглість* одного з учасників правових відносин іншому заради якоїсь спільної мети. У нашому випадку метою може бути, наприклад, досягнення соціальної захищеності індивіда, зростання його добробуту і, зрештою, – забезпечення соціального миру та злагоди у суспільстві.

⁴ 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: 17.01.2022).

Доволі виразно всі ці аспекти методу правового регулювання прослідковуються у класичних трудових правовідносинах, де працівник, уклавши трудовий договір, *добровільно* погоджується на підпорядкованість і певну залежність від роботодавця. При цьому останній зобов'язаний перед державою (законом) не переходити межу своїх підприємницьких (у нашому випадку – *експлуаторських*) інтересів.

Показово, що підпорядкованість (субординація) вважається чи не найголовнішою ознакою трудових правовідносин. І якщо у Кодексі законів про працю України ст. 21 дещо “дипломатично” вказує на обов'язок працівника ‘<...> виконувати роботу, визначену цією угодою, з *тідляганням внутрішньому трудовому розпорядкові* <...>’⁵, то міжнародні документи і практика Суду Європейського Союзу (далі – ЄС), наприклад, прямо зазначають, що основною ознакою трудових правовідносин найманої праці є “підпорядкованість працівника роботодавцю”⁶.

Тобто сторони трудового договору у трудових правовідносинах не є рівними і свободи договору, як це властиво для цивільних договорів, тут немає, а самі вони перебувають у стані відповідної субординації. При цьому така субординація (підлеглість) є результатом як двосторонньої домовленості самих сторін трудового договору (фактична домовленість), так і попередньої (у минулому) тристоронньої домовленості соціальних партнерів (формальна домовленість), за якою роботодавець теж обмежений у своїх вимогах з огляду на погоджені умови договорів соціального діалогу.

Отже, у трудовому праві субординація суб'єктів побудована на взаємних домовленостях та узгодженості змістовних прав і обов'язків, які не повинні виходити за межі відповідних соціальних погоджень. Тому й метод, яким послуговується трудове право для регулювання трудових відносин, такий же, як і метод інших галузей соціального права. Його можна назвати, наприклад, методом скоординованої субординації. При цьому таку його назву легко змоделювати, використавши відповідні способи регулювання відносин правом ЄС, який за майже 60 років існування виробив власну методологію у сфері забезпечення ефективності правового регулювання суспільних відносин на основі поєднання методів міжнародного права та державного права. Його тут прийнято називати

⁵ Кодекс законів про працю України: Закон України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>> (дата звернення: 15.01.2022).

⁶ International Labour Organization (ILO), Recommendation Concerning the Employment Relationship, 15 June 2006, R198 <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535> (accessed: 15.01.2022); *Трудові відносини. Матеріал до серії онлайн-тренінгів з міжнародних і європейських стандартів з питань праці* (Проект ЄС-МОП “На шляху до безпечної, здорової та задекларованої праці в Україні”, 09.06.2020) <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_748314.pdf> (дата звернення: 15.01.2022); Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, SL [2017] ECLI:EU:C:2017:981; Case C-232/09 Dita Danosa v LKB Lizings SIA [2010] ECLI:EU:C:2010:674; Case 66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg [1986] ECLI:EU:C:1986:284.

власне методом “скоординованої субординації”⁷. А отже, назва “метод соціального права” у такому формулюванні цілком адекватно, як видається, відобразатиме специфіку регулювання відносин (правовідносин), що формують предмет галузей цієї правової спільноти. І це дає нам підстави для обґрунтування соціального права як відносно самостійної правової підсистеми у структурі системи права.

Повертаючись до витоків становлення соціального права, відзначимо, що його появу пов’язують із трудовим правом, яке з’явилося у зв’язку з зародженням капіталістичних ринкових відносин і найманої праці. Роботодавці – підприємці, для яких основною метою було отримання прибутку, намагалися досягти його завдяки надмірній експлуатації робочої сили, що викликало невдоволення найманих працівників. Розпочалися масові акції протесту останніх із вимогами нормування робочого часу, гарантій оплати праці, охорони праці тощо. Для запобігання загрози соціальних конфліктів до цього процесу змушена була втрутитись держава, яка через встановлення обмежень тривалості робочого дня, заборони використання праці неповнолітніх, інших соціальних пільг у сфері праці встановила певні стандарти найму робочої сили. Тобто держава як політична організація виступила своєрідним гарантом трудових прав найманих працівників, взявши на себе їхню охорону як сторони потенційно слабшої у системі суспільно-трудова відносин.

Трудові відносини, які базувались на приватних правових засадах, а найм робочої сили відбувався за правилами цивільного (приватного) права, отримали свій подальший розвиток завдяки втручання до їхньої сфери публічно-правових засад. Ця обставина суттєво вплинула на стан подальшого регулювання праці, що, зрештою, виразилось у формуванні трудового права як права, спрямованого на захист інтересів найманих працівників, і держава тут відіграла досить значну роль, реалізуючи свою, на той час, ще не зовсім сформовану, соціальну функцію⁸.

Сьогодні, як це не прикро, але доводиться констатувати, що трудове право, яке зародилось наприкінці ХІХ ст. не тільки цивілісти, а й деякі представники суддівського корпусу, все ще намагаються трактувати як приватноправову галузь⁹. Насправді та обставина, що в основі трудового права лежить трудовий договір, який цивілісти чомусь вслід за К. Марксом і досі вважають угодою купівлі-продажу робочої сили, зовсім не означає, що він дійсно таким є. Адже з купівлею-продажем робочої сили не все так просто, як видається на перший погляд. Бо в Цивільному ко-

⁷ С Кашкин (ред), *Право Европейского Союза: учебник для магистров* (3-е изд, Издательство Юрайт 2014) 40.

⁸ П Пилипенко (ред), *Право соціального забезпечення: підручник для студентів вищих навчальних закладів* (2-ге вид, Ін Юре 2010) 50.

⁹ Р Майданик, *Цивільне право: Загальна частина, т 1: Вступ у цивільне право: підручник* (Алерта 2012) 472.

дексі України, зокрема ‘за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов’язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов’язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму’¹⁰. Тобто тут не важко переконатися, що на підставі цього договору відбувається зміна власника товару. А це, власне, і є головною суттю ринкового процесу.

Що ж стосується так званої купівлі-продажу робочої сили, то на відміну від інших “товарів”, вона не переходить до покупця (роботодавця). А отже, зміни власника не відбувається. І ба більше, робочу силу, як “товар”, роботодавець отримує не назавжди, а лише на час тривалості трудових відносин. Фактично внаслідок “купівлі-продажу робочої сили” до роботодавця (покупця) переходить тільки право *використання здатності до праці* найманого працівника, натомість сама *здатність* залишається з працівником. Тому роботодавець, у підсумку, стає власником лише виробленого продукту. А те, що “продана” робоча сила не змінює власника й продовжує належати працівникові зумовлює з часом потребу в коригуванні, наприклад, умов оплати праці, інших умов трудових правовідносин, чого не відбувається у разі купівлі-продажу звичайних товарів, проданих кінцево новому власнику.

Ба більше, якщо заглибитись ще далі, то виявиться, що в основі трудового права у його теперішньому розумінні лежить зовсім інший договір. І як би це не видавалось дивним, але насправді трудове право почалося зовсім не з трудового договору.

Нагадаємо, що сама поява трудового договору, а точніше, зміна цивільно-правових умов найму, де об’єктом фігурувала здатність людини до продуктивної праці, пов’язана зі змінами в соціальній сфері і насамперед із формуванням потужного прошарку найманих працівників, які виступали проти надмірної експлуатації їхньої праці. І коли почалася епоха соціальних заворушень, то цілком закономірно, що тодішня держава, як вже зазначалося, змушена була взяти на себе захист інтересів слабшої ланки у цьому процесі протистояння праці та капіталу, змінивши у законодавчий спосіб правила гри на ринку праці, зокрема і для захисту власних інтересів. Вона стала фактично третім учасником у відносинах використання чужої праці, гарантуючи такі важливі чинники найму, як нормальну тривалість робочого часу, розміри та правила виплати заробітної плати, умови охорони й безпеки праці.

За цих обставин поява такого третього суб’єкта правовідносин, до обов’язків якого належало забезпечення соціального миру і злагоди у класичному варіанті диспозитивних відносин між працівником та роботодавцем, суттєво змінила і природу самого договору, на основі якого

¹⁰ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 15.01.2022).

базувалися такі відносини. З цивільно-правової угоди він перетворився на соціальний договір, із чітко окресленими суб'єктами (працівник і роботодавець), із визначеним законодавчо змістом, де правам кожної зі сторін кореспондують відповідні обов'язки, а дисциплінарна влада роботодавця забезпечується підпорядкуванням йому працівника.

Фактично трудовий (двосторонній) договір став породженням і результатом іншої угоди (тресторонньої), яка хоч і не оформилась на той час юридично, але з появою трудового договору вона насправді вже існувала, та що важливо, суттєво вплинула на визначення його правової природи. Саме у цій угоді третім незмінним учасником була держава. А те, що ми в Україні лише на рубежі ХХІ ст.(!) почали сприймати як колективне трудове право, та й то лише як додаток до індивідуального трудового права, постало вже тоді як трудове (соціальне) право.

Цікаво, що, власне, в такій своїй іпостасі трудове право і тепер продовжує існувати у переважній більшості країн англосаксонської правової системи. Тут “незрима” колись соціальна угода набула сьогодні цілком окреслених форм і відома як соціальний діалог, або колективне трудове право.

Повертаючись до ролі трудового договору у процесі “купівлі-продажу робочої сили”, дозволимо собі нагадати, що вся вона (купівля) завершується на етапі укладення договору, так і не перемістившись до сфери трудових правовідносин. Тому жодного стосунку до цивілістики з її купівлю-продажем, наймом, орендою тощо трудовий договір не має. Його призначення та сфера функціонування зовсім інші, відмінні від майнових та особистих немайнових відносин. Завдяки трудовому договору досягається компроміс і суспільна злагода у сфері соціальних відносин. Роль цього договору полягає у забезпеченні гарантій соціального захисту особам, які з огляду на об'єктивні обставини змушені найматися на роботу з метою отримання засобів не тільки для власного існування, а й для своїх родин.

Сьогодні, щоправда, коли йдеться про соціальне право, то переважно називають ті галузі вітчизняного права, які постали в результаті забезпечення вже відомих нам соціальних прав, проголошених на конституційному рівні, – права на соціальний захист, на безоплатне житло, на освіту тощо. Трудове ж право серед інших галузей соціального права сприймається не завжди адекватно. А все тому, що поява цієї галузі у ті часи, коли про право на працю офіційно не йшлося, а про державу з її соціальною функцією взагалі говорити було не прийнято, та й сам трудовий договір асоціювався з уже згадуваною цивілістичною конструкцією про купівлю-продаж робочої сили, а трудове право подавалось як елемент права приватного. І це при тому, що та його частина, яка стосується колективного трудового права, де соціальна природа відносин проявляєть-

ся дуже чітко, зовсім не вписувалася до приватноправової сім'ї. Тому більш ретельне осмислення сутності трудового права й оцінки трудового договору з тих же позицій, що й колективного договору (угоди), жодних сумнівів не залишає щодо соціальної природи цієї галузі та про її місце у системі права держав соціальної орієнтації. Соціальне право – це підсистема норм права, що регулює відносини між юридично підпорядкованими суб'єктами методом скоординованої субординації. І ця група норм логічно доповнює дві інші підсистеми – публічне та приватне право, утворюючи таким чином цілісну правову структуру – систему права.

Важливо відзначити, що у становленні та розвитку соціального права значну роль відіграло і світове співтовариство, яке у післявоєнний період максимум зусиль спрямувало на забезпечення прав і свобод людини у соціальній сфері. Загальна декларація прав людини (1948 р.), Пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.), Європейська соціальна хартія (1961 р.) як і її переглянута версія (1995 р.), Хартія основних соціальних прав працівників ЄС (1989 р.) та інші важливі міжнародні документи стали визначальними для багатьох держав при ухваленні ними своїх основних законів, де важливе місце займали норми, які проголошували соціально-економічні права і свободи громадян. Гарантії соціального захисту зумовлюють подальший розвиток соціального права. З'явилося право соціального забезпечення, медичне право, право екологічної безпеки, житлове право, право соціального партнерства (діалогу), для яких основним завданням стає регулювання соціальних правовідносин.

Соціальне право в Європі розглядається науковцями саме як системна, правова структура. Таким воно сприймається, зокрема, у французькій правовій доктрині¹¹. А соціальне законодавство ЄС включає такі важливі інститути, як трудовий договір, робочий час, час відпочинку, охорону праці та здоров'я працівників, участь трудящих в управлінні виробництвом, рівність чоловіків та жінок у сфері трудових відносин, соціальне страхування й соціальне забезпечення та деякі інші¹².

Висновки. Соціальне право сьогодні являє собою сформовану функціонально-структурну підсистему, яка забезпечує регулювання відносин соціального захисту індивідів, та безпосередньо пов'язана зі здійсненням державою своєї соціальної функції. Це правова спільність, яка утворилась у результаті об'єктивних процесів розвитку суспільних відносин і публічного права й оформилась у відносно самостійну систему норм на перетині приватного і публічного права, забезпечуючи взаємодію усіх правових норм та інститутів юридичного права з метою задоволення приватних, публічних і соціальних інтересів у державно-організованому суспільстві.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Luts' L, *Zahalna teoriia derzhavy ta prava: navchalnyi metodychnyj posibnyk (za kredytno-modulnoiu systemoiu)* (Atyka 2010) (in Ukrainian).
2. Maydanyk R, *Tsyvil'ne pravo: Zahalna chastyna, t 1: Vstup u tsyvilne pravo: pidruchnyk* (Alerta 2012) (in Ukrainian).
3. Rabinovych P, *Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy: navchalnyi posibnyk* (vyd 5-te, zi zminamy, Atika 2001) (in Ukrainian).
4. Tykhomyrov Yu, *Publychnoe pravo: uchebnyk* (BEK 1995) (in Russian).

Edited books

5. Kashkyn S (red), *Pravo Evropejskoho Soiuzu: uchebnyk dlia mahystrov* (3-e yzd, pererab y dop, Yzdatel'stvo Yurajt 2014) (in Russian).
6. Pylypenko P (red), *Pravo sotsialnoho zabezpechennia: pidruchyk dlia studentiv vyschykh navchalnykh zakladiv* (2-he vyd, pererobl i dop, In Yure 2010) (in Ukrainian).

Journal articles

7. Gurvitch G, 'The Problem of Social Law' [1941] 52 (1) *Ethics* 17–40 (in English).

Theses

8. Rym O, 'Trudove pravo Yevropejskoho Soiuzu ta joho vplyv na rozvytok trudovoho prava Ukrainy' (avtoref dys d-ra iuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).

Websites

9. Sotsial'ni prava. (Z praktyky zastosuvannya terminiv, sliv ta slovospoluchen' u iurysprudentsii) <<https://ips.ligazakon.net/document/TS001711?fbclid=IwAR10hXfsUdWstxnoHeZh3PQwY4cTvXP9Z54wcaQSHIAIVcKKVbtXvEeNIIdU>> (accessed: 15.01.2022) (in Ukrainian).
10. Trudovi vidnosyny. Material do serii onlain-treninhiv z mizhnarodnykh i yevropeiskykh standartiv z pytan pratsi (Proiekt YeS-MOP "Na shliakhu do bezpechnoi, zdorovoi ta zadeklarovanoi pratsi v Ukraini", 09.06.2020) <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_748314.pdf> (accessed: 15.01.2022).

Pylyp Pylypenko

SOCIAL LAW: FORMATION AND PROSPECTS FOR THE FUTURE

ABSTRACT. The problems of the formation and development of social law are highlighted in the article. It is proposed to understand social law as a complex legal structure that combines a number of modern branches of law that regulate relations arising in connection with the proclamation and provision of fundamental social rights of persons and citizens. The formation of social law is associated with the growth of capitalist market relations and

the emergence of hired labour and the employment contract. This legal formation is based on an agreement that arose from the coordination between the main social partners – workers, employers, and the state, who sought to ensure social peace and harmony in society by establishing uniform rules for exploiting labour. The social agreement concluded on a tripartite basis has significantly changed the legal nature of the employment contract, shifting it into the social area and thus determining the actual essence of all labour law.

Social law, which includes labour law, social security law, social insurance law, the law of environmental safety, housing law, social medical law, social dialogue law based on the method of coordinated subordination, forms a holistic subsystem of norms, which together with public and private law form the system of law of social-democratic orientation states.

KEYWORDS: law; the system of law; social rights; regulation methods; employment contract; labour law; social dialogue; social law; the structure of law.

VI. Криміналістика та судова експертиза в правовій доктрині України



Валерій Шепітько

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри криміналістики
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-0719-2151>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/AAF-1268-2019>
shepitsko.valery@gmail.com

УДК 348.98

ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ КРИМІНАЛІСТИКИ ТА СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ В УКРАЇНІ – ШЛЯХ ДО ЄДИНОГО ЄВРОПЕЙСЬКОГО КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ПРОСТОРУ

АНОТАЦІЯ. Становлення, розвиток і використання криміналістичних знань у різних країнах світу простежується у форматі як єдиної науки “криміналістики” (*criminalistics*), так й окремих галузей судових наук (*forensic sciences*), а також здійснення судово-експертної діяльності. Тривалий період використання передових досягнень науки і техніки у протидії злочинності дає змогу поставити питання щодо доктринальних підходів у вивченні криміналістики, інших судових наук і судової експертизи.

Нині криміналістика в Україні змінила вектор свого розвитку і спостерігається тенденція щодо наближення криміналістики та судової експертизи до єдиного європейського криміналістичного простору. Підкреслено роль українських громадських (неурядових) організацій криміналістів, їх взаємодії з національними асоціаціями (товариствами) європейських країн у розвитку криміналістики та судової експертизи. У криміналістиці та судовій експертизі має місце також тенденція до використання прогресивних технологій, методів та засобів, які ґрунтуються на належному співвідношенні заходів безпеки і свободи, застосуванні стандартів доказування у кримінальному провадженні, відбувається забезпечення криміналістичними знаннями різних суб'єктів кримінального провадження.

У статті звернено увагу на важливості формування термінологічного апарату криміналістики та розробленні криміналістичної теорії – вчення про мову криміналістики. У сучасних умовах у структурі криміналістики простежено необхідність виокремлення самостійного розділу – стратегії криміналістики як перспективного напрямку.

Під час дослідження розглянуто особливості виникнення та становлення нових галузей (напрямів) криміналістики у глобальному світі та європейському просторі (цифрової, аерокосмічної, ядерної та ін.). Визначено місце й тенденції формування

цифрової та ядерної криміналістики в структурі криміналістичної теорії та судової експертизи.

Ключові слова: криміналістика; судові науки; судова експертиза; доктрина криміналістики; доктрина судової експертизи; цифрова криміналістика; ядерна криміналістика; тенденції криміналістики; стратегія криміналістики.

У сучасних умовах є потреба звернення до дослідження криміналістики як форми знання та визначення її теоретико-методологічної моделі, внутрішнього змісту. Розвиток криміналістики поєднаний зі становленням (формуванням) різних судових наук і здійсненням судово-експертної діяльності.

Уперше у вітчизняних літературних джерелах вивчення доктринальних проблем криміналістики та судової експертизи на рівні узагальнення загальнотеоретичних, методологічних та інших актуальних питань розвитку цих наукових знань було здійснено у межах комплексного міжгалузевого дослідження в структурі правової (юридичної) доктрини України¹. У п'ятому томі “Правової доктрини України” (2013 р.), який було присвячено “Кримінально-правовим наукам України: стану, проблемам та шляхам розвитку”, запропоновано два розділи щодо досліджуваної проблематики: “Сучасний стан та розвиток криміналістики” і “Теоретико-методологічні засади судової експертизи”².

Останнім часом суттєвим зрушенням у дослідженні доктринальних проблем криміналістики та судової експертизи є підготовка актуальної теми номера “Криміналістика та судова експертиза в юридичній доктрині України” в журналі “Право України” (№ 8/2021). До роботи над серією наукових статей у цей номер журналу були залучені провідні українські фахівці в галузі криміналістики та судової експертизи, представники Харківської, Київської та Одеської наукових шкіл: О. Ващук, В. Журавель, О. Ключев, О. Самоїленко, Е. Сімакова-Єфремян, В. Тіщенко, Ю. Черноус, В. Шевчук, В. Шепітько, М. Шепітько, В. Юсупов. Статті були підготовлені та розміщені за трьома рубриками: 1) криміналістика та судова експертиза в структурі юридичної доктрини; 2) доктринальні підходи в окремих напрямках криміналістики; 3) інноваційні напрями розвитку криміналістики³.

Формування доктрини і визначення парадигми криміналістики та судової експертизи пов'язано з вивченням теоретико-методологічної моделі науки, встановленням рівня розробленості загальної та окремих теорій криміналістики, а також стану судової експертології у певний ча-

¹ *Правова доктрина України, т 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку* (Татій В, Борисов В ред, Право 2013) 1240; *Ukrainian Legal Doctrine. Volume Five (Part Two): Judicial Law, and Forensic Legal Sciences* (Tatsyi V and Borysov V ed) 472.

² Див.: *Правова доктрина України, т5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку* (н 1).

³ ‘Криміналістика та судова експертиза в юридичній доктрині України’ (2021) 8 *Право України* 5–146.

совий період. На різних етапах до розгляду фундаментальних проблем криміналістики та судової експертизи звертались як відомі українські вчені-криміналісти (Г. Авдєєва, В. Журавель, А. Іщенко, О. Колесниченко, В. Колмаков, В. Коновалова, В. Кузьмічов, В. Лукашевич, Г. Матусовський, М. Салтевський, М. Сегай, Е. Сімакова-Єфремян, В. Тіщенко, Ю. Черноус, Б. Щур, В. Юсупов та ін.), так і знані фахівці, які є представниками наукових шкіл інших країн (Р. Акерманн, Р. Белкін, А. Вінберг, М. Гоц, Г. Гросс, В. Колдін, Х. Колецкі, В. Курапка, Е. Локар, Г. Малевські, С. Матулене, Й. Мітенко, Р. А. Рейсс, П. Саукко, Т. Томашевські, Б. Холист, А. Шварц, Г. Юодкайте-Гранскієне, М. Яблоков, Л. Ягеман та ін.).

Мета дослідження полягає у розгляді особливостей формування і сучасного стану доктрини криміналістики та судової експертизи в Україні, визначення європейського вектору їх розвитку, а також підтвердження факту щодо виникнення та становлення нових галузей (напрямів) криміналістики у глобальному світі – цифрової, аерокосмічної, ядерної та ін.

Положення, сформульовані у цій статті, ґрунтуються на наукових методах дослідження. Застосований підхід до вивчення загально-теоретичних проблем розвитку криміналістики та судової експертизи зумовили використання різних методів: формально-логічних методів пізнання (аналізу, синтезу, індукції, дедукції, конкретизації, абстрагування, аналогії тощо), соціологічного, статистичного та історичного методів. Під час дослідження використовувалися також і спеціальні методи криміналістики та практики судово-експертної діяльності. Окрім того, в процесі підготовки статті були використані результати пілотного опитування як співробітників правозастосовних органів, так і викладачів та студентів (курсантів) закладів вищої юридичної освіти.

Дослідження доктринального підходу в криміналістиці передбачає не лише розгляд сучасної системи поглядів у цій галузі науки, а й визначення її місця серед інших наук, сутності і змісту, напрямів і тенденцій. При цьому в епістемології “феномен науки” розглядається як особливий вид пізнавальної діяльності, націлений на вироблення об’єктивних, системно організованих та обґрунтованих знань про світ. Наука – це соціальний інститут, що забезпечує функціонування пізнавальної діяльності⁴.

Криміналістика як наука є складним феноменом за своєю сутністю та змістом. У літературних джерелах справедливо відзначається, що сучасну криміналістичну науку, як певну реальність, описати доволі складно, навіть у межах однієї наукової школи. Лавиноподібний потік нових знань потребує переосмислення предмета та меж криміналістичної науки, особливо враховуючи процеси глобалізації, інтеграції та диференціації

⁴ *Енциклопедия эпистемологии и философии науки* (Канон+, Реабилитация 2009) 561, 562.

знань⁵. У 2020–2021 рр. було проведено порівняльне дослідження думок студентів Університету ім. Миколаса Ромеріса (Литва) та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Україна) щодо доцільності (необхідності) викладання обов'язкового курсу криміналістики для представників майбутніх юридичних професій. Значна більшість студентів обох університетів однозначно висловили свою думку, що криміналістика має (буде мати) дуже велике, велике або суттєве значення для їхньої майбутньої професії (отримано близько 73 % таких відповідей)⁶.

У сучасних умовах можливо розглянути стан, тенденції та перспективи розвитку криміналістики в Україні й інших країнах світу, простежити формування теоретико-методологічної моделі криміналістики, її структури (системи), встановити зв'язки з іншими науками (природничими, гуманітарними, соціальними, формальними), визначити співвідношення з судовими науками (судовою медициною, судовою токсикологією, судовою археологією, судовою психологією, судовою психіатрією, судовою біологією, судовою хімією тощо) та судово-експертною діяльністю.

Розвиток криміналістичних знань у різних країнах світу простежується у формуванні як єдиної науки “криміналістики”, так й окремих галузей судових наук (*forensic science*). Зокрема, криміналістика та судові науки є відображенням різного розвитку науки, що формувалася в різних школах і відповідно – наукових напрямках із використанням тих правових, технічних, тактичних і методичних можливостей, які були в арсеналі її кращих представників⁷. Судові науки (від лат. *forensis* – той, що відноситься до форуму, публічний, судовий) юридична наука (США, Велика Британія та держави англосаксонської правової сім'ї), яка перебуває на межі права та природничих наук, що дають змогу виявити, зафіксувати, ідентифікувати й оцінити докази, а також ідентифікувати особу (злочинця, жертву, очевидця тощо). Судові науки мають велику кількість галузей та напрямів...⁸ Судові науки лише за останні кілька десятиліть суттєво розвинулися – і продовжують розвиватися швидкими темпами. Ці результати обумовлені як здійсненням наукової діяльності, так і зміненням суспільства та злочинності⁹.

⁵ Г Малевски, ‘В поисках собственной модели обучения – метаморфозы криминалистической дидактики в Литве’ в Яблоков Н, Шепітько В (ред), *Модели преподавания криминалистики: история и современность: сборник научных трудов* (Апостиль 2014) 57.

⁶ Анкетування проведено в межах взаємодії Університету ім. Миколаса Ромеріса (Литва) та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Україна), а також за підтримки Міжнародного Конгресу Криміналістів та Литовського товариства криміналістів. Було опитано 197 респондентів Університету ім. Миколаса Ромеріса та 296 респондентів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

⁷ М Шепітько, ‘Концептуальні засади розвитку криміналістики та судових наук’ (2020) 1 Архів кримінології та судових наук 89.

⁸ V Shepitko, M Shepitko, *Criminal Law, Criminalistics and Forensic Sciences: Encyclopedia* (Pravo 2021) 188, 189.

⁹ J Tompson, ‘Foreword’ *Encyclopedia of Forensic Sciences* (Editor-in-Chief Jay A Siegel, Academic Press 2000) VII.

Криміналістика пов'язана з судовою експертизою та її методологічними засадами – судовою експертологією. Розвиток криміналістики та судової експертизи обумовлено виникненням та становленням інституту залучення обізнаних осіб до кримінального (чи іншого) провадження... Судова експертиза є дослідженням, яке засноване на використанні спеціальних знань, його проводить згідно з процесуальним та/або іншим законом особа, яка має спеціальні знання¹⁰. Особливо тісно криміналістика і судова (криміналістична) експертиза перетинаються крізь призму криміналістичної техніки та її галузей (судової фотографії, судового почеркознавства, судової балістики, судової габітології, судової фоноскопії та ін.). Судова експертиза являє собою здійснення практичної діяльності, що полягає у дослідженні судовим експертом на основі спеціальних знань матеріальних (матеріалізованих) об'єктів (речових доказів) та різних матеріалів і документів, які містять доказову інформацію, з метою встановлення фактичних даних і мають значення для правильного вирішення справи (провадження)¹¹.

У ХХ ст. у СРСР криміналістика перебувала лише “на службі слідства”. У цей час криміналістика мала ідеологічну складову. У підручнику з криміналістики (А. Вінберг, Б. Шавер, 1949 р.) вказано, що радянська криміналістика покликана слугувати певним політичним цілям, вона сприяє розкриттю злочинів, спрямованих проти радянського ладу та встановленого Радянською державою правопорядку¹². Навіть у підручнику, опублікованому українською мовою, вживається словосполучення “Радянська криміналістика” (1973 р.). Окрім того, у цьому виданні зазначається, що ‘в умовах жорсткої класової боротьби каральні органи Радянської держави – надзвичайні комісії, кримінальний розшук, слідчий апарат революційних трибуналів та інші – набували досвід у боротьбі з ворожими елементами і злочинністю’¹³. Історія діяльності органів правопорядку знає періоди, коли фізичний вплив у їхній діяльності був допустимим¹⁴. Показовим є й те, що лише в 1953 р. було видано наказ МВС СРСР від 4 квітня 1953 р. № 0068 про заборону катувань у МВС СРСР за підписом Л. Берії.

У сучасних умовах в Україні криміналістика та судова експертиза мають європейський вектор свого розвитку. У Конституції України пря-

¹⁰ В Шепітько, ‘Правове регулювання експертної діяльності та тенденції формування єдиного європейського простору в галузі судової експертизи’ в *Актуальні питання судової експертизи і криміналістики. Зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф.-полілогу* (Право 2021) 93.

¹¹ *Велика українська юридична енциклопедія, т 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія* (Шепітько В голова редкол, Право 2018) 256, 257.

¹² А Вінберг, Б Шавер, *Криміналістика* (Госюриздат 1949) 6.

¹³ *Радянська криміналістика. Криміналістична техніка і слідча тактика* (Колмаков В ред, Вища школа 1973) 13.

¹⁴ ‘Записка И. В. Сталина секретарям обкомов, крайкомов, ЦК нацкомпартии об ознакомлении прокурорских работников с содержанием шифротелеграммы от 10 января 1939 г.’ <https://bessmertnybarak.ru/article/pytki_nkvd> (дата звернення: 10.01.2022).

мо вказується на ‘європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України’¹⁵. Це пов’язано з формування правової, демократичної держави в Україні, всебічним розвитком прогресивних інститутів, прагненням до захисту загальнолюдських цінностей, забезпеченням прав і свобод людини та громадянина, а також встановлення належного співвідношення заходів безпеки і свободи. Нині в Україні відбуваються процеси реформування органів правопорядку і суду, суттєво змінюється законодавство, запроваджуються електронні ресурси.

На криміналістику здійснюють вплив зміни, що відбуваються у правовому полі, “ревізія” традиційних інститутів кримінального права і процесу. У цьому сенсі відбулися істотні зміни, які ґрунтуються на нових механізмах здійснення слідчої та судової діяльності, запровадженні змагальної процедури в отриманні й перевірці доказів. Необхідність забезпечення сторін кримінального провадження (сторони обвинувачення і сторони захисту) криміналістичними прийомами, методами та засобами дає змогу зробити припущення про формування *змагальної криміналістики*¹⁶.

У сучасних джерелах справедливо підкреслюється, що дотримання засади верховенства права передбачає розслідування кримінальних правопорушень і судовий розгляд справ згідно з кращим міжнародним та європейським досвідом¹⁷. Європейські підходи простежуються у пропонуванні переліку (системи) стандартів доказування, які мають застосовуватися під час кримінального провадження (“баланс ймовірностей”, “перевага доказів”, “наявність чітких та перевірених доказів”, “поза розумним сумнівом”)¹⁸. Зокрема, стандарт доказування “поза розумним сумнівом”¹⁹ закріплює пряму вимогу щодо визнання особи невинуватою за наявності “розумного сумніву” та дещо конкретизує положення ч. 4 ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК Украї-

¹⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/ВР-96 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁶ Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (Таций В, Борисов В ред, Право 2017) 866, 867; В Журавель, В Шепітько, ‘Розвиток криміналістики та судової експертизи в Україні: наближення до єдиного європейського простору’ *Правова наука України: сучасний стан, виклики та перспективи розвитку* (Право 2021) 656.

¹⁷ Ю Чорноус, ‘Вплив міжнародних договорів і практики Європейського суду з прав людини на розвиток криміналістики в Україні’ (2021) 8 *Право України* 79.

¹⁸ Г Крет, ‘Система стандартів доказування у кримінальному процесі України’ (2019) 19 *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України* 132–9.

¹⁹ Більш докладно див: А Безносюк, ‘Доведеність поза розумним сумнівом та достовірність як стандарти доказування у кримінальному процесі України’ [2014] 3 (36) *Судова апеляція* 23–8; Г Крет, ‘Імплементация стандарту доказування ‘поза розумним сумнівом’ у кримінальне процесуальне законодавство України і практику національних судів’ (2019) 2 *Право і суспільство* 215–20; А Степаненко, ‘Стандарт доказування “поза розумним сумнівом” у кримінальному провадженні’ (автореф дис канд юрид наук, 2017) 20; А Степаненко, ‘Теорія та практика застосування стандарту доказування “поза розумним сумнівом” Європейським судом з прав людини’ (2015) 4 *Вісник кримінального судочинства* 184–91 та ін.

ни)²⁰ про те, що лише розумні сумніви стосовно доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи, тобто сумніви, що можуть виникати лише на підставі аналізу наданих доказів чи за відсутності таких, що обов'язково повинні бути надані сторонами²¹. Термін “поза розумним сумнівом” (англ. – *beyond a reasonable doubt*) (використано у ч. 2 ст. 17 КПК України) є складовою більш широкого за обсягом поняття – “стандарт доказування”²² або “стандарт переконання”. Категорія стандарту доказування почала застосуватися у процесуальному праві під впливом практики Європейського суду з прав людини. Застосування цього стандарту доказування є відображенням *прецедентного права*.

Важливим кроком у наближенні криміналістики та судової експертизи до єдиного криміналістичного європейського простору є діяльність неурядових, українських громадських організацій криміналістів та їх взаємодія з національними асоціаціями (товариствами) європейських країн. Значною подією стало підписання представниками України (Міжнародний Конгрес Криміналістів), Литви (Литовське товариство криміналістів) та Польщі (Польське товариство криміналістів) Харківського акту фундації Європейської федерації національних товариств криміналістів (Харків, 12 жовтня 2021 р., Варшава, 25 листопада 2021 р.)²³.

Досить важливим є й те, що нещодавно (28 травня 2021 р., Харків), Україна) було проведено Цифровий міжнародний конгрес криміналістів (*Digital International Criminalists Congress*), який присвячувався умовам викладання криміналістики у європейських університетах. Головним досягненням Конгресу, в якому взяли участь представники з восьми європейських країн (Австрії, Німеччини, Литви, Польщі, Словаччини, Словенії, Швейцарії та України), було прийняття резолюції Конгресу щодо підтримання розвитку криміналістики (науки та навчальної дисципліни) і необхідності міжнародного (європейського) криміналістичного співробітництва²⁴.

Наближення України до міжнародного та європейського співтовариства обумовлює необхідність уніфікації термінології у науковій галузі²⁵. На рівні дисертаційного дослідження було навіть сформульовано пропо-

²⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

²¹ О. Толочко, ‘Критерії визначення стандарту доказування вини поза розумним сумнівом у кримінальному провадженні’ [2015] 4 (42) Вісник Національної академії прокуратури України 8.

²² Н. Максименко, ‘Теоретико-правовий аналіз категорії стандарт доказування як одного зі складників забезпечення права на справедливий суд’ (2020) 4 Юридичний науковий електронний журнал 174.

²³ Kharkiv Foundation Act of European Federation of National Associations of Criminalists <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fkryminalistyka.pl%2Fwp-content%2Fuploads%2F2021%2F12%2Fakt-charkowski.pdf&clen=907590&chunk=true>> (accessed: 10.01.2022).

²⁴ ‘Digital International Criminalists Congress’ (2021) 21–22 A First Printed Criminalists 159–61.

²⁵ Див.: В. Шепітько, М. Шепітько, *Кримінальне право, криміналістика та судові науки: енциклопедія* (Право 2021) 508.

зицію щодо необхідності створення комісії з питань унормування термінології криміналістики (В. Радецька, 2002 р.)²⁶.

Розвиток криміналістики та судової експертизи пов'язаний із формуванням термінологічного апарату – мови науки. Підтвердженням цьому є публікація словників та енциклопедій у цій царині науки²⁷. До важливих досягнень у формуванні криміналістичних знань може бути віднесено підготовку та опублікування енциклопедії “Кримінальне право, криміналістика та судові науки” (Харків, 2021 р.) українською та англійською мовами²⁸. У загальній теорії криміналістики “вчення про мову” розглядається як криміналістична теорія наукознавчого спрямування²⁹.

До криміналістичних теорій віднесено вчення про систематизацію знань, визначення системи криміналістики. Традиційно криміналістика складається з чотирьох розділів: загальної теорії криміналістики, криміналістичної техніки, криміналістичної тактики та криміналістичної методики. Водночас останнім часом почав виокремлюватися ще один розділ – криміналістична стратегія. Необхідність встановлення такого нового розділу наприкінці ХХ ст. була наслідком впливу процесу глобалізації кримінального світу на тогочасну систему протидії злочинності... Криміналістична стратегія визначається як сфера знань із протидії злочинності криміналістичними засобами на віддалену перспективу³⁰. Криміналістичну стратегію відносять до видів кримінальної політики (за вертикаллю)³¹.

Важливою тенденцією криміналістики є інтеграція знань, пропонування новітніх, інноваційних розробок науки, спрямованих на вирішення завдань протидії злочинності. Інформатизація соціального середовища призвела до “технологізації” криміналістики, розроблення і впровадження інформаційних, цифрових, телекомунікаційних та інших технологій³². Нині на державному рівні поставлено завдання щодо диджиталізації найбільш важливих сфер життєдіяльності суспільства.

Натепер з'явилися реєстри досудових розслідувань, судових рішень і методик проведення судових експертиз, в яких фіксується стан здійс-

²⁶ В Радецька, ‘Мова науки криміналістики’ (автореф дис канд юрид наук, 2002) 18.

²⁷ Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (н 16) 952; В Шепітько, Криміналістика: словник термінів (Ін Юре 2004) 264; В Шепітько, Криміналістика: енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український) (Тацій В ред, Право 2001) 554.

²⁸ Шепітько В, Шепітько М (н 25) 508.

²⁹ У структурі загальної теорії криміналістики виділяють три рівні: 1) криміналістичні теорії наукознавчого спрямування; 2) криміналістичні теорії (вчення) загальнонаукового рівня; 3) криміналістичні теорії (вчення) окремонаукового рівня. Див.: В Журавель, ‘Формування та розвиток окремих криміналістичних теорій (учень)’ (2021) 8 Право України 72.

³⁰ Криміналістика: підручник, т 1 (Шепітько В ред, Право 2019) 252.

³¹ М Шепітько, Кримінальна політика у сфері забезпечення діяльності органів правосуддя (Апостіль 2021) 14.

³² В Шепітько, ‘Інновації в криміналістиці як віддзеркалення розвитку науки’ в Інноваційні методи та цифрові технології в криміналістиці, судовій експертизі та юридичній практиці: матер. міжнар. “круглого столу” (Право 2019) 147.

снення судочинства (провадження), реалізується автоматизований розподіл справ між суддями та документообіг суду загалом³³.

Суттєвим кроком у запровадженні сучасних інформаційних технологій можуть бути віднесені останні події щодо створення підсистеми “Електронний суд” (Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи), яка забезпечує обмін процесуальними документами в електронній формі³⁴; використання Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), який створено за допомогою автоматизованої системи електронної бази даних, відповідно до якої здійснюється збирання, зберігання, захист, облік, пошук, узагальнення даних про кримінальні правопорушення³⁵. Окрім того, в Україні запроваджується інформаційно-телекомунікаційна система досудового розслідування³⁶. При цьому у ч. 1 ст. 106¹ КПК України передбачено, що ‘інформаційно-телекомунікаційна система досудового розслідування – це система, яка забезпечує створення, збирання, зберігання, пошук, оброблення і передачу матеріалів та інформації (відомостей) у кримінальному провадженні’³⁷.

Формування цифрової криміналістики як нового наукового напрямку. Відбуваються докорінні зміни та запроваджуються інноваційні підходи у криміналістичному забезпеченні органів правопорядку. Фактично можна констатувати появу окремого криміналістичного напрямку – “цифрової криміналістики”³⁸ (*Digital Forensic, Digital Forensic Science or Digital Criminalistics*). У спеціальних джерелах для позначення цього напрямку використовуються й інші терміни – “комп’ютерна криміналістика” (*Computer Forensic*) або “криміналістика в комп’ютерних системах”. При цьому деякі науковці навіть розглядають комп’ютерну криміналістику як ‘прикладну науку про розслідування злочинів (інцидентів), пов’язаних із комп’ютерною інформацією, при дослідженні цифрових доказів, методів пошуку, отримання і фіксації таких доказів’³⁹.

Цифрова криміналістика є ‘однією з галузей криміналістики, яка зосереджена на кримінальному процесуальному праві та доказах щодо комп’ютерів і пов’язаних з ними пристроями’⁴⁰, такими як мобільні пристрої (наприклад, телефони та смартфони), ігрові приставки та інші

³³ Шепітько М (н 31) 132.

³⁴ Див.: ‘Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (ЄСІТС) – “Електронний суд”’ <<https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁵ Див.: Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення: затверджено Наказом Генерального прокурора від 30 червня 2020 р. № 289 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0298905-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁶ Див.: Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо запровадження інформаційно-телекомунікаційної системи досудового розслідування: Закон України від 1 червня 2021 р. № 1498-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1498-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 20).

³⁸ Шепітько (н 32) 148.

³⁹ Див.: О Гриців, ‘Криміналістика в комп’ютерних системах: процеси, готові рішення’ (2013) 774 Вісник Національного університету “Львівська Політехніка”. Автоматика, вимірювання та керування 120–6.

⁴⁰ М-Н Maras, *Computer Forensic: Cybercriminals, Laws, and Evidence* (Second Edition 2014) 408.

пристрої, що функціонують через інтернет (наприклад, пристрої для здоров'я і фітнесу та медичні прилади)⁴¹. Останнім часом з'являються наукові праці, присвячені вивченню протидії кримінальним правопорушенням, учиненим у кіберпросторі, як нового напрямку криміналістичної науки⁴². Окрім того, цифрова криміналістика стосується процесу збирання, отримання, збереження, аналізу та подання електронних (цифрових) доказів у досудовому та судовому провадженні⁴³.

Розвиток цифрової криміналістики відбувається у трьох основних напрямках: 1) формування окремої наукової галузі в криміналістиці; 2) застосування спеціальних знань під час роботи з цифровими доказами; 3) проведення судових експертиз (зокрема, комп'ютерно-технічної експертизи)⁴⁴.

У спеціальних літературних джерелах справедливо зазначається, що основним напрямом комп'ютерної (цифрової) криміналістики є дослідження машинних носіїв інформації з метою формування доказів для суду (проведення комп'ютерно-технічних експертиз, об'єктів авторського права), а також збирання оперативної інформації, яку не будуть використовувати як докази у суді⁴⁵. Крім того, до комп'ютерної криміналістики належать і суміжні галузі, в яких дослідження комп'ютерної інформації має важливу роль: розслідування інцидентів інформаційної безпеки в організаціях, компаніях, банківських установах⁴⁶.

Формування ядерної криміналістики як нового наукового напрямку. У сучасних умовах ядерна криміналістика (*Nuclear Forensics*) розглядається як нова галузь комплексного наукового дослідження, вид судової експертизи або окремий напрям криміналістики. Ядерна криміналістика – достатньо новий напрям наукових досліджень, обумовлений сплеском ядерної контрабанди і покликаний надати відповіді на низку питань, пов'язаних з ідентифікацією, призначенням, ступенем небезпеки, походженням і шляхами транспортування затриманих ядерних, радіоактивних матеріалів і радіаційних джерел, що є нині одним зі значущих питань міжнародної безпеки⁴⁷.

У довідковій літературі ядерна криміналістика (ядерна форенсіка) визначається як вид судової експертизи, що полягає в дослідженні ядерних та інших радіоактивних матеріалів щодо пошуку доказів їх похо-

⁴¹ *Киберпреступность. Введение в цифровую криминалистику* (Модуль 4. Вена, ООН 2019) 2.

⁴² Див.: О Самойленко, 'Протидія кримінальним правопорушенням, учиненим у кіберпросторі, як новий напрям криміналістики' (2021) 8 *Право України* 131–41; О Самойленко, *Основи методики розслідування злочинів, вчинених у кіберпросторі* (Волобуєв А ред, ТЕС 2020) 372.

⁴³ Там само 2.

⁴⁴ В Шепітько, М Шепітько, 'Доктрина криміналістики та судової експертизи: формування, сучасний стан і розвиток в Україні' (2021) 8 *Право України* 21.

⁴⁵ Гриців (н 39) 120, 121.

⁴⁶ Там само 121.

⁴⁷ В Большаков, Н Косач, 'Регіональні лабораторії з ядерної криміналістики – інструмент МАГАТЕ і ЄС у боротьбі з міжнародним тероризмом' *Метрологія* 68.

дження, а також місця та шляхів їх незаконного обігу та збагачення, а також слабких місць забезпечення безпеки таких матеріалів⁴⁸. Ядерна криміналістика являє собою аналіз ядерних матеріалів з метою отримання інформації про їх походження, а також способи виробництва та використання. У зв'язку з тим, що методи аналізу, які використовуються в ядерній криміналістиці, є більшою частиною руйнівними, вибір правильного набору та послідовності методів дослідження зразків є одним із найважливіших чинників, що дає змогу спеціалістам вирішувати поставлені перед ними завдання⁴⁹.

У літературних джерелах висловлювалася думка про те, що особливе місце серед заходів ядерної безпеки відводиться ядерній криміналістиці. При цьому ядерна криміналістика – це системний аналіз ізотопних сигнатур, хімічних властивостей і фізичних характеристик ядерного або іншого радіоактивного матеріалу⁵⁰. Вважається, що ядерна криміналістика бере свій початок із середини 90-х років ХХ ст. Нині ядерна криміналістика визнається дієвим інструментом для посилення регулюючого контролю та фізичного захисту ядерних та інших радіоактивних матеріалів (далі – ЯРМ). Ядерно-криміналістичні дослідження спрямовані не тільки на визначення характеристик, виявлених поза межами регулюючого контролю ЯРМ, а й, головним чином, на визначення джерела походження вилученого ЯРМ⁵¹.

У пункті 10 Комюніке Сеульського саміту з ядерної безпеки вказано, що

ядерна криміналістика може бути ефективним інструментом для визначення походження виявлених ядерних та інших радіоактивних матеріалів та збирання доказів з метою переслідування за фактами незаконного обігу та їх закономірного використання. У цьому зв'язку ми закликаємо держави працювати одна з одною, а також з МАГАТЕ⁵² з метою розвитку і зміцнення потенціалу в галузі ядерної криміналістики. У цьому відношенні вони можуть по мірі доцільності об'єднувати навички, що відносяться як до звичайної, так й до ядерної криміналістики⁵³.

⁴⁸ Шепітько В, Шепітько М (н 25) 302.

⁴⁹ Д Долматов, 'Методы определения элементарного состава в ядерной криминалистике' в *Современная техника и технологии. XX Международная научно-практическая конференция. Секция 8: Физические методы в науке и технике* (2014) 9.

⁵⁰ П Біленчук, Т Обіход, 'Правове і криміналістичне забезпечення протидії ядерному тероризму' (2017) 1 Часопис Київського університету права 294.

⁵¹ 'Щодо заходів у сфері ядерної криміналістики' (*Державна інспекція ядерного регулювання України*, 11.06.2013) <<https://snriu.gov.ua/news/shchodo-zakhodiv-u-sferi-yadernoi-kriminalistiki>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵² МАГАТЕ – Міжнародна агенція з атомної енергії (англ. *International Atomic Energy Agency*) є провідним світовим міжнародним форумом науково-технічної співпраці в галузі мирного використання ядерної технології.

⁵³ Сеульское комюніке, принятое на Сеульском саммите по ядерной безопасности 2012 г.: информ. циркуляр <https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/2012/infcirc838_rus.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

У пункті 33 Комюніке Гаагського саміту з ядерної безпеки теж констатовано, що ‘ядерна криміналістика стає ефективним інструментом для визначення походження ядерних та інших радіоактивних матеріалів та збирання доказів <...>⁵⁴.

Висновки. Криміналістика як наука є складним феноменом за своєю сутністю та змістом. На доктринальному рівні розглянуто формування теоретико-методологічної моделі криміналістики, визначено її тенденції, встановлено зв’язки з іншими науками, а також співвідношення з судовими науками та судовою експертизою. Розвиток криміналістичних знань у різних країнах світу простежується у формуванні як єдиної науки “криміналістики”, так й окремих галузей судових наук.

В Україні криміналістика та судова експертиза мають європейський вектор розвитку. Висловлено припущення про формування “змагальної криміналістики”, існує необхідність розроблення і пропонування криміналістичних засобів для різних сторін кримінального провадження (сторони обвинувачення та сторони захисту). Європейські підходи виявляються й у застосуванні стандартів доказування під час кримінального провадження.

Відзначено роль громадських (неурядових) організацій у наближенні криміналістики (судової експертизи) до єдиного європейського криміналістичного простору. До значних подій останнього часу можуть бути віднесені: проведення Цифрового міжнародного конгресу криміналістів (*Digital International Criminalists Congress*) (28 травня 2021 р., Харків) та підписання представниками України, Литви та Польщі Харківського акту фундації Європейської федерації національних товариств криміналістів (Харків, 12 жовтня 2021 р., Варшава, 25 листопада 2021 р.).

Розвиток криміналістики та судової експертизи в Україні виявляється у формуванні мови науки, що підтверджується підготовкою сучасних криміналістичних словників та енциклопедій. До важливих тенденцій криміналістики може бути віднесено й змінення її системи та виокремлення такого розділу, як криміналістична стратегія.

Тенденції криміналістики та судової експертизи виявляються у формуванні нових і перспективних наукових напрямів: цифрової криміналістики, аерокосмічної криміналістики, ядерної криміналістики та ін. Аргументовано актуальність формування цифрової та ядерної криміналістики, визначено їхній зміст та особливості цих наукових напрямів.

⁵⁴ Комюніке Гаагського саміту по ядерній безпеці <chrome-extension://efaidnbmninnnibpcajpcglcl efindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fstatic1.squarespace.com%2Fstatic%2F568be36505f8e2af8023adf7%2F%2F56b8bed7c2ea51b54376e172%2F1454948055706%2Fthe_hague_nuclear_security_summit_communique_final_russian.pdf&clen=203902&chunk=true> (дата звернення: 10.01.2022).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Maras M-H, *Computer Forensic: Cybercriminals, Laws, and Evidence* (2-ed, Jones & Bartlet Learning 2014) (in English).
2. Vinberg A, Shaver B, *Kriminalistika* (Gosyurizdat 1949) (in Russian).
3. Shepitko M, *Kryminalna polityka u sferi zabezpechennya diyalnosti organiv pravosuddy* (Apostil 2021) (in Ukrainian).

Edited books

4. *Ukrainian Legal Doctrine in Five Volumes. Edited by V. Tatsyi. Volume Five (Part Two): Judicial Law, and Forensic Legal Sciences* (Tatsyi V, Borysov V ed, Wildy, Simmonds and Hill Publishing 2018) (in English).
5. *Kiberprestupnost'. Vvedenie v cifrovuju kriminalistiku. Modul'* (OOH 2019) (in Russian).
6. Kolmakov V (red), *Radianska kryminalistyka. Kryminalistychna tekhnika i slidcha taktyka* (Vyshcha shkola 1973) (in Ukrainian).
7. Malevsky H. 'V poyskakh sobstvennoi modeli obucheniya – metamorfozy krymynalystycheskoi dydaktyky v Lytve' v (2014) *Modely prepodavaniya krymynalystyky: ystoryia y sovremennost': sbornik nauchnykh trudov* (Jablokov N, Shepitko V red, Apostil 2014) (in Russian).
8. *Pravova doktryna Ukrainy, t 5: Kryminalno-pravovi nauky v Ukraini: stan, problemy ta shliakhy rozvytku* (Tatsiy V, Borysov V zah red, Pravo 2013) (in Ukrainian).
9. Samoilenko O, *Osnovy metodyky rozsliduvannia zlochniv, vchynenykh u kiberprostorii: monografiia* (Volobuiev A zah red, TES 2020) (in Ukrainian).
10. Shepitko V (red), *Kryminalistyka: pidruchnyk, t 1* (Pravo 2019) (in Ukrainian).

Encyclopedias and dictionaries

11. *Encyclopedia of Forensic Sciences* (Jay A Siegel ed, Academic Press 2000) (in English).
12. *Enciklopediya epistemologiya i filosofii nauki* (Kasavin I red, Kanon+ ROOI Reabilitatsiya 2009) (in Russian).
13. Shepitko V, *Kryminalistyka: entsyklopedychnyi slovnyk (ukrainsko-rosiiskyi i rosiisko-ukrainskyi)* (Tatsii V red, Pravo, 2001) (in Ukrainian).
14. Shepitko V, *Kryminalistyka: slovnyk terminiv* (In Yure 2004) (in Ukrainian).
15. Shepitko V, Shepitko M, *Criminal Law, Criminalistics and Forensic Sciences: encyclopedia* (Pravo 2021) (in Ukrainian).
16. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 20: Kryminalistyka, sudova ekspertyza, yurydychna psykholohiia* (Shepitko V holova redkol, Pravo 2018) (in Ukrainian).
17. Zhuravel V, Shepitko V, 'Rozvytok kryminalistyky ta sudovoi ekspertyzy v Ukraini: nablyzhennia do yedynoho yevropeiskoho prostoru' v *Pravova nauka Ukrainy: suchasnyi stan, vyklyky ta perspektyvy rozvytku* (Petryshyn O holova redkol, Pravo 2021) (in Ukrainian).

Journal articles

18. Shepitko M, 'Digital International Criminalists Congress' (2021) 21–22 A First Printed Criminalists 159–61 (in English).
19. Shepitko M, 'Kharkiv Foundation Act of European Federation of National Associations of Criminalists' (2021) 21–22 A First Printed Criminalists 165–7 (in English).

20. Beznosiuk A, 'Dovedenist poza rozumnym sumnivom ta dostovirnist yak standarty dokazuvannia u kryminalnomu protsesi Ukrainy' [2014] 3 (36) Sudova apeliatsiia 23–8 (in Ukrainian).
 21. Bilinchuk P, Obikhod T, 'Pravove i kryminalistychne zabezpechennia protydii yadernomu teroryzmu' (2017) 1 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 292–6 (in Ukrainian).
 22. Bolshakov V, Kosach N, 'Rehionalni laboratorii z yadernoi kryminalistyky – instrument MAHATE i YeS u borotbi z mizhnarodnym teroryzmom' (2014) Metrolohiiia 68–71 (in Ukrainian).
 23. Chornous Yu, 'Vplyv mizhnarodnykh dohovoriv i praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny na rozvytok kryminalistyky v Ukraini' (2021) 8 Pravo Ukrainy 77–90 (in Ukrainian).
 24. Hrytsiv O, 'Kryminalistyka v komp'uternykh systemakh: protsesy, hotovi rishennia' (2013) 774 Visnyk Natsionalnoho universytetu "Lvivska politekhnika". Avtomatyka, vymiriuvannia ta keruvannia 120–6 (in Ukrainian).
 25. Kret H, 'Implementatsiia standartu dokazuvannia "poza rozumnym sumnivom" u kryminalne protsesualne zakonodavstvo Ukrainy i praktyku natsionalnykh sudiv' (2019) 2 Pravo i suspilstvo 215–20 (in Ukrainian).
 26. Kret H, 'Systema standartiv dokazuvannia u kryminalnomu protsesi Ukrainy' (2019) 19 Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 132–9 (in Ukrainian).
 27. Maksymenko N, 'Teoretyko-pravovyi analiz katehorii standart dokazuvannia yak odnogo zi skladnykh zabezpechennia prava na spravedyvnyi sud' (2020) 4 Yurydychni naukovyi elektronnyi zhurnal 173–6 (in Ukrainian).
 28. Samoilenko O, 'Protydiia kryminalnym pravoporushenniam, uchynenym u kiberpros-tori, yak novyi napriam kryminalistyky' (2021) 8 Pravo Ukrainy 131–41 (in Ukrainian).
 29. Shepitko M, 'Kontseptualni zasady rozvytku kryminalistyky ta sudovykh nauk' (2020) 1 Arkhiv kryminolohii ta sudovykh nauk 89-97 (in Ukrainian).
 30. Shepitko V, (coord.), 'Kryminalistyka ta sudova ekspertyza v yurydychnii doktryni Ukrainy' (2021) 8 Pravo Ukrainy 5–146 (in Ukrainian).
 31. Shepitko V, Shepitko M, 'Doktryna kryminalistyky ta sudovoi ekspertyzy: formuvannia, suchasnyi stan i rozvytok v Ukraini' (2021) 8 Pravo Ukrainy 12–27 (in Ukrainian).
 32. Stepanenko A, 'Teoriia ta praktyka zastosuvannia standartu dokazuvannia "poza rozumnym sumnivom" Yevropeiskym sudom z prav liudyny' (2015) 4 Visnyk kryminalnoho sudochynstva 184–91 (in Ukrainian).
 33. Tolochko O, 'Kryterii vyznachennia standartu dokazuvannia vyny poza rozumnym sumnivom u kryminalnomu provadzhenni' [2015] 4 (42) Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy 5–10 (in Ukrainian).
 34. Zhuravel V, 'Formuvannia ta rozvytok okremykh kryminasloistychnykh teorii (uchen) (2021) 8 Pravo Ukrainy 65–76 (in Ukrainian).
- Theses*
35. Radetska V, 'Mova nauky Kryminalistyky' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2002) (in Ukrainian).
 36. Stepanenko A, 'Standart dokazuvannia "poza rozumnym sumnivom" u kryminalnomu provadzhenni' (avtoref dys kand yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

Conference papers

37. Dolmatov D, 'Metody opredeleiya elementarnogo sostava v yadernoi kriminalistike' v *Sovremennaya tehnika i tehnologii. XX Mezhdunar. nauchno-prakt. konf. Sekciya 8: Fizicheskie metody v nauke i tehnike* (2014) (in Russian).

38. Shepitko V, 'Innovatsii v kryminalistytsi yak viddzerkalennia rozvytku nauky' v *Innovatsiini metody ta tsyfrovi tekhnolohii v kryminalistytsi, sudovii ekspertyzi ta yurydychnii praktytsi: materialy mizhnarodnogo kruhloho stolu* (Pravo 2019) (in Ukrainian).
39. Shepitko V, 'Pravove rehuliuвання ekspertnoi diialnosti ta tendentsii formuvannia yedynoho yevropeiskoho prostoru v haluzi sudovoi ekspertyzy' v *Aktualni pytannia sudovoi ekspertyzy i kryminalistyky. Zb. materialiv mizhnar. nauk.-prakt. konf.-polilohu* (Pravo 2021) (in Ukrainian).

Valeriy Shepitko

FORMATION OF THE DOCTRINE OF CRIMINALISTICS AND FORENSIC SCIENCE IN UKRAINE: THE WAY TO A UNIFIED EUROPEAN CRIMINALISTIC SPACE

ABSTRACT. Formation, development and use of criminalistic knowledge are researched in the format of a unified science of Criminalistics, as well as individual branches of Forensic Science and Forensic activity. Long-term use of advanced in science and technology in combating crime raises questions about doctrinal approaches in the study of Criminalistics, other Forensic Science and Forensic Examination.

Today, Criminalistics in Ukraine has changed the vector of its development and there is a trend to bring Criminalistics and Forensic Science closer to a unified European criminalistic space. The role of Ukrainian public non-governmental organizations of criminalists and their interaction with national associations and societies of European countries is important in the development of Criminalistics and Forensic Science.

There is also a tendency in Criminalistics and Forensic Science to use advanced technologies, methods and tools that are based on the appropriate balance of security and freedom, the application of standards of evidence in criminal proceedings, providing criminalistic knowledge of various subjects of criminal proceedings.

The article is devoted to the importance of forming the terminology of Criminalistics and the development of criminalistic theory – the doctrine of the language of Criminalistics. In modern conditions in the structure of Criminalistics traced the necessity to separate an independent section – the strategy of Criminalistics as a promising area.

During the study, the peculiarities of the emergence and formation of new branches of Criminalistics in the global world and the European space (digital, aerospace, nuclear and other) were considered. The paper identifies the place and trends in the formation of Digital and Nuclear forensics in the structure of criminalistic theory and Forensic Science.

KEYWORDS: criminalistics; forensic sciences; forensic examination; doctrine of criminalistics; doctrine of forensic science; digital criminalistics; nuclear forensics; trends of criminalistics; criminalistic strategy.

VII. Інститут нотаріату в правовій доктрині України

DOI: 10.33498/Юш-2022-02-091



Світлана Фурса

докторка юридичних наук, професорка,
заслужена юристка України,
професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу
і адвокатури, прокуратури, судоустрою
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3023-5287>
(Київ, Україна)
fursa_2003@ukr.net

Євген Фурса

кандидат юридичних наук,
професор кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Київського державного торговельно-економічного
університету
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-9406-1256>
(Київ, Україна)
fursa_2003@ukr.net



УДК 347.961

НОТАРІАТ У СУЧАСНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. У статті йдеться про український нотаріат, який нині, у тяжкі для нашої держави часи, також зіштовхується із певними викликами, які потребують системного вирішення на науковому рівні.

Мета статті спрямована на дослідження місця нотаріату як органу безспірної юрисдикції у сучасній правовій системі України. Показати його важливу роль в охороні безспірних прав суб'єктів цивільних відносин та ті проблеми, які виникають під час вчинення нотаріальних дій як нотаріусами, так і уповноваженими особами органів місцевого самоврядування, консулів та шляхи їх вирішення. Зокрема, за допомогою комплексного підходу узгодити норми матеріального права із законодавством про нотаріат, яке регламентує процесуальну діяльність нотаріуса, адже саме за допомогою нотаріальної процедури аналізуються норми матеріального права.

У статті йдеться про роль та місце нотаріату у сучасній правовій системі в часи цифрових технологій. Проте до останнього часу залишається чинним Закон України "Про нотаріат". До його змісту вносилися зміни і доповнення, але ж кардинального переосмислення цей Закон не зазнавав, хоча нині активно порушується питання про рекодифікацію Цивільного кодексу України, а Закон продовжується і далі піддаватися лише фрагментарним змінам. Тому питання має ставитися не так

© Світлана Фурса, Євген Фурса, 2022

про оновлення Закону України “Про нотаріат”, як про його системне осучаснення. Тут мається на увазі не банальне втілення конституційного принципу верховенства права в діяльність нотаріусів або розширення їх компетенції, завдяки нехарактерних для нотаріату функцій та з метою отримання нотаріусами більших доходів, а пошуки місця нотаріату в сучасній правовій системі України, щоб усунути хоча б частину проблемних питань із суспільних відносин. Гострим є питання про анулювання державного нотаріату, але це питання є передчасним, особливо в часи низького рівня економічної активності населення та економічного стану, в якому опинилася наша держава.

У висновках Закон України “Про нотаріат” потребує комплексного осучаснення, але з урахуванням тих напрацювань, які вже були зроблені вченими. Зокрема, потребують регламентації й такі важливі аспекти, як вдосконалення організації роботи органів, які надають нотаріальні послуги. Запропоновано низку нотаріальних дій, за допомогою яких можна розширити компетенцію нотаріусів, розкриття потребують нотаріальні правовідносини, змістовне узгодження діяльності нотаріусів та виконавців, нотаріусів і суддів, нотаріусів та консулів, а це все зумовлює необхідність ухвалення Нотаріального кодексу.

Ключові слова: нотаріат; правова система; рекодифікація; реформа; охорона безспірних прав; Нотаріальний кодекс.

Сьогодні не дарма назвали віком інформаційних технологій, але що його істотно відрізняє від минулого? У 70–80 роках минулого століття ніхто навіть не мріяв, що друкарська машинка може перетворитися на ноутбук, а сучасні фахівці не будуть знати такого терміна, як “копірка”. Інтернет та інші технології надають сьогодні можливість “черпати” інформацію з усього світу, протягом лічених секунд зв’язуватися з людиною на тому кінці світу. Скільки з’явилося нових слів, зміст яких тепер відомий значній кількості громадян, а саме: диджиталізація, скайп, файл, акаунт, електронна пошта та ін.

Часи змінюються, але зі словом “нотаріат” навіть пересічні громадяни нині пов’язують діяльність нотаріусів і це, незважаючи на те, що це слово існує століттями, а прообраз цієї професії пов’язують із римським правом. Тому може скластися помилкове враження, що сучасний нотаріат нічим не відрізняється від колишнього.

Що ж реально являє собою сучасний нотаріат України – не тільки пересічні громадяни, а й навіть багато фахівців докладно не розуміють. Ні, сучасний нотаріат істотно змінився і вимоги до нотаріусів значно посилися, оскільки за ст. 461 Закону України “Про нотаріат” (далі – Закон)¹ нотаріус під час вчинення нотаріальних дій обов’язково використовує відомості Єдиного державного демографічного реєстру, а також Державного реєстру актів цивільного стану громадян, Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських

¹ Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

формувань, інших єдиних та державних реєстрів, що функціонують у системі Міністерства юстиції України. Так, у разі вчинення нотаріальних дій із нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва нотаріус обов'язково використовує також відомості Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та Державного земельного кадастру, Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва².

Тобто цифрові технології увійшли в професію нотаріуса і мають надавати позитивні результати на предмет достовірності тієї інформації, яка подається чи витребується нотаріусом і є необхідною для посвідчення правочину.

Однак до останнього часу залишається чинним Закон, датований ще 1993 р., а до повноважень нотаріусів входять практично ті нотаріальні дії, які були запроваджені в той період, але з певним уточненням. Дійсно, до змісту Закону вносилися зміни і доповнення, але ж кардинального переосмислення він не зазнавав. У 2004 р. набрала чинності нова редакція Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)³, був введений в дію Сімейний кодекс України⁴ та велика кількість інших нормативних актів. Зараз вже активно порушується питання про рекодифікацію ЦК України⁵, а Закон піддається лише фрагментарним змінам.

Тому питання має ставитися не так про оновлення Закону, як про його системне осучаснення. Тут мається на увазі не банальне втілення конституційного принципу верховенства права в діяльність нотаріуса або розширення сфери діяльності нотаріусів для отримання ними більших доходів, а пошуки місця нотаріату в сучасній правовій системі України, щоб усунути хоча б частину проблемних питань із суспільних відносин.

Зі статті 3 Конституції України⁶ випливає, що права і свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Виходячи з цієї основоположної мети діяльності держава варто було б визначити як завдання нотаріату щодо посвідчення безспірних прав, посвідчення або засвідчення безспірних юридичних фактів, щоб їхня юридична достовірність, яка підтверджена в нотаріальних актах, не викликала сумніву. У цьому випадку автори мають на увазі, що доцільно говорити не лише про нотаріальний порядок посвідчення правочину (ст. 209 ЦК України), а й нотаріальну форму, яка нині не передбачена у

² Про нотаріат (н 1).

³ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴ Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵ С Фурса, Є І Фурса, 'Аналіз останніх концепцій про необхідність рекодифікації цивільного законодавства в Україні (на прикладі спадкового права) з метою застереження виникнення спорів у майбутньому' в Фурса С (ред), *Спір про право у цивільно-правовому процесі: нотаріат, суд, виконавче провадження* (Алерта 2021) 32–42.

⁶ 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: 10.01.2022).

ст. 208 ЦК України та мати переваги над простою письмова форма і розцінюватися як кваліфікована. У зв'язку з цим виникає запитання: а завдяки чому нотаріальна форма повинна мати певні переваги над простою письмовою формою? Але ж це очевидно, оскільки проста письмова форма договору відрізняється від нотаріальної багатьма факторами, головними з яких є: обов'язок нотаріуса роз'яснити права й обов'язки особам, які беруть участь у нотаріальному провадженні, не тільки матеріальні, а й процесуальні⁷, попередити про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана на шкоду фізичним та юридичним особам; нотаріусом мають посвідчуватися лише законні договори; нотаріус працює з оригіналами офіційних безспірних документів, використовує дані реєстрів, викладає документи на спеціальних бланках, які мають захисні знаки та нотаріальні акти обертаються у міжнародному просторі⁸ тощо.

З наведеного випливає, що *сучасний нотаріат – це не тільки діяльність нотаріусів й уповноважених на вчинення нотаріальних дій осіб, а й певна процедура вчинення нотаріальних дій та спеціальні засоби з оформлення вчинених нотаріальних дій*. На скільки вони у сукупності здатні забезпечити високу вірогідність достовірності посвідчених нотаріусом юридичних обставин, на стільки сучасний нотаріат відповідає потребам суспільних відносин.

На жаль, непоодинокими є справи, в яких нотаріусів звинувачують у вчиненні нотаріальної дії неправильно або у безпідставній відмові у вчиненні нотаріальної дії. Не будемо говорити про випадки зловживання правом на звернення до суду, але головний аргумент у цьому разі полягає в тому, що незважаючи на високі вимоги до кандидата, який хоче стати нотаріусом, незначна частина нотаріусів все ж таки допускає помилки, іноді свідомо порушує вимоги законодавства та вчиняє кримінально карані правопорушення.

Що ж тоді говорити про інших осіб, які вчиняють нотаріальні дії, але не проходили відповідних випробувань для того, щоб отримати право на вчинення нотаріальних дій? Насамперед маємо на увазі осіб, перелічених у ст. 40 Закону, оскільки до них не пред'являються вимоги про наявність мінімальних необхідних знань для вчинення нотаріальних дій та юристами вони можуть і не бути. В одній зі своїх ранніх публікацій ми говорили про те, що їм можуть прочитати лекції як викладачі, так і хороші студенти юридичних факультетів в рахунок проходження практики. Але ця гіпотеза залишилася лише в межах нереалізованих пропозицій.

⁷ С. Фурса, Є. І. Фурса, 'Суб'єкти нотаріальних процесуальних правовідносин, їх правовий статус, процесуальні права та обов'язки' в Фурса С. (ред), *Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник* (Цул, Алерта 2012) 136.

⁸ Є. Є. Фурса, 'Захист нотаріальних документів та його вплив на права громадян, юридичних осіб: діяльність нотаріусів та консулів' (2016) 2 Цивілістична процесуальна думка 20–5.

Однак заповіти, довіреності тощо, які посвідчуються такими “фахівцями” відповідно до статей 40, 40¹ Закону, прирівнюються до нотаріально посвідчених.

Не менш проблемним вважаємо й питання про віднесення до системи нотаріату України й посадових осіб органів місцевого самоврядування, що впливає зі статей 1, 37 Закону. Проблемність цього питання полягає в тому, що будь-яких вимог щодо освіти і знань таких осіб не пред’являється. Основна цілеспрямованість їхньої діяльності як осіб, перелічених у ст. 40 Закону, далека від вчинення нотаріальних дій. Отже, контроль за наслідками їхньої діяльності реально не здійснюється, хоча формально він покладений на Міністерством юстиції України, а оплата праці визначається за основним напрямом їхньої роботи.

Дійсно, до окремої категорії посадових осіб органів місцевого самоврядування висувуються реальні вимоги, але у разі, коли вони вчинять такі нотаріальні дії, як: видача свідоцтва: про право на спадщину та про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя (ст. 37 Закону). Отже, як спонукати осіб, щоб вони відповідали таким критеріям: мати вищу юридичну освіту, досвід роботи у галузі права не менше трьох років, пройшли протягом року стажування у державній нотаріальній конторі або приватного нотаріуса, завершили навчання щодо роботи з єдиними та державними реєстрами, що функціонують у системі Міністерства юстиції України, та склали іспит зі спадкового права у порядку, встановленому Міністерством юстиції України? Які кошти і хто має їм платити, щоб вони виконували таку непостійну роботу з вчинення нотаріальних проваджень, яка відповідальність може до них застосовуватися? Всі ці фактори доводять, що впровадження спеціального статусу для посадових осіб органів місцевого самоврядування – це спроба перекласти обов’язок вчинення нотаріальних проваджень на органи місцевого самоврядування, але без певних економічних і правових гарантій їхньої діяльності.

Не будемо докладно аналізувати й положення про те, що вчинення нотаріальних дій за кордоном покладається на консульські установи України, а у випадках, передбачених чинним законодавством, – на дипломатичні представництва України. У зв’язку з цим достатньою для аналізу вважаємо інформацію, що перебуває на офіційному сайті Консульства України в Гданську, що стосується вчинюваних нотаріальних дій, оскільки наведений на сайті перелік складається лише з таких:

- заява про прийняття/відмову від прийняття спадщини;
- заява-згода на реєстрацію/знаття з реєстрації місця проживання;
- посвідчення довіреностей⁹.

⁹ Нотаріальні дії (Консульство України в Гданську, 10.09.2020) <<https://gdansk.mfa.gov.ua/konsulskipitannya/notarialni-diyi>> (дата звернення: 10.01.2022).

Як не складно відзначити, перелік вчинюваних консульськими установами нотаріальних дій у ст. 38 Закону складається з 16 найменувань, що істотно відрізняє наведений перелік та обмежує права громадян України на нотаріальні послуги у гданському регіоні.

Заслужують на увагу питання з надання нотаріальних послуг на окупованих територіях України. Нині значна частина території України опинилася поза її юрисдикції, зокрема, Республіка Крим, окремі території Луганської та Донецької областей, де українські нотаріуси не можуть працювати, з цілком зрозумілих причин. Наведені обставини свідчать про те, що за об'єктивних обставин наша держава не здатна забезпечити нотаріальними послугами громадян України, які перебувають на цих територіях.

Це та інші положення свідчать про специфіку міжнародного права України, де мають враховуватися політико-економічні відносини з Російською Федерацією (далі – РФ), яка анексувала частину нашої держави. Інша і більш складна проблема полягає в тому, а як мають сприйматися міждержавні документи, які були посвідчені на анексованих територіях і чи можуть вони легалізуватися в Україні, якщо ми не визнаємо захоплення Криму законним? Отже, діяльність нотаріусів та інших російських посадових осіб на території Криму є незаконною навіть у тих випадках, коли вони посвідчують приватноправові договори. Це положення має бути відображено в нормативних актах України і допустимим способом для громадян України реалізувати свої права на нерухоме майно, що перебуває на території анексованого Криму й окремих районів Донецької та Луганської областей, може стати посвідчення договорів на підконтрольній Україні території і в уповноважених нею посадових осіб. Однак істотною проблемою на цьому шляху може стати Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, оскільки українські нотаріуси не зможуть перевірити наявності або відсутності заборон відчуження об'єктів нерухомості, які перебувають на таких територіях.

З іншого боку, у сучасний момент посвідчені таким чином договори не будуть мати правового значення на території Криму, оскільки не будуть реєструватися в російських державних реєстрах через те, що їх російська влада не визнає легітимними у зв'язку з порушенням повноважень осіб на вчинення нотаріальних дій. А це положення суперечитиме ст. 13 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах¹⁰, що була укладена у Мінську.

Виходить, що громадяни України стають заручниками політичних відносин між Україною та РФ, а також відсутності відносин із незакон-

¹⁰ Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

ними збройними формуваннями на окремих територіях Донецької та Луганської областей.

Тому такий стан із реалізації прав громадян України не можна визнати нормальним, оскільки у разі продажу нерухомих об'єктів на анексованих територіях громадяни України сплачуватимуть податки до бюджету РФ, але у них не має іншого виходу. Інша річ, що в сучасних умовах варто зробити наголос на тому, що громадяни України не повинні придбавати майно на цих територіях і тим самим інвестувати кошти в економіку РФ та окремих районів Донецької та Луганської областей, які не підконтрольні Україні. Про цей обмежувальний захід мають повідомлятися всі громадяни України, оскільки при поверненні окупованих територій до юрисдикції України відбудеться переоблік нерухомого майна і прав власності на ці об'єкти, а також нелегальні щодо юрисдикції України договори мають бути переглянуті.

Наведене дає змогу зробити загальний висновок про те, що сучасний нотаріат України в частині організаційної побудови не відповідає вимогам надання якісних нотаріальних послуг і потребує реформування.

Що ж до одночасного існування в Україні державного сегменту нотаріату та приватного, то останні тенденції зводяться до того, що всі законопроекти передбачали анулювання державних нотаріальних контор. Такі тенденції обґрунтовувалися спочатку бажанням створити нотаріат латинського типу з метою входження до Міжнародного союзу нотаріату, потім – високими витратами на утримання державних нотаріальних контор тощо. Такі тенденції призвели до того, що в окремих регіонах України державні нотаріальні контори були приватизовані або анульовані, однак приватні нотаріуси не можуть працювати собі в збиток, тому виникла проблема в забезпеченні населення нотаріальними послугами. На такому тлі з'явилися пропозиції створення навіть "пересувних бригад" із надання нотаріальних послуг "випадковими фахівцями", але ця пропозиція як небезпечна для громадян була піддана значній критиці і зникла, сподіваємося, назавжди. При цьому ми не виключаємо можливість здійснення періодичних або систематичних виїздів державних або приватних нотаріусів на прилеглі до них території, з метою забезпечення громадян кваліфікованими нотаріальними послугами.

Оскільки про кардинальне осучаснення Закону сьогодні потрібно не говорити, а кричати на весь голос, то неодмінно виникне запитання й про те, що робити з державним нотаріатом. На думку авторів, державний нотаріат має існувати, якщо держава так високо ставить планку в охороні та захисті прав громадян, як це сформульовано у ст. 3 Конституції України. Тому нотаріальні послуги мають бути наближені до населення і це положення не повинно залежати від того, в якому регіоні живе

громадянин. Очевидно, що в депресивних регіонах приватні нотаріуси не здатні будуть здійснювати свою діяльність із певним достатнім доходом, а інші приватні нотаріуси не захочуть перерозподіляти свої доходи і частину з них віддавати на “утримання” колег у депресивних регіонах.

Завдяки органам місцевого самоврядування створити щось подібне до державних нотаріальних контор, наприклад, муніципальні нотаріальні контори, не є можливим, оскільки, нагадуємо, це депресивні регіони. Якщо ж муніципальні нотаріальні контори будуть створюватися, то виникне питання про розширення їх повноважень, що регламентовані у ст. 37 Закону.

Припустимо, що діяльність державних нотаріальних контор буде анульована, тоді з великою ймовірністю можна прогнозувати, що приватний нотаріат залишиться лише у великих містах і перестане виконувати державну функцію – надання нотаріальних послуг по всій території України. Отже, в такому разі в нас буде англійський нотаріат, але його формула не спирається на обов’язкове посвідчення певних правочинів у нотаріальному порядку. Тому наступний крок зводиться до анулювання у нормах матеріального права умов щодо обов’язкового посвідчення певних правочинів у нотаріальному порядку. Тому виникає запитання: а хіба такий “розвиток” нотаріату буде перспективним для нього?

Таким чином, це питання знову актуалізується при реформуванні законодавства про нотаріат, оскільки приватний нотаріат буде лобювати власні інтереси і бажатиме “знищення довічного ворога” – державного нотаріату. Але проблеми приватного нотаріату не так в існуванні державних нотаріальних контор, як у низькому рівні економічної активності населення та економічному стані, в якому опинилася наша держава. Очевидно, що низькі ставки державного мита – це не просто причина малих доходів державних нотаріальних контор, демпінгування вартості нотаріальних послуг, що надаються приватними нотаріусами, а й банальне пониження статусу нотаріуса. Достатньо проаналізувати Декрет Кабінету Міністрів України “Про державне мито”¹¹, щоб впевнитися, що не може коштувати вчинення такого нотаріального провадження, як видача свідоцтва про право на спадщину, 2 неоподатковуваних мінімуми доходів громадян (34 грн), видача свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя, нажитому за час шлюбу – 0,03, тобто 51 коп. Це просто нонсенс і зневага до професійної діяльності нотаріусів, а також очевидне свідчення того факту, що розробники цього нормативного акта давно його не переглядали і не розуміють складності та відповідальності професії нотаріуса.

¹¹ Про державне мито: Декрет Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р. № 7-93 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/7-93#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

Зокрема, щоб у сучасного приватного нотаріуса у високому конкурентному середовищі склалася хороша практика потрібно якісно і творчо працювати, приділяти клієнтам увагу, постійно підвищувати рівень кваліфікації, а не працювати за наперед підготовленим стереотипним договором і ні на крок від нього не відходити, не говорячи вже про особливості реалізації принципу свободи договору у нотаріальному провадженні.

Незважаючи на останнє положення, сучасну тенденцію розвитку нотаріату бачать у тому, щоб наділити нотаріусів повноваженнями з учинення інших юридичних дій. Так, за ч. 3 ст. 1 Закону передбачається, що

на нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах або займаються приватною нотаріальною діяльністю, законом може бути покладено вчинення інших дій, відмінних від нотаріальних, з метою надання їм юридичної вірогідності. Нотаріуси можуть проводити медіацію у порядку, визначеному законом, за умови проходження ними базової підготовки медіатора¹².

Така тенденція вже перетворила окремих нотаріусів на реєстраторів у поганому сенсі цього слова, оскільки вони перестають спілкуватися з клієнтами, а працюють тільки за комп'ютером, вносячи відповідні відомості до реєстрів. Сьогодні іноді можна побачити, що до нотаріуса вносять велику кількість папок із документами, а через певний час виносять таку саму "кіпу" папок. Таку діяльність нотаріусів при виконанні реєстраційної функції важко назвати творчою, цікавою і корисною для розвитку їхніх знань, навичок спілкування з клієнтами, оскільки вона забирає багато часу, уваги і зусиль, але не дає поштовху для їх професійного зростання.

Більш цікавою здається професія медіатора. Однак при наділенні нотаріусів функцією медіаторів виникає запитання: а на скільки вона наближена до професійної діяльності нотаріуса? Певною мірою нотаріуси зустрічаються з вередливими і завжди невдоволеними клієнтами, які вимагають особливої уваги до своєї персони, тому витримати такий типаж клієнтів складно. Крім того, ні своєю поведінкою, ні в змісті документа, наприклад договору, нотаріус не повинен проявляти неповагу до таких клієнтів. Тому нотаріуси можуть вважатися такими, що здатні працювати зі складними клієнтами. Коли ж при посвідченні договору у сторін виникають зауваження до його змісту і виникає відповідний спір, то нотаріус має намагатися розв'язати його за допомогою пропозиції нової редакції договору, внесення змін до окремих його умов тощо. Значна частина нотаріусів здатна до такого врегулювання спору, але характер і

¹² Про нотаріат (н 1).

зміст такого спору пов'язані з вчиненням нотаріальної дії, тому нотаріуси переважно готові до їх вирішення звичними методами.

Коли ж ідеться про постійне вирішення спорів та конфліктів нотаріусами на професійній основі, то виникне формальне запитання: а чи може нотаріус вирішувати спір, який виник у сторін договору, як медіатор? Очевидно, що нотаріус буде зацікавлений у таких спорах, щоб він зміг заробити кошти і як медіатор, і як нотаріус. Але в такому разі виникатиме конфлікт інтересів і нотаріус, який не зміг врегулювати спір у нотаріальному провадженні за допомогою наданих йому повноважень, напевно чи може розцінюватись, як кваліфікований медіатор, з яким можна укласти договір про медіацію.

Коли ж ми говоримо про реєстратора та медіатора як додаткові професії для нотаріуса, коли в нього не має клієнтів за основним спрямуванням, то очевидних перешкод для того, щоб обмежити нотаріуса у додаткових сферах діяльності не існує. Існує лише колізія, оскільки в ст. 1 Закону прямо встановлене право нотаріуса виконувати функції медіатора та інші повноваження, а у ч. 3 ст. 3 Закону не допускається нотаріусу виконувати іншу оплачувану роботу, крім виконання функції медіатора, викладацької, наукової і творчої діяльності, а також діяльності у професійному самоврядуванні нотаріусів. Тобто функція реєстратора за Законом України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”¹³, що виконується нотаріусами, суперечить ч. 3 ст. 3 Закону.

Очевидно, що така колізія може бути усунена завдяки внесенню змін, але принципово важливо визнати: нотаріуси мають реєструвати посвідчувані ними права й обов'язки осіб в усіх реєстрах, і штучний поділ на окрему реєстраційну функцію нотаріуса стане безсумнівним, якщо ми візьмемо до уваги недосліджені правовідносини, які стосуються реєстрації за місцем проживання. Таку функцію сьогодні формально виконують районні у місті Києві відділи з питань реєстрації місця проживання/перебування фізичних осіб.

Але сутність сучасної реєстрації місця проживання/перебування фізичних осіб не можна зводити до формального фіксування адміністративними органами певних юридичних обставин. В основі таких відносин лежать норми матеріального права, зокрема, місце проживання дитини з одним із батьків визначається судовим рішенням, але за ст. 65 Житлового кодексу Української РСР (далі – ЖК України)¹⁴ згоди інших осіб на вселення неповнолітньої дитини до батьків не потребується.

¹³ 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: 10.01.2022).

¹⁴ Житловий Кодекс Української РСР: Закон України від 30 червня 1983 р. № 5464-X <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10#n715>> (дата звернення: 10.01.2022).

Водночас загальне правило, що встановлене у ст. 156 ЖК України, змушує абсолютно змінити порядок реєстрації за місцем проживання, коли вселення відбувається в квартиру, яка належить на праві власності. Зокрема, члени сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом із ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку (квартири), якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. На цій підставі можна стверджувати, що основним має бути договір про порядок користування жилим приміщенням, де можуть бути встановлені строки проживання, оплата комунальних та інших платежів та конкретні приміщення, які виділяються для проживання і, можливо, загального користування тощо. Зокрема, повнолітні члени сім'ї власника зобов'язані брати участь у витратах з утримання будинку (квартири) і прибудинкової території та проведенню ремонту. А за ст. 151 ЖК України громадяни, які мають у приватній власності жилий будинок (квартиру), зобов'язані забезпечувати його схоронність, провадити за свій рахунок поточний і капітальний ремонт, утримувати в порядку прибудинкову територію. Але такий обов'язок може перерозподілятися й на інших членів сім'ї, які користуються жилим приміщенням. Таким чином, в основі вселення має лежати договір, де будуть визначені умови проживання, щоб у подальшому не було необхідності встановлювати зобов'язання з утримання приміщення (ч. 3 ст. 156 ЖК України).

Значним недоліком сучасної правової системи житлових правовідносин можна вважати й відсутність такого поняття, як регламентація строків та умов проведення капітального ремонту, а також строки експлуатації певного будинку. Так, сучасні багатоповерхові будинки вводяться в експлуатацію без такого важливого елементу, як строк проведення капітального ремонту, але ж будівельні конструкції, водопровід, каналізація не вічні, мають певний строк зносу. Тому вони не можуть бути замінені в окремо взятій квартирі. Водночас положення ст. 153 ЖК України щодо сприяння держави в ремонті та благоустрої жилих будинків (квартир), що належать громадянам, вже можна поступово забувати, оскільки в нашій державі постійно не вистачає коштів на забезпечення пенсіонерів достатньою пенсією, що хоча б трошки перевищувала мінімальний прожитковий рівень, а не те, щоб власникам ремонтувати квартири.

Тому таке поняття, як "капітальний ремонт житлових приміщень", має поступово запроваджуватися у реєстр речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Вважаємо, що починати потрібно з новобудов, де має встановлюватися строк експлуатації будинку до капітального ремон-

ту, а потім поступово мають вноситися відповідні відомості й про інші будинки.

Це питання дуже важливе й для оренди таких приміщень, оскільки за ст. 776 ЦК України розмежовуються поняття “поточний” і “капітальний” ремонт речі, а також диференціюється обов’язок із покриття необхідних для проведення ремонту витрат.

Крім того, не можна не розцінювати право на проживання в квартирі або будинку або їх оренду такими, що не впливають на права власника. Не будемо в цій статті розкривати проблеми кваліфікації таких понять, як обтяження та обмеження права власності на житлове приміщення, оскільки їх неоднозначно застосовують у Законі України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень”¹⁵, але зробимо акцент на тому, що такі поняття використовуються в цивільно-му праві. Якщо раніше житловими приміщеннями переважно володіла держава, то і питання реєстрації права на проживання відносилися до компетенції державних установ, зокрема паспортних столів. Тепер же право власності і користування житловими приміщеннями набуло цивільно-правовий характер через те, що переважна більшість житлових приміщень перейшла у приватну власність, тому за своєю суттю має відноситися до цивільного права.

Ба більше, право на проживання та оренда житлових приміщень може породжувати права й обов’язки і певні правові наслідки. Наприклад, за ч. 2 ст. 777 ЦК України наймач, який належно виконує свої обов’язки за договором найму, у разі продажу речі, переданої у найм, має переважне право перед іншими особами на її придбання. Тому відповідне право найму повинно набути не тільки договірний характер, а й бути зафіксоване як певне обмеження права на розпорядження власністю.

Підбиваючи підсумок екскурсу, автори вважають, що до реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень має входити право на проживання, а не фіксуватися в адміністративному порядку реєстрація місця проживання та оренда житлових приміщень. Таку функцію мають виконувати нотаріуси, які можуть посвідчувати договори про вселення в житлові приміщення, а також фіксувати право на проживання в реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Таким чином, ця функція нотаріусів може розширити сферу їхніх повноважень, зняти з державних адміністрацій відповідне навантаження і надати правам та обов’язкам громадян більшої виваженості й конкретики у правах та обов’язках. Зокрема, доволі часто амортизаційні відрахування на проведення капітального ремонту будинку були лише статтею, на підставі якої збільшувалася квартирна плата, але реально за ці кошти капітальний ремонт не проводився. Фіксування дати проведення

¹⁵ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (н 13).

капітального ремонту в реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень може істотно поліпшити права громадян на капітальний ремонт будинку, оскільки самотужки один власник квартири в багатоквартирному будинку це зробити не здатен.

На практиці доволі часто виникають запитання й із виселенням членів сім'ї, які перестали такими бути, і доволі часто такі справи вирішується в судах як складні і тривалі спори. Безперечно, договірні засади вселення на визначених умовах можуть спростити вирішення спорів і не потрібно буде реанімувати такі поняття, як “систематичні порушення правил соціалістичного співжиття” (ч. 4 ст. 168 ЖК України)¹⁶.

Це лише один із прикладів, коли *нотаріальна діяльність буде розширена завдяки оптимізації питань фіксування права на проживання в житловому приміщенні*. При цьому опоненти такої гіпотези можуть заперечувати проти втілення такої гіпотези і ми готові до дискусії, починаючи з удосконалення положень Закону України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень” до наділення нотаріусів відповідною компетенцією. Але ж потрібно публічно обговорювати нову концепцію Закону, як і саму систему викладення у ньому матеріалу.

Зокрема, мають місце пропозиції формально вносити окремі зміни до чинної редакції Закону, хоча вже І. Бережна пропонувала редакцію законопроекту “Нотаріальний процесуальний кодекс”¹⁷, яка залишилася без істотного обговорення і врахування концепцій. Автори вважають, що діяльність нотаріусів є важливою для охорони і захисту прав громадян, яка спонукає до комплексного вирішення проблем як в організації нотаріату, так і в регулюванні процесуальних аспектів такої діяльності. Ба більше, сучасний стан накопичення теоретичної інформації про нотаріальну діяльність дає змогу говорити про те, що можна створити якісний законопроект.

Однак як доводить теорія законотворчої діяльності, великі за обсягом і різноманітні за предметом регулювання нормативні акти мають отримувати кваліфікацію – кодекс. Водночас, передбачаючи звинувачення окремих науковців у хворобі – кодексобобії, ми не наполягаємо на тому, щоб нова редакція закону отримала “статус” кодексу.

Натомість мусимо зазначити, що в сучасному Законі закладено як мінімум дві складові – організаційна структура нотаріату, а також процесуальна частина, де виписані правила вчинення нотаріальних проваджень. Однак новий законопроект, на нашу думку, за обсягом може містити понад 250 статей, що так само зумовлює необхідність говорити

¹⁶ Житловий Кодекс Української РСР (н 14).

¹⁷ Нотаріальний процесуальний кодекс: Проект закону України від 19 вересня 2008 р. № 3197 <http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF2GT00A.html> (дата звернення: 10.01.2022).

про створення кодексу. У будь-якому разі, це положення може слугувати підставою для публічних дискусій.

Щодо чинної процесуальної частини Закону, то вона має бути:

– по-перше, узгоджена з нормами матеріального права;

– по-друге, передбачати узгодження процесуальних норм між собою та створення скоординованої системи проваджень тощо.

Щодо першого пункту, то тут маємо на увазі принципів неузгодженості, а також дрібні недоліки. Так, у ч. 1 ст. 1248 ЦК України наголос ставиться на тому, що заповіт складається і записується особисто заповідачем, про що так само свідчить і ч. 2 цієї норми, оскільки нотаріусу відводиться роль “писаря”. Отже, при такому тлумаченні дій нотаріуса при посвідченні заповіту переважна більшість посвідчених заповітів може бути визнана недійсною, оскільки заповіти “штампуються” нотаріусами за наперед визначеним “шаблоном”. Пересічні громадяни не оперують лексиною, що використовується в шаблонах. Тобто в цьому положенні акцентується увага на волі заповідача, а роль нотаріуса зводиться до фіксування волі заповідача і засвідчення справжності підпису заповідача на заповіті.

У пункті 2 глави 3 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України встановлені вимоги щодо посвідчення заповіту нотаріусом, які несумісні з попередньою концепцією, а саме він має перевірити: очевидність умов заповіту, його законність, можливість передавати майно тільки у власність заповідача¹⁸ і це говорить про те, що нотаріус може вносити корективи до змісту заповіту, надаючи йому законності або не посвідчувати його. А це дає змогу відмовити в посвідченні заповіту, якщо заповідач не погодиться на запропонований йому зразок.

До цього варто додати, що за ч. 2 ст. 34 Закону вимагається, щоб заповіт був викладений на спеціальному бланку нотаріальних документів, але це положення на пряму суперечить ст. 56 Закону, де встановлено, що нотаріуси посвідчують заповіти дієздатних фізичних осіб, складені відповідно до вимог законодавства України й особисто подані ними нотаріусу. Тобто пересічні громадяни ніде не можуть взяти спеціального бланка нотаріального документа, щоб викласти заповіт і надати його нотаріусу для посвідчення. І це положення також погано узгоджується і з ч. 1 ст. 1248 ЦК України, де також передбачене право заповідача на особисте складання і написання змісту заповіту.

Щодо другого зауваження, то в цьому випадку мається на увазі, що спадкові справи мають становити систему нотаріальних проваджень,

¹⁸ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

які мають бути узгоджені між собою в часі і за колом осіб. Наприклад, нотаріальне провадження з видачі свідоцтва про право на спадщину з видачею свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя у разі смерті одного з них, а прийняття в депозит грошових сум та цінних паперів має регламентувати не тільки щодо повернення коштів боржником, а й для інших випадків використання цього провадження, зокрема, при вжитті заходів до охорони спадкового майна тощо, зокрема використання депозитних операцій консула з метою охорони спадкового майна передбачене у Положенні про порядок вчинення нотаріальних дій у дипломатичних представництвах і консульських установах України¹⁹.

Можна навести ще багато дискусійних питань, які стосуються безпосередньо процедури діяльності нотаріусів, але перейдемо до недоліків щодо засобів забезпечення нотаріальної діяльності. Коротко аналізуючи це питання, можна помітити, що існує таке нотаріальне провадження, як прийняття на зберігання документів. Це провадження, серед інших, виокремлюється як самостійне, але документи можуть бути різної цінності, й у випадку смерті клієнта ці документи можуть не потрапити до спадкоємців лише тому, що не існує відповідного реєстру, ким були передані документи на зберігання. Отже, знайти такі документи з урахуванням нотаріальної таємниці стане неможливим. Не існує реєстру й посвідчених шлюбних договорів, що так само може негативно позначитися на правах спадкоємців.

Висновки. Отже, Закон України “Про нотаріат” потребує комплексного осучаснення, але з урахуванням тих напрацювань, які вже були зроблені вченими. Зокрема, потребують регламентації й такі важливі аспекти, як нотаріальні правовідносини, змістовне узгодження діяльності нотаріусів та виконавців, нотаріусів і суддів, нотаріусів та консулів²⁰. Давайте публічно обговоримо і візьмемо за основу спеціальний термін, який буде позначати особу, яка звернулася до нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії, наприклад, клієнт або заявник.

Ми вже стикалися з випадками, коли на наш конструктивно-критичний аналіз законопроекту²¹ відгукувалися особистими образами, але хтось має критично дивитися на законопроекти, чи всіх задовольняє такий стан законодавчої діяльності, коли на українські законопроекти

¹⁹ Положення про порядок вчинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України, затверджено Наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України від 27 грудня 2004 р. № 142/5/310 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1649-04#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

²⁰ Є Фурса, ‘Взаємодія консулів з нотаріусами та іншими уповноваженими особами при спадкуванні з іноземним елементом’ в Фурса Є Є, Скок-Козяр Л В, *Окремі питання спадкування з іноземним елементом: консул, нотаріус, суд* (Серія: “Процесуальні науки”, Алерта 2017) 82–91.

²¹ С Фурса, Є Фурса, ‘Нотаріат: шляхи розвитку’ [2003] 32 (424) *Юридичний вісник України* 15; С Фурса, Є Фурса, ‘Нотаріат: шляхи розвитку’ [2003] 33 (425) *Юридичний вісник України* 15; С Фурса, Є Фурса, ‘Нотаріат: шляхи розвитку’ [2003] 34 (426) *Юридичний вісник України* 9; С Фурса, Є Фурса, ‘Нотаріат: шляхи розвитку’ [2003] 35 (427) *Юридичний вісник України* 9.

реагує Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія), а не вчені?

Тому закликаємо всіх фахівців до активного й публічного обговорення проблем у нотаріаті, щоб новий Закон чи Нотаріальний кодекс був позбавлений вад ще на стадії обговорення, а ми могли реально і позитивно вплинути на його зміст.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Fursa Ye Ye, ‘Vzaiemodii konsuliv z notariusamy ta inshymy upovnovazhenymy osobamy pry spadkuvanni z inozemnym elementom’ v Fursa Ye Ye, Skok-Koziar L V, *Okremi pytannia spadkuvannia z inozemnym elementom: konsul, notarius, sud* (Serii: “Protseualni nauky”, Alerta 2017) (in Ukrainian).
2. Fursa S, Fursa Ye I, ‘Analiz ostannikh kontseptsii pro neobkhdnist rekodyfikatsii tsyvilnoho zakonodavstva v Ukraini (na prykladi spadkovoho prava) z metoiu zasterezhennia vynykennia sporiv u maibutnomu’ v Fursa S (red), *Spir pro pravo u tsyvilistychnomu protsesi: notariat, sud, vykonavche provadzhennia* (Alerta 2021) (in Ukrainian).
3. Fursa S, Fursa Ye I, ‘Sub’iekty notarialnykh protseualnykh pravovidnosyn, yikh pravovyi status, protseualni prava ta obov’iazky’ v Fursa S (red), *Teoriia notarialnoho protsesu: naukovo-praktychnyi posibnyk* (Tsul, Alerta 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Fursa Ye Ye, ‘Zakhyst notarialnykh dokumentiv ta yoho vplyv na prava hromadian, yurydychnykh osib: diialnist notariusiv ta konsuliv’ (2016) 2 *Tsyvilistychna protseualna dumka* 20-25 (in Ukrainian).
5. Fursa S, Fursa Ye, ‘Notariat: shliakhy rozvytku’ [2003] 32 (424) *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 15 (in Ukrainian).
6. Fursa S, Fursa Ye, ‘Notariat: shliakhy rozvytku’ [2003] 33 (425) *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 15 (in Ukrainian).
7. Fursa S, Fursa Ye, ‘Notariat: shliakhy rozvytku’ [2003] 34 (426) *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 9 (in Ukrainian).
8. Fursa S, Fursa Ye, ‘Notariat: shliakhy rozvytku’ [2003] 35 (427) *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* 9 (in Ukrainian).

Svitlana Fursa
Yevhen Fursa

NOTARY IN THE MODERN LEGAL SYSTEM OF UKRAINE

ABSTRACT. The article deals with the Ukrainian notary, which now, in difficult times for our country, also faces certain challenges that need to be addressed systematically at the scientific level.

The purpose of the article is to study the place of the notary as a body of undisputed jurisdiction in the modern legal system of Ukraine. To show its important role in the

protection of indisputable rights of subjects of civil relations and the problems that arise during the performance of notarial acts by both notaries and authorized persons of local governments, consuls and ways to solve them. In particular, through a comprehensive approach to the harmonization of substantive law with the law on notaries, which regulates procedural activity of a notary, because it is with the help of a notarial procedure that the norms of substantive law are analyzed.

The article deals with the role and place of notaries in the modern legal system in the age of digital technologies. However, until recently, the Law of Ukraine “On Notaries” of 1993. Its content has been amended and supplemented, but this Law has not undergone a radical rethinking, although now the question of recoding the Civil Code is being actively raised, and the Law continues to be subject only to fragmentary changes. Therefore, the question should be not so much about updating the Law of Ukraine “On Notaries” as about its systematic modernization. This does not mean the banal implementation of the constitutional principle of the rule of law in the activities of notaries or expanding their competence, due to non-notarial functions and in order to obtain more income notaries, and finding a place for notaries in the modern legal system of Ukraine to eliminate at least some issues of public relations.

The issue of annulment of the state notary is acute. but this issue is premature, especially in times of low level of economic activity and the economic situation in which our country found itself.

In conclusion, the Law of Ukraine “On Notaries” needs comprehensive modernization, but taking into account the developments that have already been made by scientists. In particular, such important aspects as improving the organization of the work of bodies that provide notarial services also need to be regulated. proposed a number of notarial actions that can expand the competence of notaries, disclosure requires notarial relations, substantive coordination of notaries and executors, notaries and judges, notaries and consuls, and all this necessitates the adoption of the Notary Code.

KEYWORDS: notary; legal system; recoding; reform; protection of indisputable rights; Notary Code.

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА



Ольга Барабаш

докторка юридичних наук,
професорка кафедри загально-правових дисциплін
Інституту права Львівського державного університету
внутрішніх справ
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2666-9696>
kolibri1961@ukr.net

УДК 320.05

СОМАТИЧНІ ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВ ЛЮДИНИ:
ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА СВОЄ ТІЛО

Анотація. Метою статті є вивчення соматичних прав людини крізь призму права власності на тіло людини.

У статті досліджено соматичні права людини крізь призму власності людини на своє тіло. Зазначено, що сучасні культурні тенденції ведуть до суттєвої зміни суспільної системи цінностей. Те, що руйнує суспільство, не має права бути законодавчо закріпленим. Адже традиційна сім'я, соціальний інститут сім'ї є найпершим фундаментом будь-якого суспільства, зокрема громадянського. А законодавча фіксація деяких "соматичних прав" людини призведе якщо не до загибелі інституту сім'ї, традиційних сімейних відносин, то щонайменше до їх деградації. В умовах демографічної проблеми це загрожує знищенням всього суспільства, самої держави як такої. Якщо визнати, що життя безцінне, то це не можна застосувати до людського тіла. Законодавчі акти підтверджують, що суспільство вже давно стало призначати ціну за тіло і його органи. Ця практика, на жаль, триває і сьогодні, коли суди і страхові компанії вимагають компенсацію за втрату руки, ноги, ока. Однак фактично ця ціна зовсім не є ціною тіла або його органу, це лише плата або компенсація, що дає можливість жертві жити і лікуватися та частково покарати правопорушника. Сучасне кримінальне право захищає тілесну недоторканність за допомогою покарання того, хто завдає шкоди. Сімейне право захищає цінність фізичної безпеки і благополуччя, забезпечуючи тих, хто піклується про дітей, всім необхідним. Трудове право захищає автономію й добробут людини через встановлення допустимої кількості робочих годин, а також правил безпеки й охорони його здоров'я.

Наголошено, що у питаннях права власності на тіло і його частини варто звертатися до цінностей, які не обмежуються лише ринковими інтересами. Цінності мають широкий спектр: від священності людського тіла і до поваги до наших предків, а також бажання служити суспільству. Власність на людські біологічні матеріали та контроль над ними містить у собі безліч незрівнянних між собою цінностей у межах нашого розуміння. Однією з таких унікальних цінностей є людська гідність.

Зроблено висновок, що тіло не є певним статичним станом, його слід розглядати як постійно мінливий складний організм. Взаємозв'язок нашого тіла з іншими тілами і світом навколо нас є природним і дійсно необхідним для нашого життя. У світлі цих міркувань соматичні права людини, пов'язані з можливістю розпоряджатися своїм тілом – здійснювати його “модернізацію”, “реставрацію”, “фундаментальну реконструкцію”, змінювати функціональні можливості організму, проводити зміну статі, трансплантацію органів, – можуть бути розцінені як відображення нормального обміну і взаємозалежності наших тіл з іншими тілами і навколишнім світом. Отож, можливість розпоряджатися своїм тілом – це надана особі міра можливої поведінки, що полягає в можливості самовизначення та самореалізації. Однак перераховані дії з тілом мають здійснюватися тільки в межах закону, завдання якого зводиться до захисту соматичних прав людини. Тобто сам факт розпорядження своїм тілом має бути правомірним у контексті поведінки людини.

Ключові слова: права людини; соматичні права; право на своє тіло; біоюриспруденція; норми права; поведінка; медицина; людська гідність.

В усі часи норми права постійно захищали людське тіло. Прикладів цьому досить багато. Одним із них є “Руська Правда” – кодекс права епохи Київської держави і періоду феодальної роздробленості, що дійшов до нас у списках XIII–XVII ст.¹. Перші джерела права згадують про права людини, пов'язані з можливістю розпоряджатися своїм тілом. При цьому значну роль у правовому регулюванні у цій сфері відігравав метод заборон.

Сьогодні в Україні соматичні права перебувають на первинному етапі становлення, практично кожен вид прав цієї групи потребує чіткого правового регулювання або вдосконалення законодавчих норм відповідно до сучасних ціннісних ідеологічних спрямувань і позитивної практики зарубіжних країн. Також проблема належного формування та функціонування інституту соматичних прав зумовлена відсутністю чітких міжнародних стандартів і правових еталонів правового регулювання та новизною більшості відносин, їх складністю та міжкомплементарним поєднанням низки наукових напрямів: інформатики, медицини, біології, зоології, генетики, інженерії, соціології, математики, філософії, релігії тощо².

Метою дослідження є вивчення соматичних прав людини крізь призму права власності на тіло людини.

У сучасній юридичній літературі під соматичними (тілесними) правами розуміють визнану суспільством і державою можливість певної поведінки, що виражається в повноваженнях щодо розпорядження людиною своїм тілом. Тобто це соматичні вимоги, що отримали визнання

¹ Анатолій Кормич, *Історія вчень про державу і право* (4-ге вид, Алерта 2015) 44.

² Юрій Турянський, ‘Соматичні права людини в сучасній доктрині конституціоналізму: теоретико-правове дослідження’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2020) 2.

суспільства і правове закріплення³. Також їх визначають як групу новітніх прав четвертого покоління, що пов'язані з тілесністю людини та полягають у можливості реалізації автономної волі щодо її цілісного тіла, певного органу (органів) чи тканин та біологічних компонентів, які вже відмежовані від тіла, а також можливості щодо модифікації, вдосконалення, видозміни своєї тілесності⁴. Окрім того, є й інші цікаві підходи до розуміння соматичних прав людини⁵.

Покоління соматичних прав людини являє собою єдину систему прав, що мають низку концептуальних відмінностей від інших категорій прав. Зокрема, дослідники наголошують, що природа соматичних прав вкрай своєрідна: тут людина не тільки претендує на радикальну зміну первинної тілесної цілісності, а й висуває певні вимоги суспільству. Своєрідний і предмет правових вимог: будучи лише частково матеріальним, він водночас принципово визначений персональними характеристиками правовласника⁶.

О. Нестерова виділяє такі ознаки соматичних (особистісних) прав людини: специфічний характер об'єкта цих прав – тіло людини; можливість їх практичного здійснення за допомогою досягнень природничих і технічних наук (біології, генетики, медицини, фізики, техніки тощо); невизнання цих прав релігією, мораллю, етикою; нерозривний зв'язок з основними, передусім особистими правами людини; реалізація таких прав є юридичними фактами для інших правових відносин; визнання та реалізація відображають рівень особистісно-правових цінностей держави і суспільства загалом⁷. Тож вчені переважно сходяться на думці, що основна ознака цієї групи прав людини – безпосередня пов'язаність із тілом людини. Право людини розпоряджатися своїм тілом охоплює: 1) право вирішувати особливості функціонування та зовнішнього виразу цілісного тіла як людського організму; 2) право здійснювати такі дії відповідно до певного органу (органів) чи тканин; 3) право людини розпоряджатися тими біологічними компонентами, які вже відмежовані від її тіла, як-от частини тканин, ДНК, кров, сперма тощо⁸.

³ Аслан Абашидзе, Александр Солнцев, 'Новое поколение прав человека: соматические права' (2009) 1 Московский журнал международного права 70.

⁴ Турянський (н 2) 6.

⁵ Олександр Шишка, 'Соматичні права та перспективи розвитку їх в Україні' (2011) 59 Актуальні проблеми держави і права; Семен Стеценко, *Медицинское право* (Юридический центр Пресс 2004); Виктор Сальников, Семен Стеценко, 'Общие принципы правового регулирования трансплантации органов и тканей человека' (2000) 6 Юрист; Виктор Сальников, Семен Стеценко, 'Право и медицина: доктрина информационного согласия' (2002) 1 Новая правовая мысль 39; Ольга Старовойтова, *Тело и закон* (ГУАП 2006).

⁶ Владимир Крусс, 'Личностные ("соматические") права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы' (2000) 10 Государство и право 43.

⁷ Елена Нестерова, 'Понятие и юридико-социальная сущность соматических прав человека' (2011) 7 Социально-экономические явления и процессы 224.

⁸ Юрій Турянський, 'Соматичні права як новітня юридична категорія' (2020) 1 Право і суспільство 114.

У науці значного поширення набула класифікація соматичних прав, яку розробив учений М. Лаврик: право на смерть; права людини щодо її органів і тканин; сексуальні права людини (можливість шукати, отримувати і передавати інформацію, що стосується сексуальності; право на легалізацію проституції; оборот порнографічної продукції та правове регулювання становища сексуальних меншин); репродуктивні права людини (позитивного характеру: штучне запліднення; негативного характеру: аборт, стерилізація, контрацепція); право на зміну статі; право на клонування всього організму чи окремих органів; право на вживання наркотиків і психотропних речовин⁹.

У науці склалося неоднозначне ставлення до інституту соматичних прав людини. З одного боку, біологія і медицина, що стрімко розвиваються, диктують необхідність якісного правового регулювання цієї сфери. Деякі із зазначених прав існують не тільки в науковій доктрині, а й закріплені на законодавчому рівні в окремих державах. Так, наприклад, активна евтаназія легалізована в Нідерландах, Швейцарії, Бельгії, Люксембурзі, окремих штатах США, Японії, Південній Кореї, а пасивна – у Німеччині, Мексиці, Швеції, Індії¹⁰. Так, новітні біомедичні технології позбавили людство багатьох серйозних недуг. Однак поряд із наданням величезних позитивних можливостей нові наукові досягнення стали джерелом і певних труднощів. Можливість необмеженого втручання в людську природу зумовила виникнення серйозних етичних і правових проблем. При цьому багато з них не мають однозначного рішення, є предметом наукових суперечок¹¹. Зокрема, уже давно вимагають юридичного вирішення питання, пов'язані з визначенням початку людського життя і його кінця, з юридичним статусом коматозних хворих, людського ембріона, з допустимістю втручання в генетичні характеристики людини¹². З другого боку, розглянута категорія прав, як наголошують вчені, навряд чи може бути розміщена в традиційній класифікації прав і свобод¹³.

Право як система норм, закріплених у законодавстві, має оберігати суспільство від руйнування його багатотисячових основ. Наприклад, правовий дозвіл одностатевій сім'ї мати дитину означає порушення права дитини на різностатевих батьків, яке є основою її гармонійного розвитку¹⁴. Говорячи про ціннісний зміст права, зауважимо, що сучасні культурні тенденції ведуть до суттєвої зміни суспільної системи цінностей.

⁹ Максим Лаврик, 'К теории соматических прав человека' (2005) 3 Сибирский юридический вестник 24.

¹⁰ Булеца Сібїлла, Марія Менджул, Юлія Паніна, 'Правова природа та зміст прав людини четвертого покоління у сфері охорони здоров'я' (2019) 55 1 Науковий вісник Ужгородського національного університету Сер "Право" 111.

¹¹ Семен Стеценко, 'Правовая регламентация пересадок органов и тканей в России XVI–XIX вв.' (1999) 7 Юрист 21–2.

¹² Там само.

¹³ Крусс (н 6) 43.

¹⁴ Ольга Розгон, 'Порушення сімейних прав трансгендерної особи у контексті доктрини прав людини' (2016) 5 Eurasian Academic Research Journal.

На жаль, ці західні цінності під виглядом загальнолюдських нав'язують-ся всьому світу.

Називати ці соматичні вимоги “правами” або “свободами” не виправдано. Те, що руйнує суспільство, не має права бути законодавчо закріпленим. Адже традиційна сім'я, соціальний інститут сім'ї є найпершим фундаментом будь-якого суспільства, зокрема громадянського. А законодавча фіксація саме таких “соматичних прав” людини призведе якщо не до загибелі інституту сім'ї, традиційних сімейних відносин, то щонайменше до їх деградації. В умовах демографічної проблеми це загрожує знищенням всього суспільства, самої держави як такої.

У цьому аспекті окремої уваги потребує проблема права власності на своє тіло. Якщо визнати, що життя безцінне, то це не можна застосувати до людського тіла. Законодавчі акти підтверджують, що суспільство вже давно стало призначати ціну за тіло і його органи. Ця практика, на жаль, триває і нині, коли суди і страхові компанії вимагають компенсацію за втрату руки, ноги, ока. Однак фактично ця ціна зовсім не є ціною тіла або його органу, це лише плата або компенсація, що дає можливість жертві жити і лікуватися та частково покарати правопорушника. Сучасне кримінальне право захищає тілесну недоторканність за допомогою покарання того, хто завдає шкоди. Сімейне право захищає цінність фізичної безпеки і благополуччя, забезпечуючи тих, хто піклується про дітей, всім необхідним. Трудове право захищає автономію й добробут людини через встановлення допустимої кількості робочих годин, а також правил безпеки й охорони його здоров'я.

Яскравим прикладом правового захисту людини та її тіла є Цивільний кодекс сучасної Франції (зі змінами й доповненнями станом на 1998 р.). У ньому, зокрема, зазначено, що людське тіло недоторканне. Так, наголошується, що людське тіло, його окремі органи і вилучені з нього органи не повинні бути об'єктом цивільно-правових угод (ст. 16¹). Цілісність людського тіла може бути порушена лише у разі необхідності лікарського втручання. Попередньо для цього має бути отримана згода зацікавленої особи, крім тих випадків, коли стан людини не дозволяє їй висловити свою думку на лікарське втручання (ст. 16³). Ніхто не має права зазіхати на цілісність людської істоти. Будь-яка геннотехнологічна практика із селекції людей забороняється. Без будь-якого збитку для досліджень у сфері запобігання й лікування спадкових захворювань не можуть проводитися трансформації генетично заданих параметрів для докорінної зміни індивідуальних спадкових особливостей людини (ст. 16⁴). Завідомо маловартими є будь-які комерційні угоди з приводу використання людського тіла, його органів і вироблених на його основі продуктів (ст. 16⁵)¹⁵.

¹⁵ Французский гражданский кодекс (науч ред Д Лавров, пер с франц А Жукова, Г Пашковская, Юридический центр Пресс 2004).

Варто зауважити, що, відповідно до Закону Федеративної Республіки Німеччина про трансплантацію органів, під органом розуміють клітини і тканини складних частин тіла, які утворюють єдність і виконують певні функції. Тканини – це окремі види клітинних сполук, з яких складається організм і які виконують загальну функцію. Прикладами є серце, нирка, печінка, шкіра, кістки, жорстка оболонка мозку і рогівка ока. Не належать до органів за законом: кров, кістковий мозок, органи ембріонів і зародків, їхні тканини і частини, а також гени, сперматозоїди і яйцеклітини¹⁶.

Отже, законодавство різних держав у процесі своєї еволюції завжди розглядало людське тіло з аксіологічних позицій. Однак поняття його цінності іноді зводять до “блага” (традиція, що йде від Платона) або його розуміння як вартості, економічної цінності (традиція, що утвердилася в класичній політекономії). У сучасному зарубіжному правознавстві то-чаться дискусії про тіло як власність¹⁷.

Тіло є фізичним і тимчасовим виразом унікальної людської персони. І тому така вартість наших тіл – це просто те, що ми маємо і використовуємо для досягнення своїх цілей, вона не може охопити основні відмінності між нашим тілом та іншими об’єктами, які ми використовуємо для досягнення мети. Для багатьох людей їхні тіла та їхні життєві позиції сильно пов’язані. Наше тіло – це не просто засіб досягнення мети, воно є невіддільною частиною цієї мети. Без наших тіл наші життєві плани були б нездійсненні. Крім того, іншим людям наші тіла представляють те, ким ми є: те, що вони бачать; те, що ідентифікує нас. У цьому сенсі наші тіла є не просто “нашими”; вони частково охоплюють нашу сутність¹⁸.

Наші тіла з’являються і розвиваються в контакт з іншими тілами. Під час вагітності плід і мати ділять рідину і простір. Далі після народження дитина залежить від тіла матері, адже потребує харчування. Без тіла матері тіло дитини не вижило б. Мати повинна виконувати все те необхідне, чого потребує дитина. У літньому віці, через хвороби або недієздатність, тіло однієї людини знову може залежати від тіл інших людей. Цілий діапазон людських дій, які ми високо оцінюємо, говорить про взаємопов’язаність наших тіл. Тому тіло варто розглядати не просто як єдиний статичний організм: воно постійно змінюється і взаємодіє зі світом навколо нас.

Із цього можна зробити висновок про те, що тіло не є певним статичним станом, його слід розглядати як постійно мінливий складний

¹⁶ Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG). Ausfertigungsdatum: 05.11.1997 <<https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/TPG.pdf>> (accessed: 23.12.2021).

¹⁷ Andrew Bainham, Shelley Day Sclater, Martin Richards, *Body Lore and Laws* (2011); Dorothy Leder, ‘Whose Body? What Body?’ (1990) II, III Persons and Their Bodies 43.

¹⁸ Leder (n 17) 43.

організм. Можливості наших тіл постійно змінюються, оскільки клітини вмирають і створюються нові. До того часу, коли людина помирає, вона стає біологічно іншою, якщо порівнювати з тим періодом, коли вона з'явилася на світ. Треба вважати, що взаємозв'язок нашого тіла з іншими тілами і світом навколо нас є природним і дійсно необхідним для нашого життя. Сутність наших тіл постійно змінюється. У світлі цих міркувань, як ми вважаємо, соматичні права людини, пов'язані з можливістю розпоряджатися своїм тілом – здійснювати його “модернізацію”, “реставрацію”, “фундаментальну реконструкцію”, змінювати функціональні можливості організму, проводити зміну статі, трансплантацію органів, – можуть бути розцінені як відображення нормального обміну і взаємозалежності наших тіл з іншими тілами і навколишнім світом. Пересадка органу від іншої людини – це тільки приклад мінливого природного характеру тіла. Отож, *можливість розпоряджатися своїм тілом – це надана особі міра можливої поведінки, що полягає в можливості самовизначення та самореалізації*. Однак перераховані дії з тілом мають здійснюватися тільки в межах закону, завдання якого зводиться до захисту соматичних прав людини. Тобто сам факт розпорядження своїм тілом має бути правомірним у контексті поведінки людини.

Проблема тіла сьогодні також займає особливе становище в соціологічних і культурних дослідженнях¹⁹. Проте відносини між правовими й соціальними аспектами тіла досі не становили помітної проблеми в науковій літературі. Тим часом проблема правових рамок тіла є досить значущою та відомою, що продиктовано розвитком такого напрямку юридичної науки, як біоюриспруденція. Так, на думку С. Стеценка, розвиток біоюриспруденції стимулювався значною мірою завдяки проведенням наукових досліджень, присвячених теоретико-правовим і галузевим юридичним аспектам регулювання: виникнення, сутності, наповнення та припинення права на життя; антропологічних характеристик сучасного праводержавознавства; людської гідності та права на достойне життя; трансплантації органів і тканин людини; клонування, сурогатного материнства та інших маніпуляцій із генетичним матеріалом; евтаназії та формулювання наукових підходів до наявності/відсутності права на смерть; особистих немайнових прав, що забезпечують фізичне і психологічне благополуччя людини тощо²⁰.

Крім того, питання про власність тіла не може бути відокремлене від проблеми суверенітету та соціальної і політичної теорії. Проблема тіла займає центральне місце в будь-якій теорії влади і в будь-якому сучасному баченні громадянства і прав людини.

¹⁹ Олена Дашковська, ‘Покоління прав людини як соціальна форма опосередкування свободи’ (2016) Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету Сер ‘Юриспруденція’ 22.

²⁰ Семен Стеценко, ‘Біоюриспруденція: поняття, принципи, значення’ (2016) 31 Науковий часопис НПУ ім. М. П. Драгоманова Сер Економіка і право 70.

Теорія права завжди стикалася з труднощами в розумінні всієї складності людського тіла. Революція в мікробіології і можливість застосування досягнень генної інженерії щодо тіла в сучасному суспільстві додали нові складності для права. У питанні про право на тіло, на думку іноземних дослідників Е. Річардсона і Б. Тернера, варто розрізняти три моменти: 1) право на цілі тіла (тобто право на людей); 2) право на купівлю, продаж або зберігання частини тіла (у разі пересадки, пожертвування чи продажу органів); 3) право на “частинки” тіл (коди ДНК, генетичний матеріал, що належить до людського відтворення, наприклад, яйцеклітини, сперма)²¹.

Комерційне використання частин тіла або частинок тіла порушує серйозні етичні та правові питання, які нині не мають однозначних вирішень. Створення людських ембріонів у пробірці та їх зберігання в клініках зробило латентні людські тіла потенційно доступними для експериментування й покупки. Такі технологічні розробки кінця ХХ ст. змусили багато держав всерйоз задуматися про необхідність їх правового регулювання, щоб захистити людське життя, що зароджується, від технологічної небезпеки. Чи є “передембріон” тілом – спірне питання, проте встановити межі його втілення вельми важливо для юридичної практики. Реальна перевірка ідеї власності цілком може полягати в розгляді того, як закон регламентує ці делікатні аспекти нашого життя. Оскільки подібні угоди зазвичай розцінюються як такі, що глибоко заторкують природу і значення самого життя, багато держав ввели жорсткий контроль за їх здійсненням. Людське тіло і його частини дедалі більше стають об’єктом правового втручання й регулювання. У межах світової системи сьогодні процвітає торгівля цілими тілами на злочинному ринку сексуальних послуг.

Активувався також продаж органів, наприклад, нирок, із країн третього світу для багатих пацієнтів, і цей ринок також значною мірою нерегульований. Існує глобальний ринок репродуктивних матеріалів, ведеться конкурентна боротьба за те, щоб заволодіти й управляти генетичними кодами через патенти. У глобальній системі капіталістичних відносин обміну тіло людини було перетворено на товар. З живого тіла воно перетворюється на річ, яка змінюється як товар на світовому ринку, де попит і пропозиція фактично не можуть управлятися за допомогою наявних правових конвенцій.

Питання про наявність/відсутність речового права щодо тіла людини активно обговорюється й у вітчизняній науковій літературі²².

²¹ Edward Richardson, Bryan Turner, ‘Bodies as Property: From Slavery to DNA Maps’ (2011) *Body Lore and Laws* 39.

²² Аркадій Майфат, Алексей Лисаченко, ‘Тело человека, его отдельные части как объекты правового воздействия: некоторые предложения для обсуждения’ (2002) 2 *Юридический мир*; Семен Стеценко, *Право и медицина: проблемы соотношения* (Международный университет 2002).

Чи є людина власником свого тіла? У сучасній науковій літературі висловлюються різні думки із цього питання. Є автори, які категорично заперечують право власності на тіло, вважаючи, що визнання цього права може призвести до кримінальної комерціалізації²³. Інші вважають за потрібне визнати право власності людини і на своє тіло загалом, і на будь-який його орган зокрема²⁴.

Третя група авторів стверджує, що правовідносини, які виникають щодо власного тіла, не вічні за своєю суттю. Право на володіння, користування і розпорядження власним тілом є, на їхню думку, самостійним правом, яке не має речової природи. Воно природне і дано нам природою²⁵.

Великі суперечки викликає й питання про статус окремо взятих органів людського тіла. На думку експертів, органи людського тіла не можуть бути предметом купівлі-продажу, але вони можуть бути предметом угоди, зокрема дарування. Як відомо, у світовій практиці трансплантології проблема ця не нова. Не випадково, згідно з ч. 3 ст. 28 Конституції України, ‘жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідкам’²⁶. А за таких обставин згоду на вилучення донорських органів і за життя, і після смерті може надати лише кожен особисто. Саме тому, відповідно до чинного законодавства, в Україні діє “презумпція незгоди”, тобто за відсутності належно оформленої персональної згоди самої особи вилучення її органів для донорських потреб є недопустимим, а передавання цього права будь-кому, зокрема й родичам, Конституцією не передбачено. Проте щоб обійти ці конституційні принципи, ч. 11 ст. 16 Закону України “Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині” передбачено, що в разі, якщо відсутнє волевиявлення померлого, вилучення органів та/або тканин тіла для подальшої трансплантації здійснюється з дозволу чоловіка (дружини), близьких родичів або іншої особи, яка взяла на себе зобов’язання поховати померлого й має відповідне свідоцтво про смерть²⁷. Ба більше, розвиток трансплантології та почасти злочинна її комерціалізація підштовхують до активізації дій зацікавлених осіб, які, обґрунтовуючи свою позицію зрозумілою потребою “покращення ситуації з донорським матеріалом”, виступають із пропозицією заміни “з практичних мір-

²³ P A Gerike, ‘Human Biological Material: A Proprietary interest of Part of Monistic Being’ (1991) 17 OHIO NUL Rev 805.

²⁴ B W Spren, ‘Spleens and others valuables: The need recognize property rights in human body parts’ (1995) 23 Hofstra Law Review 3.

²⁵ Майфат, Лисаченко (н 22) 8–9.

²⁶ 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: 23.12.2021).

²⁷ Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині: Закон України від 17 травня 2018 р. № 2427-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19?find=1&text>> (дата звернення: 23.12.2021).

кувань” презумпції незгоди на презумпцію згоди, що нібито “відповідає духовній та громадській ментальності нашого суспільства”²⁸.

Кримінальний кодекс України передбачає відповідальність за низку злочинів, які можуть бути вчинені у сфері трансплантації (зокрема ст. 143)²⁹. Ця норма покликана захистити потенційного донора від будь-якого тиску з боку інших осіб, оскільки добровільність надання органів або тканин живим донором – одна з головних вимог операцій з їх пересадки, встановлена міжнародно-правовими документами. Скажімо, у Німеччині законодавство про трансплантацію встановлює кримінальну відповідальність за торгівлю органами та за трансплантацію без згоди донора, а також за незаконне поширення, переробку або використання особистісної інформації у зв’язку з трансплантацією³⁰.

Лікарі повинні інформувати своїх пацієнтів про будь-який комерційний інтерес, який становлять їхні біологічні матеріали. І цю вимогу можна розглядати як невелику перевірку впливу цих інтересів на рекомендації лікаря; вона також сприяє збільшенню можливості пацієнта самостійно ухвалювати рішення. Так, відповідно до Декларації стосовно трансплантації людських органів, прийнятої 1987 р. Всесвітньою медичною асоціацією (далі – ВМА), проведення будь-якої операції з трансплантації вимагає отримання ‘інформованої, добровільної та усвідомленої згоди донора і реципієнта, а у випадках, коли це неможливо, то членів їх сімей або законних представників’³¹. Резолюція з питань поведінки лікарів при здійсненні трансплантації людських органів, ухвалена ВМА 1994 р., стала відповіддю на поширення випадків участі лікарів в операціях з пересадки органів і тканин, отриманих від осіб, засуджених до смертної кари, осіб із фізичними або психічними вадами, викрадених дітей та інших осіб, які не мають можливості відмовитися від такої операції, або взагалі без їхньої згоди³².

З другого боку, визнання права власності на тіло за пацієнтом могло б бути виражене у формулі зниження ймовірності перебування лікаря під впливом комерційного інтересу щодо пацієнта. Законодавчі позиції пацієнта мають бути поліпшені й посилені. Він повинен бути менш залежний від лікаря в тому випадку, якщо йдеться про захист його при-

²⁸ Іван Котюк, Анатолій Мусієнко, ‘Права людини потребують захисту і після її смерті’ (*LexInform*, 2020) <<https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/prava-lyudynu-potrebuyut-zahystu-i-pislya-yiyi-smerti>> (дата звернення: 23.12.2021).

²⁹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 23.12.2021).

³⁰ Gesetz über die Spende (n 16).

³¹ Декларація стосовно трансплантації людських органів від 30 жовтня 1987 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_330#Text> (дата звернення: 23.12.2021).

³² Тетяна Подорожна, Ірина Євхутіч, ‘Юридичні аспекти трансплантації органів і тканин людського організму: окремі аспекти кримінальної відповідальності’ в *Забезпечення прав людини четвертого покоління у системі охорони здоров’я: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, Ужгород, 12 квітня 2019 р.* (Булеца С, Лазур Я, Менджул М ред, 2019).

родних і цивільних прав. Визнання права власності пацієнта на тіло унеможливило б вплив комерційних інтересів лікарів на їхні медичні рекомендації.

Ми вважаємо, що контроль за реалізацією права людини на своє тіло має здійснювати держава. Людський організм варто розглядати як суб'єкт, найцінніший у будь-якому цивілізованому суспільстві. При цьому ми допускаємо, що аналізу права власності можуть бути піддані не тільки економічні, а й неекономічні цінності. І хоча багато хто вважає, що економічні цінності істотні, вони не повинні бути головними під час розгляду цього питання. У питаннях права власності на тіло і його частини варто звертатися до цінностей, які не обмежуються лише ринковими інтересами. Цінності мають широкий спектр: від священності людського тіла і до поваги до наших предків, а також бажання служити суспільству. Оскільки ми часто ототожнюємо себе з нашим тілом, думка про те, щоб вирізати і віддати частину нашого тіла іншій людині, видається непринятною для багатьох тих, хто вірить, що людина створена за подобою Божою і що розкрити людське тіло – гріх. З іншого боку, якщо вже треба розлучитися з чимось настільки важливим нашому тілу, то багато хто з нас волів би зробити це заради близької людини або з альтруїстичних спонукань, але не за грошову винагороду. Власність на людські біологічні матеріали та контроль над ними містить у собі безліч незрівнянних між собою цінностей у межах нашого розуміння. Однією з таких унікальних цінностей, на нашу думку, є людська гідність.

Висновки. Отже, людське тіло і надалі є предметом обговорення з позицій власності. Нині в науці розроблено поняття соматичних прав людини, класифіковано їх за певними ознаками, однак це питання нині не вивчено досконало і вимагає доопрацювання. Відповідно до запитів і вимог пацієнтів, дослідників, фармацевтичних компаній і широких мас потрібно розробити нормативний акт, щоб регулювати права й обов'язки різних сторін. Цей проект має бути гнучким: у ньому повинні бути втілені ідеї різних дослідників проблеми права власності на людське тіло. Потрібно також визначити зміст кожного права людини, що належить до соматичних. Спірним є питання про легалізацію цієї групи прав. При цьому важливо враховувати, що, з одного боку, правового регулювання цієї сфери суспільних відносин потребує сучасний рівень розвитку науки й медицини, з другого боку, правове регулювання має здійснюватися так, щоб не порушувати вкорінені в суспільстві моральні цінності та установки, не порушувати інших прав людини з точки зору правомірної поведінки та юридичної відповідальності за неправомірні вчинки.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bainham A, Sclater Sh D, Richards M, *Body Lore and Laws* (2011) (in English).
2. Kormych A, *Istoriia vchen pro derzhavu i pravo* (4-te vyd, Alerta 2015) (in Ukrainian).
3. Starovojtova O, *Telo i zakon* (GUAP 2006) (in Russian).
4. Stecenko S, *Medicinskoe pravo* (Juridicheskij centr Press 2004) (in Russian).
5. Stecenko S, *Pravo i medicina: problemy sootnoshenija* (Mezhdunarodnyj universitet 2002) (in Russian).

Journal articles

6. Gerike P A, 'Human Biological Material: A Proprietary interest of Part of Monistic Being' (1991) 17 OHIO NUL Rev 805 (in English).
7. Leder D, 'Whose Body? What Body?' (1990) II, III Persons and Their Bodies 43 (in English).
8. Richardson E, Turner B, 'Bodies as Property: From Slavery to DNA Maps' (2011) Body Lore and Laws 39 (in English).
9. Sprem B W, 'Spleens and others valuables: The need recognize property rights in human body parts' (1995) 23 Hofstra Law Review 3 (in English).
10. Abashidze A, Solncev A, 'Novoe pokolenie prav cheloveka: somaticheskie prava' (2009) 1 Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava 70 (in Russian).
11. Buletsa S, Mendzhul M, Panina Yu, 'Pravova pryroda ta zmist prav liudyny chetvertoho pokolinnia u sferi okhorony zdorov'ia' (2019) 55 1 Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnogo universytetu Ser "Pravo" 111 (in Ukrainian).
12. Dashkovska O, 'Pokolinnia prav liudyny yak sotsialna forma oposeredkuvannia svobody' (2016) Naukovyi visnyk Mizhnarodnogo humanitarnogo universytetu Ser "Iurytsprudentsiia" 22 (in Ukrainian).
13. Kruss V, 'Lichnostnye ("somaticheskie") prava cheloveka v konstitucionnom i filosofsko-pravovom izmerenii: k postanovke problemy' (2000) 10 Gosudarstvo i pravo 43 (in Russian).
14. Lavrik M, 'K teorii somaticheskikh prav cheloveka' (2005) 3 Sibirskij juridicheskij vestnik 24 (in Russian).
15. Majfat A, Lisachenko A, 'Telo cheloveka, ego ot del'nye chasti kak ob'ekty pravovogo vozdejstvija: nekotorye predlozhenija dlja obsuzhdenija' (2002) 2 Juridicheskij mir (in Russian).
16. Nesterova E, 'Ponjatie i juridiko-social'naja sushhnost' somaticheskikh prav cheloveka' (2011) 7 Social'no-jekonomicheskie javlenija i processy 224 (in Russian).
17. Rozghon O, 'Porushennia simeinykh prav transhendernoi osoby u konteksti doktryny prav liudyny' (2016) 5 Eurasian Academic Research Journal (in Ukrainian).
18. Sal'nikov V, Stecenko S, 'Obshhie principy pravovogo regulirovanija transplantacii organov i tkanej cheloveka' (2000) 6 Jurist (in Russian).
19. Sal'nikov V, Stecenko S, 'Pravo i medicina: doktrina informacionnogo soglasija' (2002) 1 Novaja pravovaja mysl' 39 (in Russian).
20. Shyshka O, 'Somatychni prava ta perspektyvy rozvytku yikh v Ukraini' (2011) 59 Aktualni problemy derzhavy i prava (in Ukrainian).
21. Stecenko S, 'Pravovaja reglamentacija peresadok organov i tkanej v Rossii XVI–XIX vv.' (1999) 7 Jurist 21–22 (in Russian).
22. Stetsenko S, 'Bioiurytsprudentsiia: poniattia, pryntsypy, znachennia' (2016) 31 Naukovyi chasopys NPU im M P Drahomanova Ser Ekonomika i pravo 70 (in Ukrainian).

Ольга Барабаш

23. Turianskyi Yu, 'Somatychni prava yak novitnia yurydychna katehoriia' (2020) 1 Pravo i suspilstvo 114 (in Ukrainian).

Theses

24. Turianskyi Yu, 'Somatychni prava liudyny v suchasni doktryni konstytutsionalizmu: teoretyko-pravove doslidzhennia' (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).

Conference papers

25. Podorozhna T, Yevkhtych I, 'Iurydychni aspekty transplantatsii orhaniv i tkanyh liudskoho orhanizmu: okremi aspekty kryminalnoi vidpovidalnosti' v *Zabezpechennia prav liudyny chetvertoho pokolinnia u systemi okhorony zdorov'ia: mater Mizhnar nauk-prakt konf, Uzhhorod, 12 kvitnia 2019 r.* (Buletsy S B, Lazura Ya V, Mendzhul M V red, 2019) (in Ukrainian).

Websites

26. Kotiuk I, Musiienko A, 'Prava liudyny potrebuyut zakhystu i pislia yii smerti' (*LexInform*, 2020) <<https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/prava-lyudyny-potrebuyut-zahystu-i-pislya-yiyi-smerti>> (accessed: 23.12.2021) (in Ukrainian).

Olha Barabash

SOMATIC RIGHTS IN THE HUMAN RIGHTS SYSTEM: OWNERSHIP OF ONE'S BODY

ABSTRACT. The aim of the article is to study somatic human rights through the prism of property rights to the human body.

The article deals with somatic human rights in the light of human ownership of one's body. It is noted that modern cultural tendencies lead to a significant change in the social value system. Everything that destroys society has no right to be introduced in law. After all, the traditional family and the social institution of the family are the first foundation of any society, including civil society. In addition, the legislative fixation of some "somatic rights" may lead to the destruction of the institution of the family, traditional family relations, or even to their degradation. In the context of the demographic problem, this threatens the destruction of society as a whole, the state itself. If we recognize that life is invaluable, it cannot be applied to the human body. The legislative acts confirm that society has set a price for the body and its organs long before. Unfortunately, this practice lasts today; courts and insurance companies demand compensation for the loss of an arm, a leg, and an eye. However, this price is not the price of the body or its organ. It is a payment or compensation, which allows victims to live, to be treated, and to punish the offender partially. Modern criminal law protects the bodily inviolability of the person by punishing those who cause harm. Family law protects the value of physical security and well-being by providing those who care for children with everything they need. Labor law protects a person's autonomy and well-being by the establishment of admissible working hours, as well as safety and health rules.

In matters of ownership of the body and its parts, it is reasonable to refer to values that are not limited to market interests. Values have a wide range: from the sanctity of the human body to respect for our ancestors, as well as the desire to serve society. Ownership and control of human biological materials contain many incomparable values within our understanding. Human dignity is one of such unique values.

It is concluded that the body is not a static state; it should be considered a constantly changing complex organism. The connection of our body with other bodies and the world around us is a natural and necessary feature of our life. In the light of these considerations, somatic human rights related to the ability to dispose of the body – to carry out its “modernization”; “restoration”; “fundamental reconstruction” to change the functional capabilities of the body, sex change, and organ transplantation – could be seen as a reflection of ordinary exchange and interdependence of our bodies with other bodies and the world around us. Thus, the ability to dispose of one’s body is a measure of possible human behavior, which consists of the possibility of self-determination and self-realization. However, these actions with the body should be carried out only within the law, the task of which is to protect somatic human rights. That is, the very fact of disposing of one’s body must be legitimate in the context of human behavior.

KEYWORDS: human rights; somatic rights; right to one’s body; bio-jurisprudence; norms of law; behavior; medicine; human dignity.



СІМЕЙНЕ ПРАВО

Тетяна Боднар

докторка юридичних наук, професорка,
членкиня-кореспондентка НАПрН України,
професорка кафедри цивільного права
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7066-453X>
tvbodnar@ukr.net

УДК 347.636.5

УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ ДИТИНИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ І СІМЕЙНИМ КОДЕКСАМИ УКРАЇНИ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

АНОТАЦІЯ. Незважаючи на застосування в цивільному та сімейному законодавстві терміна “управління майном дитини”, зміст (елементи) цього поняття чітко не визначені, різниця між управлінням майном малолітньої та неповнолітньої дитини в сімейному законодавстві не завжди виражена, окремі відносини, зокрема щодо використання майна дитини, відповідальності батьків та опікунів за неналежне виконання обов’язків щодо управління майном малолітньої дитини тощо врегульовані недостатньо.

Мета статті полягає у з’ясуванні змісту та порядку здійснення управління майном малолітньої дитини за Цивільним і Сімейним кодексами України (ЦК України та СК України відповідно), а також виявленні проблем та неузгодженостей у правовому регулюванні управління зазначеним майном нормами цивільного та сімейного законодавства і формулюванні пропозицій щодо удосконалення зазначених норм.

Запропоновано авторське визначення поняття управління майном дитини як здійснення батьками й іншими суб’єктами, визначеними СК України, повноважень щодо реалізації прав малолітньої дитини як власника зазначеного майна, пов’язаних із володінням, користуванням і розпорядженням ним, у межах, визначених СК України та іншими законами, з метою задоволення потреб та інтересів малолітньої дитини.

Проведено порівняльно-правовий аналіз норм ЦК України та СК України, виявлено окремі суперечності та неузгодженості між їхніми нормами.

Сформульовано низку пропозицій щодо вдосконалення положень СК України, зокрема щодо: використання доходу від управління майном малолітньої дитини; права неповнолітньої дитини розпоряджатися доходами від використання свого майна; обов’язку відшкодування опікуном завданої майнової шкоди та повернення доходів, одержаних від управління майном підопічного; заборони батькам (усиновлювачам), опікунам дарувати майно дітей, підопічних; вчинення одним із батьків правочинів щодо нерухомого та іншого цінного майна малолітньої дитини і визначення критеріїв віднесення майна до категорії “цінне майно” тощо.

Ключові слова: управління майном дитини; малолітня дитина; неповнолітня дитина; цінне майно; відповідальність опікуна (підкувальника).

Серед багатьох проблем, що стосуються правового статусу малолітньої дитини як суб'єкта сімейних правовідносин, важливе місце посідають питання правового режиму майна малолітньої дитини, зокрема, питання управління належним їй майном.

Оперуючи правовою категорією “управління майном”, акти цивільного і сімейного законодавства України не розкривають її змісту, що породжує низку проблем у правозастосуванні як суб'єктами управління, так і судами, і може негативно позначитися на майнових правах та охоронюваних законом інтересах власника майна. Особливої уваги потребують питання охорони та захисту майнових прав малолітніх дітей, які, виходячи з їхнього фізичного, духовного чи соціального розвитку, відповідно до закону мають часткову цивільну дієздатність і тому мають право вчиняти лише дрібні побутові правочини.

Питання управління майном малолітньої дитини досліджували у своїх працях І. Жилінкова, Л. Красицька, З. Ромовська й інші українські вчені, проте поза їхньою увагою залишилася низка проблем, пов'язаних із використанням доходів, одержаних від використання майна дитини, відповідальністю батьків та опікунів за неналежне виконання обов'язків щодо управління майном малолітньої дитини тощо.

В умовах рекодифікації цивільного законодавства та невизначеності питання щодо місця сімейно-правових норм в оновленому Цивільному кодексі України (далі – ЦК України)¹ актуальність правового регулювання відносин з управління майном дитини, безумовно, зростає, що породжує, зокрема, потребу у визначенні основних елементів поняття “управління майном дитини”.

Метою дослідження є з'ясування змісту та порядку здійснення управління майном малолітньої дитини за ЦК України та Сімейним кодексом України (далі – СК України)², а також виявлення проблем і неузгодженостей у правовому регулюванні управління зазначеним майном нормами цивільного та сімейного законодавства й формулювання пропозицій щодо удосконалення зазначених норм.

Норми глави 70 ЦК України, яка має назву “Управління майном”, присвячені лише договору управління, за яким одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача).

¹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 18.01.2022).

² Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>> (дата звернення: 18.01.2022).

Установником управління є власник майна (ч. 1 ст. 1032 ЦК України), що суттєво відрізняє поняття управління в цивільному і сімейному законодавстві.

Так, до певної міри зміст управління розкриває ч. 5 ст. 1033 ЦК України, згідно з якою управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Водночас договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління.

Тут доречно зазначити, що в ч. 1 ст. 1030 ЦК України безпідставно, на нашу думку, ототожнюються *предмет договору* (дії, що їх вчиняє управитель в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача)) з його можливими *об'єктами* – підприємством як єдиним майновим комплексом, нерухомою річчю, цінними паперами, майновими правами та іншим майном.

Видається, що предметом договору є зобов'язання як правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку³. У такому разі цілком логічним буде розуміння об'єкта договору управління як певних видів майна.

Інший, ніж у ЦК України, зміст у поняття управління майном (майновими об'єктами), очевидно, має вкладатися у випадку, коли йдеться про управління майном дитини відповідно до ст. 72 ЦК України та ст. 177 СК України.

За відсутності в СК України легального визначення поняття управління майном дитини варто звернутися до запропонованих у літературі з сімейного права доктринальних визначень зазначеного поняття.

Так, І. Жилінкова визначала право батьків з управління майном дитини як можливість здійснення батьками комплексу юридичних та фактичних дій, спрямованих на реалізацію майнових прав дитини з володіння, користування та розпорядження належним їй майном і здійснюваних виключно в інтересах дитини⁴. З такою складовою управління майном дитини, як вчинення фактичних дій, погоджується і В. Ватрас⁵. Щоправда, в іншому випадку І. Жилінкова вже не згадує про фактичні дії, з чим не можна погодитися, а описує лише різні види правочинів, об'єктом

³ Т. Боднар, *Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві* (Юрінком Інтер 2005) 86.

⁴ *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар* (Жилінкова І ред, Ксилон 2008) 519.

⁵ *Науково-практичний коментар. Сімейний кодекс України* (Боднар Т, Дзера О ред, Юрінком Інтер 2020) 267.

яких є майно малолітніх дітей, що їх вчиняють батьки в процесі управління майном дитини⁶.

Більш загально визначає поняття управління майном З. Ромовська, яка під управлінням майном розуміє комплекс дій, спрямованих насамперед на його збереження, забезпечення можливості користування ним самим власником або іншою особою, а в окремих випадках – у можливості отримання доходу⁷.

На нашу думку, управління майном дитини – це здійснення батьками та іншими суб'єктами, визначеними СК України, повноважень щодо реалізації прав малолітньої дитини як власника зазначеного майна, пов'язаних із володінням, користуванням і розпорядженням ним, у межах, визначених СК України та іншими законами, з метою задоволення потреб та інтересів малолітньої дитини.

За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 177 СК України, батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження. З урахуванням положення ч. 4 ст. 232 СК України про те, що усиновлення надає усиновлювачеві права і накладає на нього обов'язки щодо дитини, яку він усиновив, у такому ж обсязі, який мають батьки щодо дитини, в подальшому, розглядаючи питання управління майном малолітньої дитини, матимемо на увазі як батьків, так і усиновителів.

Відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону України “Про охорону дитинства”⁸ батьки або особи, які їх замінюють, не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти правочини щодо нерухомого майна, право власності на яке належить дитині, а у випадках, визначених законом, – також щодо нерухомого майна, право користування яким належить дитині, відмовлятися від належних дитині майнових прав, зобов'язуватися від імені дитини порукою чи видавати письмові зобов'язання.

Видається, що це положення зазначеного Закону не знайшло відповідного закріплення у ст. 177 СК України, в якій ідеться про “майно, належне малолітній дитині”, проте не визначається право, на якому воно належить дитині – чи є це виключно правом власності, чи іншим речовим правом, передбаченим ЦК України.

На нашу думку, в ст. 177 СК України неповно і не зовсім коректно врегульовано відносини стосовно “долі” доходів, одержаних від управління майном дитини. Про такі доходи йдеться в частинах 8 та 9 ст. 177 СК України, а саме: 1) після припинення управління батьки зобов'язані повернути дитині майно, яким вони управляли, а також *доходи* від нього; 2) неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління

⁶ Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права (Спасибо-Фатеева И ред, Право 2013) 194.

⁷ З Ромовська, *Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар* (Правова єдність 2009) 270.

⁸ Про охорону дитинства: Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>> (дата звернення: 18.01.2022).

майном дитини є підставою для покладання на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути *доходи*, одержані від управління її майном.

По-перше, що стосується використання доходу від управління майном дитини, отриманого під час належного управління, то в ст. 178 СК України йдеться лише про одну з правомочностей управління – використання майна. А як бути з доходами, одержаними від розпорядження майном малолітньої дитини, наприклад, внаслідок відчуження належного їй нерухомого майна? Зрозуміло, що це теж дохід, який належить малолітній дитині.

По-друге, згідно з положенням ч. 1 ст. 178 СК України батьки мають право використовувати дохід, одержаний від використання майна малолітньої дитини, на виховання та утримання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї. А як же потреби самої малолітньої дитини, про які в ст. 178 СК України навіть не згадується, що змушує звертатися до ч. 1 ст. 177 СК України, відповідно до якої батьки зобов'язані дбати про використання майна дитини в її інтересах.

З метою усунення наведених прогалин і недоречностей пропонуємо викласти ст. 178 СК України в такій редакції:

“Стаття 178. Використання доходу від управління майном дитини

1. Дохід, одержаний від управління майном малолітньої дитини, має використовуватися, передусім, на її утримання та виховання.

2. Батьки мають право використовувати також на утримання та виховання інших дітей та на невідкладні потреби сім'ї.”

У зв'язку з цим ч. 2 ст. 178 СК України пропонуємо викласти у вигляді окремої статті СК України:

“Стаття 178¹. Права неповнолітньої дитини щодо розпорядження доходом від використання свого майна

1. Неповнолітня дитина розпоряджається доходом від використання свого майна відповідно до Цивільного кодексу України.”

Окремого аналізу потребують відносини щодо управління майном малолітньої дитини опікунами, які не дістали, на нашу думку, належного правового регулювання нормами СК України. Тому такий аналіз може бути проведений на основі приписів ЦК України, оскільки, як зазначено в ч. 4 ст. 249 СК України, цивільні права й обов'язки опікуна встановлюються ЦК України.

Згідно з ч. 1 ст. 72 ЦК України, яка регулює відносини щодо управління майном особи, над якою встановлено опіку, опікун зобов'язаний дбати про збереження та використання майна підопічного в його інтересах.

При цьому, якщо малолітня особа може самостійно визначити свої потреби та інтереси, опікун, здійснюючи управління її майном, повинен враховувати її бажання. Якщо малолітня дитина є власником нерухомо-

го майна або майна, яке потребує постійного управління, опікун може з дозволу органу опіки та піклування управляти цим майном або передати його за договором в управління іншій особі.

Встановлюючи в ч. 3 ст. 72 ЦК України право опікуна самостійно здійснювати витрати, необхідні для задоволення потреб підопічного, за рахунок пенсії, аліментів, відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника, допомоги на підопічну дитину та інших соціальних виплат, призначених на підопічну дитину відповідно до законів України, доходів від майна підопічного тощо, законодавець водночас істотно обмежує обсяг прав опікуна щодо вчинення ним правочинів, поділяючи зазначені правочини на дві групи: а) правочини, які не може вчиняти опікун (ст. 68 ЦК України), та б) правочини, які він не має права вчиняти без дозволу органу опіки та піклування (ч. 1 ст. 71 ЦК України).

Загалом проведений аналіз повноважень опікуна щодо управління майном особи, над якою встановлено опіку (в контексті цього дослідження йдеться про малолітніх осіб), свідчить, по-перше, про розпорошеність в ЦК України норм щодо прав опікуна щодо управління майном та правочинів, які не може вчиняти опікун (ст. 68 ЦК України) і які він не має права вчиняти без дозволу органів опіки та піклування (ст. 71 ЦК України), тоді як у ст. 177 СК України аналогічні норми щодо прав батьків вміщені більш компактно, що полегшує їх сприйняття та застосування. По-друге, норми ЦК України не встановлюють правових наслідків неналежного виконання опікуном своїх обов'язків щодо управління майном малолітньої дитини (як це встановлено ч. 9 ст. 177 СК України стосовно батьків), окрім звільнення його від повноважень опікуна за заявою органу опіки та піклування (ч. 3 ст. 75 ЦК України).

Відсутність вказівки закону щодо обов'язку відшкодування опікуном завданої майнової шкоди та повернення доходів, одержаних від управління майном підопічного, може призвести до порушення майнових прав підопічного (зокрема, малолітньої дитини), а тому потребує внесення змін до ЦК України шляхом доповнення ст. 75 ЦК України ч. 4 такого змісту: *“4. Неналежне виконання опікуном своїх обов'язків щодо управління майном підопічного є підставою для покладення на нього обов'язку відшкодувати завдану йому майнову шкоду та повернути доходи, одержані від управління його майном”*. Вважаємо, що запропонована норма слугуватиме належному захисту майнових прав як малолітньої дитини, так і інших осіб, над якими встановлюється опіка.

На нашу думку, потребують узгодження норми ЦК України і СК України щодо вчинення батьками правочинів щодо транспортних засобів, належних малолітній дитині на праві власності. На відміну від ст. 71 ЦК України, п. 4 ч. 1 якої містить заборону опікуну укладати без дозволу органу опіки та піклування *“договори щодо іншого цінного майна”* (йдеть-

ся про договори, які не підпадають під ознаки, визначені п. 3 ч. 1 ст. 71 ЦК України), ст. 177 СК України такої норми не містить. Звідси можна дійти висновку, що договір про передання в користування іншій особі належного малолітній дитині транспортного засобу, який здебільшого відноситься до цінного майна, хоч поняття “цінне” і є оціночним і, очевидно, різне для кожного окремого випадку, не потребує дозволу органу опіки та піклування. Достатньо лише у разі вчинення такого правочину одним із батьків письмової нотаріально засвідченої згоди другого з батьків.

У наведеному прикладі малолітня особа не позбавляється права власності на транспортний засіб, але експлуатація транспортного засобу може істотно вплинути на його вартість. Виходячи з цього пропонуємо: а) доповнити ч. 2 ст. 177 СК України після абзацу 2 абзацом 3 такого змісту: “укладати договори щодо іншого цінного майна”; б) абзац 2 ч. 6 ст. 177 СК України викласти в такій редакції: “На вчинення одним із батьків правочинів щодо нерухомого та іншого цінного майна малолітньої дитини повинна бути письмова нотаріально засвідчена згода другого з батьків”. При цьому в цивільному (сімейному) законодавстві важливо визначитися з критеріями віднесення майна до “цінного”, оскільки критерії, встановлені Законом України “Про запобігання корупції”⁹, який визначає правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, по-перше, встановлює занадто високі як для цивільного обігу межі віднесення майна до категорії цінного, по-друге, в розділі 5 “Цінне рухоме майно (крім транспортних засобів)” декларації, що подається відповідно до зазначеного Закону, не зазначається таке майно: цінні папери, корпоративні права, готівкові кошти, кошти на рахунках у банку чи інших фінансових установах, дорогоцінні (банківські) метали, подарунки у вигляді грошових коштів. Ці об’єкти, які дійсно можуть становити цінність, відображаються в інших розділах декларації.

Видається також за доцільне з метою усунення прогалини в сімейному законодавстві включити до ст. 177 СК України як окрему її частину норму щодо заборони батькам (усиновлювачам), опікунам дарувати майно дітей, підопічних, як це передбачено ч. 2 ст. 720 ЦК України.

Крім того, потребують, на нашу думку, певного удосконалення норми СК України щодо управління майном малолітньої дитини. Це стосується більш чіткого визначення як повноважень батьків, опікунів, районних державних адміністрацій та виконавчих органів міських, районних у містах (у разі утворення) рад, сільських, селищних рад об’єднаних територіальних громад щодо такого аспекту управління майном малолітньої дитини як його збереження та розпорядження, так і права на звернення

⁹ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>> (дата звернення: 18.01.2022).

до суду за захистом порушених прав та інтересів малолітньої дитини. Зокрема, йдеться про чітке визначення кола суб'єктів, які мають право звертатися до суду з позовами про покладання на батьків у разі неналежного виконання ними своїх обов'язків щодо управління майном дитини обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном.

В. Ватрас слушно зазначає, що з позовом про відшкодування завданої матеріальної шкоди та повернення доходів, одержаних від управління майном дитини, можуть звернутися до суду як сама неповнолітня дитина, оскільки згідно з ч. 1 ст. 18 СК України кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу, так і законні представники дитини, визначені ст. 59 ЦПК України¹⁰. Зокрема, виходячи зі змісту зазначеної статті, до них можна віднести батьків, усиновлювачів, інших осіб, визначених законом, які захищають права малолітніх осіб віком до 14 років. Ці ж особи можуть захищати у суді права неповнолітніх осіб віком від 14 до 18 років.

Досліджуючи “своєрідну”, за висловлюванням І. Жилінкової, природу відповідальності опікуна (піклувальника) за матеріальну шкоду, завдану дитині неналежним виконанням батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини, авторка справедливо зазначає, що зобов'язання щодо відшкодування матеріальної шкоди батьками не можна розглядати ні як таке, що виникло з делікту, ні як зобов'язання договірною типу. Виходячи з цього, вона робить припущення, що підставою виникнення цього зобов'язання є відомий римському праву квазіконтракт (ніби контракт)¹¹.

На нашу думку, в ч. 9 ст. 177 СК України йдеться про відмінну від підстав, передбачених ЦК України, юридичну підставу виникнення батьківського обов'язку – порушення вимог сімейного законодавства. Навіть незважаючи на відсутність у СК України статті, яка б визначала підстави виникнення сімейних прав та обов'язків, що, безумовно, можна вважати недоліком Кодексу, до такого висновку можна дійти, виходячи з аналізу положень ч. 2 ст. 18 СК України, в якій йдеться про такий спосіб захисту сімейних прав та інтересів, як “відшкодування матеріальної шкоди <...>, якщо це передбачено цим Кодексом <...>”. Звертає на себе увагу вжитий у цій статті термін “матеріальна шкода”, що відрізняється від ЦК України, де вживаються терміни “майнова шкода” та “збитки”. Вважаємо, що різниця в застосуванні різних термінів у цивільному і сімейному законодавстві може слугувати нехай і незначною, проте ще однією підставою для визнання сімейного права самостійною галуззю українського права.

¹⁰ Науково-практичний коментар. Сімейний кодекс України (н 5) 277.

¹¹ Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права (н 6) 200.

Висновки. Проведене в цій статті дослідження дає змогу визначити поняття управління майном дитини як здійснення батьками та іншими суб'єктами, визначеними СК України, повноважень щодо реалізації прав малолітньої дитини як власника зазначеного майна, пов'язаних із володінням, користуванням і розпорядженням ним, у межах, визначених СК України та іншими законами, з метою задоволення потреб та інтересів малолітньої дитини.

Відмінність від управління майном згідно з ЦК України та управлінням майном малолітньої дитини за СК України полягає в підставах виникнення і здійснення прав та обов'язків суб'єктів управління: в першому випадку йдеться про договір, як підставу виникнення цивільних прав та обов'язків, у другому – сімейні права й обов'язки щодо управління майном малолітньої дитини виникають в силу прямої вказівки закону.

Порівняльний аналіз положень ЦК України, СК України, Закону України "Про охорону дитинства" та інших актів сімейного законодавства, що регулюють правовий режим майна малолітньої дитини, свідчить про існуючі в цих актах розбіжності, неузгодженості та суперечності, які запропоновано усунути за допомогою внесення відповідних змін, передусім до ЦК України та СК України.

REFERENCES

Bibliography

Authored book

1. Bodnar T, *Vykonannya dohovirnykh zobov'язan u tsyvilnomu pravi* (Yurinkom Inter 2005) (in Ukrainian).
2. Romovs ka Z, *Simeynyy kodeks Ukrayiny: Naukovo-praktychnyy komentar* (Pravova yednist 2009) (in Ukrainian).

Edited book

3. Bodnar T, Dzera O (red), *Naukovo-praktychnyy komentar. Simeynyy kodeks Ukrayiny* (Yurinkom Inter 2020) (in Ukrainian).
4. Spasibo-Fateyeva I (red), *Khar'kovskaya tsivilisticheskaya shkola: antologiya semeynogo prava* (Pravo 2013) (in Russian).
5. Zhylinkova I (red), *Simeynyy kodeks Ukrayiny: Naukovo-praktychnyy komentar* (Ksylon 2008) (in Ukrainian).

Tetjana Bodnar

MANAGEMENT OF THE CHILD'S PROPERTY ACCORDING
TO THE CIVIL AND FAMILY CODES OF UKRAINE
(COMPARATIVE AND LEGAL ASPECT)

ABSTRACT. Despite the use of the term “child property management” in civil and family law, the content (elements) of this concept are not clearly defined, the difference between property management of a minor and a minor in family law is not always expressed, some relationships, including the use of child property parents and guardians for improper performance of responsibilities for the management of the property of a minor child, etc. are insufficiently regulated.

The purpose of the article is to clarify the content and procedure for managing the property of a minor child under the Civil and Family Codes of Ukraine, as well as identify problems and inconsistencies in the legal regulation of management of property and civil and family law and formulate proposals to improve these rules.

The author's definition of the concept of child property management as exercised by parents and other entities defined by the Family Code of Ukraine, the authority to exercise the rights of a minor child as the owner of the property related to possession, use and disposal, within the Family Code of Ukraine and other laws, in order to meet the needs and interests of the minor child.

A comparative legal analysis of the norms of the Civil and Family Codes of Ukraine was carried out, some contradictions and inconsistencies between their norms were revealed.

A number of proposals have been formulated to improve the provisions of the Family Code of Ukraine, in particular: on the use of income from the management of the property of a minor child; regarding the right of a minor child to dispose of income from the use of his property; regarding the obligation of the guardian to compensate the property damage caused and to return the income received from the management of the ward's property; concerning the prohibition of parents (adoptive parents), guardians to donate the property of children, wards; on the commission by one of the parents of transactions on real estate and other valuable property of a minor child and the definition of criteria for classifying property as “valuable property”, etc.

KEYWORDS: child property management; a minor child; a minor child; valuable property; the responsibility of the guardian (trustee).

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Вікторія Савчак

кандидатка юридичних наук, доцентка,
провідна наукова співробітниця лабораторії
інженерно-технічних видів досліджень
Київського науково-дослідного інституту судових експертиз
Міністерства юстиції України
(Київ, Україна)
vikisavchak@gmail.com

УДК 349.417

МЕЖІ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ОДИНИЦЬ
У КОНТЕКСТІ НОВИХ ЗМІН

Анотація. Втілення в життя процесу децентралізації, поєднаного зі зміною меж районів та утворенням об'єднаних територіальних громад, а також розширенням компетенції таких територіальних громад щодо розпорядження землями, спричинило у судових експертів появу нових тем для роздумів.

До сьогодні адміністративно-територіальною одиницею прийнято вважати область, район, місто, район у місті, селище, село (передусім так врегульовано нормативно).

Актуальні зміни, внесені до Земельного кодексу України та інших нормативно-правових актів у сфері землеустрою та земельного кадастру, передбачають, що землями комунальної власності територіальних громад, окрім іншого, тепер вважаються також всі землі державної власності, розташовані за межами населених пунктів у межах таких територіальних громад (а не як раніше – виключно в межах населених пунктів).

Тож авторка намагається знайти відповідь на запитання: де закінчується компетенція одних “за межами населених пунктів” і починається компетенція інших “за межами...”? Адже до Державного земельного кадастру сьогодні об'єктивно внесені лише відомості про адміністративно-територіальні одиниці, до яких територія територіальних громад не входить.

Мета статті – звернути увагу можновладців на те, що поточний стан правового регулювання щодо розмежування адміністративно-територіальних одиниць нерозривно пов'язаний із реалізацією компетенції органами влади щодо розпорядження землею. За цих обставин відбувається невідворотний процес формування взаємних територіальних претензій, подвійного розпорядження одними й тими ж територіями тощо, що в майбутньому стане предметом судових спорів. Авторка має на меті запропонувати методи комфортного та результативного виходу з ситуації, яка вже склалася, уникаючи довготривалої участі у судових процесах.

Під час дослідження проведено поелементний розбір складових системи адміністративно-територіального устрою України, на реальному прикладі проаналізова-

но ефект від реалізації адміністративної реформи у сфері землеустрою та земельного кадастру, запропоновано реалістичний сценарій виходу з ситуації, що склалася.

Досягнуто висновків, що сучасну систему адміністративно-територіального устрою України доповнено новим гібридним елементом – територією територіальних громад. Межі такого елемента територіального устрою належним чином не встановлені, що викликає низку проблем при реалізації повноважень із розпорядження землею. Зокрема, відсутнє чітке розмежування компетенції між різними органами влади.

Авторка пропонує вирішувати дискусійні питання менш затратними за часом та коштами способами, а саме: укласти акт погодження меж території територіальної громади; замовити експертне дослідження; врегулювати спір про територію в порядку медіації.

Ключові слова: адміністративно-територіальна одиниця; межі адміністративно-територіальних одиниць; межі територіальних громад; землі державної власності; землі комунальної власності.

Мета дослідження – звернути увагу можновладців на те, що поточний стан правового регулювання щодо розмежування адміністративно-територіальних одиниць нерозривно пов'язаний із реалізацією компетенції органами влади щодо розпорядження землею.

З огляду на те, що сучасна система адміністративно-територіального устрою з гібридним елементом “територіальною громадою” є ще зовсім юною, вона нині не отримала значної уваги серед наукової спільноти. Водночас низка науковців у своїх дослідженнях звертали увагу на необхідність чіткого визначення меж адміністративно-територіальних одиниць в їх класичному розумінні, які не переставали бути об'єктами дискусій і до проведення адміністративної реформи.

Так, А. Муховиков у дисертації “Формування земель комунальної власності територіальних громад”¹ ще в 2004 р. визначив підходи до законодавчого забезпечення розмежування земель державної та комунальної власності й розроблення відповідного закону. Дослідник був переконаний, що серед основних положень, які мав унормувати такий закон, мали бути, зокрема: принципи і порядок розмежування земель державної та комунальної власності; поняття розмежування земель державної та комунальної власності; суб'єктів права державної та комунальної власності на землю; землі, які не можуть передаватися до земель комунальної власності; перелік земель, які при розмежуванні будуть віднесені до земель комунальної власності; тощо.

О. Охрій у своїй праці “Комплексна стратегія землекористування адміністративно-територіального утворення”² відзначав, що надзвичайно важливим чинником, механізмом ефективного управління земельними

¹ А. Муховиков, ‘Формування земель комунальної власності територіальних громад’ (автореф дис канд екон наук, 2004) 22.

² О. Охрій, ‘Комплексна стратегія землекористування адміністративно-територіального утворення’ (автореф дис канд наук з держ упр, 2006) 25.

ресурсами є земельний кадастр. Механізм управління землею не може існувати без обліку кожної земельної ділянки, юридичного визначення і підтвердження межі земельних ділянок, розміру, місцеположення, правового режиму, кадастрових номерів, функціонального призначення та інших параметрів, стверджував науковець.

Окрім того, О. Чернюк³, В. Устименко⁴ та В. Бібік⁵ у своїх наукових дослідженнях зауважували про необхідність визначення меж адміністративно-територіальних одиниць.

Цілком слушними є висновки О. Дорош⁶ про те, що сучасний адміністративно-територіальний устрій в Україні не створює сприятливих передумов для проведення ефективної регіональної політики із-за відсутності на планово-картографічних матеріалах меж адміністративно-територіальних одиниць і не встановлення їх на місцевості, у зв'язку з чим вона пропонує методичні підходи до розроблення проєктів землеустрою щодо встановлення (зміни) меж адміністративно-територіальних одиниць.

Л. Тварковська⁷ у своїй публікації аналізувала аспекти законодавчого регулювання зміни статусу та меж адміністративно-територіальних одиниць в європейських державах.

Відповідно до положень ст. 1 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” (далі – Закон)⁸ територіальна громада – це жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, селищ, міст, що мають єдиний адміністративний центр.

Закон визначає територію територіальної громади як нерозривну територію, у межах якої територіальна громада здійснює свої повноваження щодо вирішення питань місцевого значення відповідно до Конституції⁹ і законів України, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

³ О Чернюк, ‘Вдосконалення системи адміністративно-територіального устрою в Україні’ (автореф дис канд екон наук, 2007) 22.

⁴ В Устименко, ‘Власність територіальної громади міста (господарсько-правові аспекти)’ (автореф дис док юр наук, 2007) 38.

⁵ В Бібік, ‘Адміністративно-правовий статус режимів особливих адміністративно-територіальних утворень’ (автореф дис канд юр наук, 2011) 18.

⁶ О Дорош, Ш Ібатуллін, Є Тарнопольський, Р Харитоненко, ‘Практичні аспекти встановлення (зміни) меж адміністративно-територіальних одиниць’ (2019) 1 Землевпорядне виробництво 68–76; О Дорош, ‘Методичні підходи до розробки проєктів землеустрою щодо встановлення (зміни) меж адміністративно-територіальних одиниць’ (2015) 1 Землеустрій, кадастр і моніторинг земель 44–9.

⁷ Л Тварковська, ‘Деякі аспекти законодавчого регулювання зміни статусу та меж адміністративно-територіальних одиниць в Україні та європейських державах’ (2011) 6 Віче.

⁸ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення 10.01.2022).

⁹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 10.01.2022).

Згідно зі ст. 6 Закону територіальна громада села, селища, міста є первинним суб'єктом місцевого самоврядування. При цьому територіальні громади в порядку, встановленому законом, можуть об'єднуватися в одну сільську, селищну, міську територіальну громаду, утворювати єдині органи місцевого самоврядування та обирати відповідно сільського, селищного, міського голову.

Згідно з положеннями ст. 83 Земельного кодексу України (далі – ЗК України):

Землі, які належать на праві власності територіальним громадам є комунальною власністю.

У комунальній власності перебувають:

- а) усі землі в межах населених пунктів, крім земельних ділянок приватної та державної власності;
- б) земельні ділянки, на яких розташовані будівлі, споруди, інші об'єкти нерухомого майна комунальної власності незалежно від місця їх розташування;
- в) землі та земельні ділянки за межами населених пунктів, що передані або перейшли у комунальну власність із земель державної власності відповідно до закону¹⁰.

Відповідно до п. 24 розділу Х “Перехідні положення” ЗК України, який набув чинності 27 травня 2021 р.,

землями комунальної власності територіальних громад вважаються всі землі державної власності, розташовані за межами населених пунктів у межах таких територіальних громад, за певними винятками [землі оборони, зони відчуження та зони безумовного (обов'язкового) відселення тощо]. <...>

Земельні ділянки, що вважаються комунальною власністю територіальних громад сіл, селищ, міст відповідно до цього пункту і право державної власності на які зареєстроване у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, переходять у комунальну власність з моменту державної реєстрації права комунальної власності на такі земельні ділянки.

Інші земельні ділянки та землі, не сформовані у земельні ділянки, переходять у комунальну власність з дня набрання чинності цим пунктом¹¹.

Зі свого боку відповідно до ст. 84 ЗК України у державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності.

¹⁰ Земельний кодекс України: Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹¹ Там само.

На прикладі колишнього Поліського району Київської області пропонуємо розглянути алгоритм формування по суті нового виду адміністративно-територіальних одиниць, який не отримав належної уваги, при цьому суттєво впливає на порядок користування землями в Україні.

Відповідно до Додатку до розпорядження Кабінету Міністрів України “Про визначення адміністративних центрів та затвердження територій територіальних громад Київської області”¹² у складі Київської області утворено Поліську територіальну громаду з адміністративним центром у селищі міського типу Красятичі, до якої увійшло 14 територіальних громад.

У зв’язку з ухваленням Постанови Верховної Ради України “Про утворення та ліквідацію районів” (далі – Постанова)¹³ у Київській області утворено Вишгородський район (з адміністративним центром у місті Вишгород) у складі територій об’єднаних територіальних громад, затверджених Кабінетом Міністрів України, зокрема й Поліської селищної.

При цьому Постановою Поліський район Київської області ліквідовано.

Керуючись ст. 133 Конституції України, що аналогічним чином відтворено у ст. 6 Закону, систему адміністративно-територіального устрою України становлять: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села.

Стаття 173 ЗК України врегульовує, що під межею району, села, селища, міста, району у місті слід розуміти умовну лінію на поверхні землі, що відокремлює територію району, села, селища, міста, району у місті від інших територій. Межі району, села, селища, міста, району у місті встановлюються і змінюються за проектами землеустрою щодо встановлення (зміни) меж адміністративно-територіальних одиниць¹⁴.

Водночас Поліська територіальна громада є об’єднаною територіальною громадою, яка, враховуючи положення ст. 133 Конституції України, ст. 6 Закону та ст. 173 ЗК України, до одиниць адміністративно-територіального устрою України не належить.

Згідно з пунктами 2, 6 ч. 1 ст. 4 Закону України “Про добровільне об’єднання територіальних громад” (далі – Закон про об’єднання)¹⁵ одними з основних умов добровільного об’єднання територіальних громад є те, що територія об’єднаної територіальної громади має бути нерозривною, межі об’єднаної територіальної громади визначаються по зовнішніх ме-

¹² Про визначення адміністративних центрів та затвердження територій територіальних громад Київської області: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 червня 2020 р. № 715-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/715-2020-%D1%80>> (дата звернення 10.01.2022).

¹³ Про утворення та ліквідацію районів: Постанова Верховної Ради України від 17 липня 2020 р. № 807-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/807-20>> (дата звернення 10.01.2022).

¹⁴ Земельний кодекс України (н 10).

¹⁵ Про добровільне об’єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19#Text>> (дата звернення 10.01.2022).

жах юрисдикції рад територіальних громад, що об'єдналися, а також що об'єднання територіальних громад здійснюється відповідно до перспективних планів формування територій громад Автономної Республіки Крим, області.

Відповідно до ст. 11 Закону про об'єднання

перспективний план формування територій громад Автономної Республіки Крим, області розробляється Радою міністрів Автономної Республіки Крим, відповідною обласною державною адміністрацією згідно з методикою формування спроможних територіальних громад і охоплює всю територію Автономної Республіки Крим, області.

Методика формування спроможних територіальних громад розробляється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері територіальної організації влади, адміністративно-територіального устрою, розвитку місцевого самоврядування, та затверджується Кабінетом Міністрів України.

Перспективний план формування територій громад Автономної Республіки Крим, області затверджується Кабінетом Міністрів України за поданням Ради міністрів Автономної Республіки Крим, відповідної обласної державної адміністрації¹⁶.

Зокрема, у ст. 11 Закону про об'єднання зазначено, що перспективні плани затверджені розпорядженнями Кабінету Міністрів України за переліком (прийняті у квітні–травні 2020 р.).

Аналізуючи наведені положення нормативних актів, цілком об'єктивно стверджувати, що об'єднані територіальні громади не належать до адміністративно-територіальних одиниць.

При цьому, як врегульовують положення ст. 83, п. 24 розділу X “Перехідні положення” ЗК України, компетенція об'єднаних територіальних громад поширюється як у межах населених пунктів, так і за їхніми межами.

Це означає, що межі об'єднаних територіальних громад не встановлюються документацією із землеустрою, а також не є об'єктами Державного земельного кадастру. Фактично йдеться про межі сільських/селищних/міських рад.

Раніше, керуючись Положенням про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР, затвердженим Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 12 березня 1981 р. № 1654-Х¹⁷, було врегульовано, що адміністративно-територіальними одиницями Української РСР, серед іншого, вважалися також сільради.

¹⁶ Про добровільне об'єднання територіальних громад (н 15).

¹⁷ Положення про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР, затвержене Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 12 березня 1981 р. № 1654-Х <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1654-10#Text>> (дата звернення 10.01.2022).

І хоч нині це Положення ще є чинним, з моменту набуття чинності Конституцією України, воно суперечить останній.

З огляду на актуальність правового регулювання, відомості про межі сільських рад втратили своє колишнє значення, та не були об'єктами робіт із землеустрою щонайменше останні два десятиліття.

Нині, як зазначено вище, об'єднання територіальних громад здійснюється відповідно до перспективних планів формування територій громад Автономної Республіки Крим, області, які затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Зокрема, відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про затвердження перспективного плану формування територій громад Київської області”¹⁸ затверджено однойменний перспективний план формування території громад Київської області.

Базою для визначення меж територій об'єднаних територіальних громад є документи та матеріали, що не належать до документацій із землеустрою чи їх складових. Так, головним інформаційним порталом реформи місцевого самоврядування і територіальної організації влади (децентралізації), що триває в Україні з 2014 р., є “Децентралізація”¹⁹. Цей портал містить інформацію про карту кожної територіальної громади.

Окрім того, портал “Децентралізація” також містить загальнодоступну інформацію про “межі одиниць АТУ”. Зокрема, на ресурсі доступні для вільного завантаження полігональні шари геопросторових даних меж областей, районів і територіальних громад. На ресурсі зазначено, що шари геопросторових даних, які розміщені на цій сторінці показують орієнтовне місце розташування меж нових районів і територіальних громад, які можуть слугувати для їх встановлення у спосіб, що визначений чинним законодавством.

Опрацювання цієї інформації за допомогою програмного забезпечення *Digitals* надало можливість визначити координати, що містяться на ресурсі, виконані в географічній сферичній системі координат (широта/довгота).

Сферична система координат (широта/довгота) вирізняється тим, що початок координат у такій системі перебуває у центрі сфери. Така географічна система координат перераховується у плоску систему для зазначеного еліпсоїда. Власне, програмне забезпечення *Digitals* забезпечене інструментом перерахунку сферичної системи координат у плоску.

¹⁸ Про затвердження перспективного плану формування територій громад Київської області: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 р. № 600-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/600-2020-%D1%80#n8>> (дата звернення 10.01.2022).

¹⁹ Децентралізація <<https://decentralization.gov.ua>> (дата звернення 10.01.2022).

На ресурсі Публічної кадастрової карти України, яка згідно з положеннями ч. 2 ст. 38 Закону України “Про Державний земельний кадастр”²⁰, є частиною програмного забезпечення Державного земельного кадастру, відомості про межі територіальних громад, і зокрема Поліської територіальної громади, що ідентичні відомостям на ресурсі “Децентралізація”, також присутні. При цьому в інформації про шар “Межі територіальних громад” зазначено, що це шар, який містить дані про межі територіальних громад. Шар створено в рамках інформаційної взаємодії з Міністерством розвитку громад і територій України. Шар не містить офіційних відомостей Державного земельного кадастру та має інформативний характер.

Отже, в першому випадку (ресурс “Децентралізація”) зазначено, що йдеться про орієнтовне місце розташування меж територіальних громад, у другому (ресурс “Публічна кадастрова карта”) – що така інформація має інформативний характер.

Водночас наявна інформація є єдиним можливим джерелом відомостей про межі утворених об’єднаних територіальних громад та їх компетенцію як органів місцевого самоврядування щодо розпорядження землями комунальної власності.

Нині поточна редакція Закону України “Про землеустрій”²¹ у ст. 46¹ (Закон доповнено ст. 46¹ згідно з Законом від 28 квітня 2021 р. № 1423-IX) врегулює, що встановлення меж територій територіальних громад відбувається за допомогою розроблення проектів землеустрою щодо встановлення меж територій територіальних громад.

Згідно з положеннями ч. 9 ст. 21 Закону України “Про Державний земельний кадастр” та ст. 46¹ Закону України “Про землеустрій”, за результатами розроблення та затвердження названих проектів землеустрою, відомості про межі території територіальної громади вносяться до Державного земельного кадастру.

Поряд із цим законодавцем не визначено своєрідний перехідний період – за яким принципом повинне відбуватися розпорядження землею у часовому проміжку між 27 травня 2021 р. (дата набуття чинності положеннями законодавства, які змінюють компетенцію органів місцевого самоврядування) та датою затвердження окремо взятого проекту землеустрою щодо встановлення меж територій територіальних громад? Адже незважаючи на задеклароване положення про наявність дійсних меж територій територіальних громад (ст. 46¹ Закону України “Про землеустрій”), насправді такі відсутні, про що вже згадувалося.

²⁰ Про Державний земельний кадастр: Закон України від 7 липня 2011 р. № 3613-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3613-17>> (дата звернення 10.01.2022).

²¹ Про землеустрій: Закон України від 22 травня 2003 р. № 858-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/858-15#Text>> (дата звернення 10.01.2022).

Однак є низка стримуючих факторів для встановлення меж територій територіальних громад:

- відсутня чітка заборона щодо розпорядження землями до моменту встановлення меж територій територіальних громад;
- органи влади не готові на значні фінансові витрати та довге очікування результату.

За таких обставин цілком слушно вирішувати питання точково та за необхідності. Зокрема, якщо планується розпорядження землями у “прикордонній” зоні, органи місцевого самоврядування, які є суміжними, можуть обрати для себе один із таких сценаріїв:

- укласти своєрідний акт погодження меж, тобто документ, погоджений обома сторонами, на графічному додатку до якого буде зображена лінія розмежування, яка в подальшому ляже в основу відповідної документації із землеустрою щодо встановлення меж території територіальних громад;
- замовити експертне дослідження, у межах якого буде проведено ретроспективний аналіз на предмет належності окремо взятої території до меж відповідної сільської, селищної чи міської ради;
- врегулювати спір про територію в порядку медіації (відповідно до ст. 158¹ ЗК України, Закону України “Про медіацію”).

Висновки. Таким чином, встановлено, що проведена в Україні адміністративна реформа внесла корективи й у сфері земельного законодавства. Зокрема, систему адміністративно-територіального устрою України доповнено новим гібридним елементом – територією територіальних громад. Де-юре така до системи адміністративно-територіального устрою не входить, однак де-факто є рівною з іншими її складовими.

Для земельно-правових відносин проблема полягає в тому, що органи місцевого самоврядування одержали можливість розпоряджатися землями в межах територій територіальних громад (включають землі як у межах, так і за межами населених пунктів), які, зі свого боку, є невстановленими. За таких обставин чітке розмежування компетенції між різними органами влади щодо розпорядження землею відсутнє.

Алгоритм встановлення меж територій територіальних громад врегульований, однак причин невиконувати таке встановлення більше, аніж виконувати.

У зв’язку із зазначеним, автор пропонує вирішувати дискусійні питання менш затратними за часом та коштами способами, а саме: укласти акт погодження меж території територіальної громади; замовити експертне дослідження; врегулювати спір про територію в порядку медіації.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Dorosh O, 'Metodychni pidkhody do rozrobky proektiv zemleustroiu shchodo vstanovlennia (zminy) mezh administratyvno-terytorialnykh odynyts' (2015) 1 Zemleustrii, kadastr i monitorynh zemel 44–9 (in Ukrainian).
2. Dorosh O, Ibatullin Sh, Tarnopolskyi Ye, Kharytonenko R, 'Praktychni aspekty vstanovlennia (zminy) mezh administratyvno-terytorialnykh odynyts' (2019) 1 Zemlevporiadne vyrobnytstvo 68–76 (in Ukrainian).
3. Tvarkovska L, 'Deiaki aspekty zakonodavchoho rehuliuвання zminy statusu ta mezh administratyvno-terytorialnykh odynyts v Ukraini ta yevropeiskykh derzhavakh' (2011) 6 Viche (in Ukrainian).

Theses

4. Bibik V, 'Administratyvno-pravovi status rezhymiv osoblyvykh administratyvno-terytorialnykh utvoren' (avtoref dys kand yur nauk, 2011) (in Ukrainian).
5. Cherniuk O, 'Vdoskonalennia systemy administratyvno-terytorialnoho ustroiu v Ukraini' (avtoref dys kand ekon nauk, 2007) (in Ukrainian).
6. Mukhovikov A, 'Formuvannia zemel komunalnoi vlasnosti terytorialnykh hromad' (avtoref dys kand ekon nauk, 2004) (in Ukrainian).
7. Okhrii O, 'Kompleksna stratehiia zemlekorystuvannia administratyvno-terytorialnoho utvorennia' (avtoref dys kand nauk z derzh upr, 2006) (in Ukrainian).
8. Ustymenko V, 'Vlasnist terytorialnoi hromady mista (hospodarsko-pravovi aspekty)' (avtoref dys d-ra yur nauk, 2007) (in Ukrainian).

Victoria Savchak

BOUNDARIES OF ADMINISTRATIVE-TERRITORIAL UNITS IN THE CONTEXT OF NEW CHANGES

ABSTRACT. The implementation of the decentralization process, combined with the change of district boundaries and the formation of united territorial communities, and the expansion of the competence of such territorial communities for land management, has led forensic experts to think about new topics.

For today, the administrative-territorial units are: region, district, city, district in the city, settlement, village (the laws say).

The current amendments to the Land Code of Ukraine say that territorial communities now include all state-owned lands located outside settlements borders within such territorial communities (time before it was exclusively within settlements).

We are trying to find an answer to the question where the competence of some territorial communities “outside the settlements” ends and the competence of others “outside...” begins? After all, only information about administrative-territorial units is objectively entered into the State Land Cadastre.

The author is also trying to find an answer to the question: where does the competence of some “outside the settlements” end and the competence of others “outside...” begin? After all, the State Land Cadastre currently includes only information about administrative-territorial units, which do not include the territory of territorial communities.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 2 • 132-142

Вікторія Савчак

The aim of this article is primarily to make the attention of the authorities to the fact that the current state of legal regulation on the delimitation of administrative-territorial units is inextricably linked with the implementation of the competence of the authorities to dispose of land. In these circumstances, there is an inevitable process of formation of mutual territorial claims, double disposal of the same territories, etc., which in the future will be the subject of litigation. The author aims to offer methods of comfortable and effective way out of the current situation, avoiding long-term participation in litigation.

Doing the research we conducted element-by-element analysis of the components of the administrative-territorial system of Ukraine, analyzed the effect of the implementation of administrative reform in the field of land management and land cadastre, and proposed a real scheme out of the situation.

It is concluded that the modern system of administrative-territorial organization of Ukraine is supplemented by a new hybrid element – the territory of territorial communities. The boundaries of such element of territorial organization are not properly established, which causes a number of problems with dispose of land. In particular, there is no clear division of competences between different authorities.

The author proposes to resolve debatable issues in less time-consuming and costly ways, namely: to conclude an act of coordination of the boundaries of the territorial community; order an expert report; settle the dispute over the territory through mediation.

KEYWORDS: administrative-territorial unit; boundaries of administrative-territorial units; boundaries of territorial communities; state-owned land; communal land.

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

DOI: 10.33498/Юшн-2022-02-143



Руслана Гаврилук

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

Петро Пацурківський

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5081-7842>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-5476-2016>
p.patsurkivsky@chnu.edu.ua



УДК 340.12:342.7:[347.925:342.56]

ПРАВОСУДДЯ ТА МЕДІАЦІЯ ЯК КОНКУРЕНТНІ ВЗАЄМОДОВНЮЮЧІ СИСТЕМИ ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТІВ (СПОРІВ) У СУСПІЛЬСТВІ

АНОТАЦІЯ. У статті за допомогою пізнавального інструментарію антропосоціокультурного, потребового та порівняльного підходів аналізуються парадигмальні ціннісні матриці та соціокультурні коди феноменів правосуддя і медіації.

Метою статті є з'ясування природи правосуддя та медіації як систем вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві. У центрі уваги авторів перебувають питання бутєвих витоків правосуддя і медіації, властивості ціннісних матриць правосуддя і медіації та можливості й форми державно-приватного партнерства правосуддя і медіації. У результаті дослідження зазначених вище питань автори статті обґрунтували низку висновків, зокрема: правосуддя та медіація є конкурентними взаємодоповнюючими системами вирішення конфліктів (спорів) у громадянському суспільстві. Основоположними причинами, що їх породили і продовжують зумовлювати потребу у правосудді та медіації дотепер, є атрибутивно суперечлива природа самої людини, передусім людської автономії та комунікативної солідар-

© Руслана Гаврилук, Петро Пацурківський, 2022

ності як конститuentів та смислових умов буття людей, а також не менш суперечливий буттєвий устрій людського світу.

Впродовж тривалого історичного періоду інституційне лідерство у вирішенні конфліктів (спорів) у суспільстві належало державному судочинству. Людиноцентристський поворот у середині ХХ ст., поява громадянських суспільств змінили характер більшості конфліктів (спорів) у соціумах, зумовили кризу традиційного судочинства та потребу в легітимації та інституціоналізації на національному рівні альтернативних способів їх розв'язання, передусім медіації. Нині медіація заявила про себе як такий інститут де-юре. Таким інститутом де-факто їй ще належить стати.

Між правосуддям і медіацією існує фундаментальна асиметрія. Її квінтесенцію становить парадигмальна протилежність ціннісних матриць правосуддя як інституту держави і медіації як інституту громадянського суспільства. Ця протилежність апіорі не дає змоги вбудувати один із зазначених вище інститутів вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві в інший такий інститут без деформації їх обидвох. Правосуддя та медіація приречені на співіснування та взаємодію. Найоптимальнішою правовою формою такої їх взаємодії в сучасному вітчизняному соціумі є державно-приватне партнерство правосуддя і медіації інституційного типу.

Ключові слова: правосуддя; ціннісна матриця правосуддя; медіація; ціннісна матриця медіації; громадянське суспільство; суспільні конфлікти (спори); державно-приватне партнерство.

Реформування вітчизняного судочинства у справжнє європейське правосуддя, розбудова сучасної ефективної системи вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві виявилися в Україні однією із найскладніших трансформацій державних інститутів. Уже відбулося декілька етапів реформування вітчизняного судочинства, кожен з яких завершився досягненням окремих, інколи досить суттєвих, результатів, проте загалом проблему ще не вирішено. Нині розпочато черговий із етапів його трансформації у сучасне європейське правосуддя. Її мету визначено у “Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки”¹. Важливою особливістю розпочатого етапу реформування правосуддя в Україні є те, що воно відбувається водночас із впровадженням методів альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання конфліктів (спорів), передусім медіації: свідчення цього є нещодавнє ухвалення Закону України “Про медіацію” (далі – Закон про медіацію)².

Доктринальній розробці зазначеної вище проблеми такої певності та чіткої визначеності бракує. Якщо спробувати виокремити здобутки вітчизняних дослідників медіації, то слід відзначити помітну активізацію розробки питань, що стосуються технік і технологій медіації, її співвідно-

¹ Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки: Указ Президента України від 11 червня 2021 р. № 231 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text>> (дата звернення: 23.12.2021).

² Про медіацію: Закон України від 16 листопада 2021 р. № 1875-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1875-20#Text>> (дата звернення: 23.12.2021).

шення з іншими інститутами альтернативного вирішення спорів. Що ж до парадигмальних аспектів медіації необхідно відзначити початковий етап їх розробки³. Крім того, у теоретико-методологічній площині мають місце і суттєво відмінні та навіть протилежні погляди на природу медіації порівняно з підходом до її визначення законодавцем⁴, хибне трактування співвідношення медіації і судочинства.

Метою дослідження є порівняльний аналіз правосуддя та медіації як конкурентних взаємодіючих систем вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві. Мета конкретизована у таких конкретних завданнях: обґрунтувати спільність буттєвих витоків правосуддя і медіації; розкрити парадигмальну протилежність ціннісних матриць правосуддя та медіації; довести можливість і необхідність державно-приватного партнерства правосуддя та медіації інституційного типу задля вирішення конфліктів (спорів) у громадянському суспільстві.

Предмет, мета та конкретні завдання дослідження визначили його методологію, а саме антропосоціокультурний, потребовий і порівняльно-правовий підходи.

Спільність буттєвих витоків правосуддя та медіації

Відповідно до ч. 1 ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюють виключно суди⁵, а згідно з ч. 1 ст. 6 вони є однією з гілок державної влади, її атрибутом, тобто з'являються водночас із появою держави. То чим же зумовлена необхідність появи держави? Позитивістська традиція правопізнання пояснює цей феномен тим, що держава як продукт еволюції суспільства на певному етапі його зрілості є визнанням історичного факту, 'що це суспільство заплуталось у нездоланному протиріччі із самим собою, розколось на непримиренні протилежності, позбутися яких воно безсиле'. І, резюмує Ф. Енгельс, 'щоб ці протилежності <...> не пожерли одна одну та суспільство у безплідній боротьбі, для цього стала необхідною сила, <...>, яка б тримала його у межах "порядку"'⁶.

Підхід антропосоціокультурної традиції правопізнання до розкриття причин виникнення держави парадигмально значно ширший, але й він включає у себе необхідність розв'язання суспільних конфліктів. Зокрема, Х. Дж. М. Классен пише, що рання держава є нічим іншим, як політичною організацією для регулювання соціальних відносин

³ Н. Мазаракі, 'Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні' (дис д-ра юрид наук, 2019) 484.

⁴ Н. Грень, 'Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження' (дис канд юрид наук, 2016) 24.

⁵ 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: 26.12.2021).

⁶ Ф. Энгельс, *Происхождение семьи, частной собственности и государства (в связи с исследованиями Льюиса Г. Моргана)* (Азбука-классика 2009) 239–40.

у складному стратифікованому (багаторівневому) суспільстві, розділеному щонайменше на два основних класи <...> – правителів та підданих, чії відносини характеризуються політичним домінуванням перших над другими⁷.

Відомі американські дослідники Д. Норт, Дж. Волліс та Б. Вайнгест назвали цей тип держав природними державами, а суспільства, що їх породили, соціумами закритого (насильницького) типу. Вони переконливо продемонстрували, що логіка існування цих держав може бути найадекватніше пояснена за допомогою максими “поділяй і владарюй”⁸. Відповідно до їхньої парадигми вирішення конфлікту (спору) зводиться до визначення судом як спеціальним інститутом державної влади за певними правилами судочинства сторони-переможця та сторони-переможеного у ньому. Впродовж тривалого історичного періоду інституційне лідерство у вирішенні конфліктів (спорів) у суспільствах належало державному судочинству.

Медіація як приватний спосіб вирішення конфліктів (спорів) у соціумах з’явилася ще раніше від державного судочинства. Основоположними причинами, що її породили, були суцільно суперечлива природа самої людини, насамперед людської автономії та комунікативної солідарності як конститuentів та смислових умов буття людей⁹, а також не менш суперечливий буттєвий устрій людського світу¹⁰. Вона знайшла своє закріплення у звичаях і ритуалах більшості народів світу. Проте до останнього часу медіації не була легітимована на загальнодержавному рівні як метод вирішення конфліктів (спорів), їй належала у суспільствах світу другорядна або навіть епізодична роль¹¹.

У середині ХХ ст. під дією багатьох об’єктивних чинників на зміну соціумам закритого (насильницького) типу та природним державам стали приходити суспільства відкритого (ненасильницького) типу та публічні порядки відкритого доступу (інструментальні держави), у яких, як зазначають вже згадувані нами американські вчені, ‘неможливо маніпулювати інтересами [індивідів – Р. Г. та П. П.] так, як це трапляється в природних державах, бо занадто велика частина поведінки та формування інтересів [індивідів – Р. Г. та П. П.] відбувається за межами державного контролю’¹². За словами іншого західного вченого Дж. Коулмена, ‘головними

⁷ Х. Дж. М. Классен, “Было ли неизбежным появление государства” в Гринина Л. Е. та інші (ред), *Раннее государство, его альтернативы и аналоги: сборник статей* (Учитель 2009) 79.

⁸ Дуглас Норт, *Насильство та суспільні порядки. Основні чинники, які вплинули на хід історії* (Наш формат 2017) 38–42.

⁹ Р. Гаврилюк, ‘Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини’ (2018) 3 *Право України* 128–43.

¹⁰ Р. Гаврилюк, ‘Зумовленість правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу’ (2018) 5 *Право України* 181–95.

¹¹ Mohamed M Keshavjee, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution* (I B Tauris 2013) 237.

¹² Там само 45.

гравцями соціальної структури модерного суспільства [порядків відкритого доступу. – Р. Г. та П. П.] є корпоративні гравці, тобто організації, які черпають свою владу в індивідів, а застосовують її для досягнення корпоративних цілей¹³.

Одними з найфундаментальніших наслідків цієї кардинальної суспільної революції стали повернення індивідами собі їх природної загальної суспільної суб'єктності загалом та правосуб'єктності насамперед, людських прав і свобод, які були відчужені у них і привласнені природними державами ще на зорі їх появи. Першим серед сучасних мислителів цей феномен виявив і зафіксував у своєму творі-бестселері “Бунт мас” як людиноцентристський поворот іспанський філософ Х. Ортега-і-Гасет¹⁴.

На думку зарубіжних і вітчизняних учених, вплив цих чинників на зміну характеру суспільного розвитку, починаючи з рубежу ХХ–ХХІ ст., відчутно посилюється завдяки активному включенню у суспільні процеси нових поколінь людей, народжених у період часу, починаючи з останньої чверті ХХ ст. Ці покоління одержали у науці збірну назву міленіалів (покоління Y). Це найбільш освідченні покоління з усіх, які будь-коли проживали у світі. Фахівці особливо виділяють у міленіалів орієнтованість на гуманізм і соціальні цінності, що спонукає їх на глибокі суспільні зміни¹⁵.

Водночас людиноцентристський поворот не змінив суцільно суперечливих людської природи та буттєвого устрою людського світу. Навпаки, він розкував внутрішню енергію індивідів, спонукав найширші народні маси до соціальних інновацій, винахідництва та відкриттів. Інтегральним результатом цього стали утвердження громадянських суспільств у розвинутих країнах світу та зростання у геометричній прогресії числа соціальних конфліктів. Водночас у парадигмальних межах нових суспільств різко прискорилися процеси, висловлюючись термінами Й. Шумпетера, “внутрішніх мутацій” та “творчого руйнування”¹⁶ традиційних інститутів вирішення конфліктів, передусім судочинства. Результатами цього стали глибокі кризи державного судочинства у різних країнах світу, що найбільш концентровано проявилось у падінні довіри суспільств до судочинства як інституту держави¹⁷.

¹³ James S Coleman, *Foundations of social theory* (Harvard University Press 1990) 49.

¹⁴ Ортега-і-Гасет, *Вибрані твори* (Основи 1994) 15–139.

¹⁵ Shawna Benston and Brian Farkas, ‘Mediation and Millennials: A Dispute Resolution Mechanism to Match a New Generation’ [2018] 2 (2) Article 3 *Journal of Experiential Learning* <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=jel>> (accessed: 20.12.2021); О Хотинська-Нор, ‘Судова система України в епоху покоління міленіалів’ в *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції* (ЧНУ им Ю Федьковича 2018) 42–4.

¹⁶ Йозеф А Шумпетер, *Капіталізм, соціалізм і демократія* (Основи 1995) 111.

¹⁷ Derek Thompson, ‘The Unluckiest Generation: What Will Become of Millennials?’ (*The Atlantic*, 26.04.2013) <<https://www.theatlantic.com/business/archive/2013/04/the-unluckiest-generation-what-will-become-of-millennials/275336/>> (accessed: 19.12.2021).

Вихід із цих криз було знайдено у широкому та системному запровадженні розвинутими соціумами світу інститутів альтернативного (позасудового) вирішення спорів, насамперед медіації. До прикладу, у США нині, згідно з судовою статистикою, тільки 2 % з усіх порушених різними судами справ завершуються ухваленням судового рішення, а всі інші конфлікти вирішуються за допомогою інструментів альтернативного їх розв'язання¹⁸. У Нідерландах за допомогою інструментів альтернативного вирішення спорів, насамперед медіації, нині вирішується близько 90 % від усіх офіційно зареєстрованих конфліктів (спорів) із найрізноманітніших питань. У зазначених вище країнах вже стала дійсністю висока культура медіації¹⁹. У Великій Британії за допомогою інституту медіації нині вирішується понад 85 % конфліктів (спорів)²⁰.

Для України зазначені вище проблеми стали актуальними з часу постановлення незалежної Української держави та визнання нею людських прав, верховенства права і плюралістичної демократії пріоритетами її розвитку. Внаслідок перемоги Революції Гідності й офіційного обрання Україною європейського вектору суспільного розвитку ці пріоритети переросли у домінуючі суспільні цінності для вітчизняного соціуму. У 2014 р. Україна підписала Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода)²¹. Згідно зі ст. 1 Угоди для неї стало необхідним вибудувати нову парадигму співпраці з державами – членами ЄС у сфері безпеки і правосуддя з метою забезпечення належної поваги до верховенства права, людських прав й основоположних свобод, гарантування не обмеженого доступу суб'єктів права як до судових, так і позасудових процедур вирішення конфліктів (спорів).

Парадигмальна протилежність ціннісних матриць правосуддя і медіації

Способом існування інституту державного судочинства, як і будь-якого іншого суспільного інституту, є його постійна еволюція. Відлік новітніх якісних змін цього інституту на теренах європейського цивілізаційного простору більшість дослідників ведуть із 1950 р. – часу ухвалення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Зокрема, ст. 6 “Право на справедливий суд” ЄКПЛ нор-

¹⁸ Stephen B Burbank & Stephen N Subrin, ‘Litigation and Democracy: Restoring a Reasonable Prospect of Trial’ [2011] 46 (1) Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review 399.

¹⁹ П Пацурківський, Р Гаврилюк, ‘Запровадження європейської моделі медіації як шанс судовій реформі в Україні’ в *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції* (ЧНУ ім Ю Фельковича 2018) 243.

²⁰ Н Гнатюк, ‘Мистецтво домовлятися’ (2018) 38 Юридичний вісник України 11.

²¹ 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: 19.12.2021).

мативно закріпила і гарантувала право кожного ‘на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом’²².

Концептуальні підходи ЄКПЛ щодо незалежності суддів було розвинуто у Рекомендації (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи стосовно незалежності, ефективності та ролі суддів²³. Найбільш всеосяжним актом, за оцінкою Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційської комісії), у зазначеній вище сфері є Висновок № 1 Консультативної ради європейських суддів щодо стандартів незалежності судових органів і незмінності суддів²⁴. Важливим із точки зору вдосконалення державного судочинства документом Ради Європи стала Європейська хартія щодо закону держави “Про статус суддів”²⁵, а також Звіт Венеційської комісії щодо призначення суддів CDL-FL (2007)028²⁶. Не менш значущою для вдосконалення інституту державного судочинства є і прецедентна судова практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Такими ж істотними й інноваційними щодо посилення незалежності судової системи держави загалом є стандарти Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН) у цій сфері, зокрема, Основні принципи незалежності судових органів, схвалені Генеральною Асамблеєю ООН у 1985 р.²⁷, а також Бангалорські принципи поведінки суддів 2006 р.²⁸.

Грунтовний аналіз зазначених вище та інших нормативних актів цього ряду, рішень ЄСПЛ переконує, що впродовж другої половини ХХ – початку ХХІ ст. були зроблені принципові кроки по шляху вдосконалення державного судочинства, передусім гарантування його справедливості, незалежності й неупередженості, дотримання ним людських прав та принципу верховенства права, публічності й гуманності. Прогрес судочинства у зазначений вище період знайшов своє непряме підтвердження і вираження у поступовому переході до найменування його в усе більшій кількості міжнародно-правових актів правосуддя.

²² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 18.12.2021).

²³ Recommendation No. R (94) 12 to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges [1994] <<https://advokat-prnjavorac.com/legislation/Recommendation.pdf>> (accessed: 20.12.2021).

²⁴ Opinion No 1 (2001) Of the Consultative Council of European Judges (Ccje) for the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Standards Concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges [2001] <<https://rm.coe.int/1680747830>> (accessed: 18.12.2021).

²⁵ Європейська хартія про закон “Про статус суддів” від 10 липня 1998 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text> (дата звернення: 18.12.2021).

²⁶ CDL-AD(2007)028-e Judicial Appointments - Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session [Venice, 16–17 March 2007] <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx)> (accessed: 18.12.2021).

²⁷ Основні принципи незалежності судових органів. Резолюції 40/32 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text> (дата звернення: 18.12.2021).

²⁸ Ecosoc 2006/23 Strengthening Basic Principles of Judicial Conduct [2006] <<https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>> (accessed: 28.12.2021).

Своєрідною “платою” суспільств за ці успіхи судочинства у цей же період стало багатократне зростання судових витрат, тривалості термінів розгляду справ, надмірна формалізація та легалізація процедур, низка інших недоліків принципового характеру, на що справедливо звернув увагу суддя Верховного Суду США У. Бергер, виступаючи на Паундській конференції 1976 р. “Причини невдоволеності населення адмініструванням системи правосуддя в США”²⁹. Ці недоліки, взяті в сукупності, відповідно до висновку У. Бергера, зумовили кризу судочинства у США. Пізніше аналогічні кризи відчутно дали знати про себе й у європейських державах, зокрема і в Україні.

Безперечним фактом є і те, що парадигмальна ціннісна матриця судочинства у досліджуваній період часу не змінилася. Воно продовжило залишатися інститутом держави. Сторони спору, що розглядаються судом, як обґрунтував ще в середині ХХ ст. німецький учений-правознавець Г. Дюріг, по суті перетворені на “об’єкт державної процедури”³⁰. Він вивів знамениту “об’єктну формулу”, яку багаторазово успішно використовував для захисту людської гідності й інших прав людини Федеральний Конституційний Суд Німеччини. ‘Людську гідність зачеплено, коли людина стає *об’єктом*, тобто простим засобом, розмінною і витратною величиною’³¹, – йдеться у ній.

Загальноєвропейські тенденції у розвитку судочинства в другій половині ХХ ст. – на початку ХХІ ст. проявилися тією чи тією мірою і в окремих європейських державах, зокрема і в Україні. На характер трансформації вітчизняного судочинства відповідно до стандартів європейського правосуддя вирішальний вплив мають деякі національні особливості, насамперед очевидне переважання політичних підходів у цій сфері над загальнодержавними та глибоко укорінений в українському суспільстві патерналізм, який активно підтримується державою. Під час внесення змін у Конституцію України в 2016 р. вітчизняний конституцієдавець вплив останнього чинника дещо зменшив, зазначивши:

Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди

²⁹ National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, The Pound Conference (St. Paul, Minn April 7–9 1976) A. Leo Levin and Russell R. Wheeler eds (West Creation 1979) 1.

³⁰ Гюнтер Дюріг, ‘Принцип людської гідності. Проект практичної системи цінностей основних прав на основі частини першої статті 1 у поєднанні з частиною другою статті 19 Основного Закону’ в Шлоер Б (ред), *Людська гідність: що ми розуміємо під “гідністю”, “людино” та “людською гідністю”?: матеріали міжнародного науково-практичного семінару “Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України”* (Київ, 10–11 жовтня 2016) (В деле 2017) 76.

³¹ Моріс Ленер, ‘Людська гідність в Основному Законі Федеративної Республіки Німеччина’ в Шлоер Б (ред), *Людська гідність: що ми розуміємо під “гідністю”, “людино” та “людською гідністю”?: матеріали міжнародного науково-практичного семінару “Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України”* (Київ, 10–11 жовтня 2016) (В деле 2017) 36.

розглядають також інші справи. Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору³².

Оновлена Конституція України відкрила шлях для впровадження альтернативних методів вирішення конфліктів (спорів), зокрема і медіації.

На реалізацію зазначеної вище конституційної новели Верховною Радою України у жовтні 2017 р. було ухвалено Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. Ним, серед іншого, було передбачено внесення у кожен із поіменованих кодексів окремих глав “Врегулювання спору за участю судді”³³. Ретельний аналіз відповідних статей цих глав засвідчує, що активним суб'єктом у всіх передбачених цим інститутом процедурах є суддя, а сторонам спору відведена пасивна роль давати свою згоду на це чи не давати. Тобто інститут врегулювання спору за участю судді має всі підстави для оцінки його як елемента судових процедур.

Слід розцінити як щонайменше дискусійні та такі, що потребують додаткового обґрунтування твердження деяких учених-правознавців про застарілість парадигмальної ціннісної матриці судочинства. Зокрема, О. Спектор зазначає:

Традиційний підхід, за якого основною функцією суду визначалося саме здійснення правосуддя, тобто вирішення спору по суті, має певні вади, оскільки основною метою не є врегулювання конфлікту. Разом із тим наслідки використання судового вирішення спорів, широкого доступу до суду суттєво збільшило навантаження на суди. Зважаючи на це, подальше вирішення проблем правосуддя без зміни підходів до розуміння його основної функції стало вкрай складним³⁴.

Досвід більшості сучасних прогресивних держав світу переконує у протилежному, а саме: що реальне вирішення проблем сучасного правосуддя лежить не в площині зміни підходів до розуміння його основної функції. Ця функція генетично зумовлена тим, що правосуддя здійснюється однією з гілок державної влади і ніким іншим воно здійснюватися не може навіть в умовах громадянського суспільства. І в основі справді значного зростання навантаження на суди лежить не широкий доступ до них, а якісно інший стан громадянського суспільства порівня-

³² Конституція України (н 5).

³³ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text>> (дата звернення: 27.12.2021).

³⁴ Ю Притика (ред), *Альтернативні способи вирішення спорів* (Право 2019) 32.

но із суспільствами, які йому передували. Людиноцентристський поворот вивільнив творчу соціальну енергію індивідів, кратно збільшив їхню активність і докорінно змінив природу більшості конфліктів, що спонтанно виникають між ними. Це зазвичай приватні конфлікти (спори) членів громадянського суспільства, сторони яких мають природне право вирішувати їх не тільки відповідно до державних лекал у судах, а й самостійно на договірних засадах за допомогою нейтральних посередників. Тим паче, що державне судочинство виявилось певною мірою неспроможним опанувати нестримну спонтанну лавину таких конфліктів.

Відповіддю на це стало запровадження в останній чверті ХХ ст. у США та на межі ХХ–ХХІ ст. у більшості держав ЄС у доповнення до судочинства легітимованих у національному масштабі альтернативних способів вирішення конфліктів, насамперед медіації як найбільш адекватного громадянському суспільству їх способу. У цьому переконує, зокрема, аналіз відповідної нормативно-правової бази та судової практики. Так, Єдиний закон про медіацію США, що набув чинності у 2001 р., інтегрував у собі понад дві з половиною тисячі законодавчих актів різних штатів, що регулювали у них відповідні процедури медіації³⁵. Ухвалення цього закону стало точкою неповернення назад у процесі розвитку медіації як одного з альтернативних способів вирішення спорів (конфліктів) у США.

Важливою особливістю впровадження інституту медіації у державах – членах ЄС стало кооперування національних і загальноунійних зусиль, а стосовно останніх – поєднання актів м'якого та позитивного права з цією метою. До прикладу, наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. Комітет Міністрів Ради Європи розробив і запропонував державам-членам для впровадження у практику низки Рекомендацій у сфері медіації: Рекомендацію № R(98)1 з медіації у сімейних справах³⁶; Рекомендацію № R(99)19 з медіації у кримінальних справах³⁷; Рекомендацію Rec (2001)9 щодо альтернативного судовому розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами³⁸; Рекомендацію Rec (2002)10 з медіації в цивільних справах³⁹. Значущими актами м'якого права у цій сфері також стали: Рекомендація Єврокомісії “Про принципи, що застосовуються до органів, відповідальних за позасудове врегулювання

³⁵ Uniform Mediation Act (amended 2003) <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf> (accessed: 27.12.2021).

³⁶ (CDPC) Recommendation No. R (98) 1 Of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation [1998] <<https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-mediation/1680a3b3ef>> (accessed: 28.12.2021).

³⁷ (CDPC) Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters [1999] <[https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/rec\(99\)19%20\(1\).pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/rec(99)19%20(1).pdf)> (accessed: 28.12.2021).

³⁸ Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties [2001] <<https://rm.coe.int/16805e2b59>> (accessed: 29.12.2021).

³⁹ Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters [2002] <<https://rm.coe.int/16805e1f76>> (accessed: 29.12.2021).

спорів за участю споживачів”⁴⁰; Зелена книга “Про альтернативний розгляд спорів в цивільному та торговому праві”⁴¹; Європейський кодекс поведінки для медіаторів⁴².

Серед актів позитивного права ЄС у сфері розвитку медіації слід виокремити як принципово важливі такі Директиви Європейського Парламенту та Ради: Директиву 2008/52/ЄС з певних аспектів медіації у цивільних та комерційних справах⁴³; Директиву 2009/22/ЄС з питань позасудового вирішення спорів у сфері споживання⁴⁴; Регламент № 524/213 “Про врегулювання спорів за участю споживачів онлайн”⁴⁵ та низки інших аналогічних актів.

У більшості держав – членів ЄС у цей період було ухвалено національне законодавство щодо розвитку медіації та інших альтернативних судовому методів вирішення конфліктів (спорів).

Аналіз зазначених вище документів і відповідної судової практики, насамперед актів м’якого і позитивного права ЄС, переконує, що всі вони були ухвалені у парадигмальних межах та на розвиток цінностей, закладених у ЄКПЛ, насамперед ст. 13 “Право на ефективний засіб правового захисту” Конвенції, в якій, зокрема, йдеться:

Кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб правового захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження⁴⁶.

Ця стаття доктринально не суперечить ст. 6 “Право на справедливий суд” ЄКПЛ. У ній стратегічно була прогнозована ситуація, коли лише права на справедливий суд може виявитися недостатньо. У цій статті не зазначається конкретний ‘ефективний засіб правового захисту’, оскільки у середині ХХ ст. цього неможливо було зробити. Однак через декілька

⁴⁰ Commission Recommendation No 98/257/EC on the principles applicable to the bodies responsible for the out-of-court settlement of consumer disputes, OJ L 115 [1998].

⁴¹ Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law [2002] <http://www.abgs.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2002_green_paper_on_alternative_dispute_resolution.pdf> (accessed: 29.12.2021).

⁴² European Code of Conduct for Mediators [2010] <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf> (accessed: 29.12.2021).

⁴³ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136.

⁴⁴ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) L165 2013 Official Journal of the European Union 63–79 <<http://data.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj>> (accessed: 29.12.2021).

⁴⁵ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) L 165 2013 Official Journal of the European Union 1–12 <<http://data.europa.eu/eli/reg/2013/524/oj>> (accessed: 29.12.2021).

⁴⁶ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 22).

десяти років стало очевидним, що одним із таких “ефективних засобів правового захисту” у громадянському суспільстві є медіація.

Правова природа медіації як ефективного альтернативного засобу правового захисту особи постає із багатьох актів м’якого та позитивного права ЄС. Однак найбільш повно й аргументовано це питання розкрито у Рекомендації № Rec (2002)10 Комітету Міністрів Ради Європи щодо медіації в цивільних справах. Зокрема, медіація визначена у ній як процес вирішення спору самими його сторонами із їх же ініціативи або за рекомендацією суду за допомогою медіатора (чи медіаторів) з метою досягнення взаємоприйнятної для сторін спору угоди. Цим самим визначено, що медіація має приватноправову природу. Особливо важливою як з огляду на перспективи розвитку і укорінення культури медіації в соціумі, так і консолідації зусиль держави і громадянського суспільства задля прогресу медіації є вказівка Рекомендації на об’єктивну відсутність конфлікту між медіацією і правосуддям, а також на необхідність гарантування державою однаково повноцінного доступу кожного як до правосуддя, так і до медіації для захисту своїх прав та законних інтересів. У цій Рекомендації також розкрито сферу застосування медіації, її принципи, низку інших важливих питань застосування медіації.

Такою ж парадигмально протилежною державному судочинству є ціннісна матриця Закону про медіацію, ухваленого Верховною Радою України наприкінці 2021 р. відповідно до європейських і міжнародних стандартів та цінностей медіації. Передусім звертає на себе увагу визначення вітчизняним законодавством сфери дії цього Закону, відповідно до якої медіація постає не як допоміжний чи складовий інститут державного судочинства, а як легітимований у ньому повноцінний, рівнозначний державному судочинству інститут вирішення конфліктів (спорів). Медіація не здійснюється тільки у конфліктах (спорах), які впливають або можуть вплинути на права та законні інтереси третіх осіб, котрі не є учасниками відповідної медіації⁴⁷. Водночас на практиці медіації ще належить стати таким інститутом в Україні.

Із визначення українським законодавцем поняття медіації як поза-судової добровільної конфіденційної структурованої процедури, під час якої сторони конфлікту (спору) намагаються запобігти за допомогою медіатора появи конфлікту чи врегулювати уже наявний спір через переговори, цілком очевидна її приватноправова природа⁴⁸. Ще більше переконують у приватноправовій природі медіації відповідно до Закону про медіацію її принципи, визначені вітчизняним законодавцем. Вони не відрізняються від принципів медіації, вироблених у нормативних актах держав – членів ЄС. Згідно з Законом про медіацію до них нале-

⁴⁷ Про медіацію (н 2).

⁴⁸ Там само.

жить взаємна згода, самовизначеність і рівність прав сторін медіації, а також принципи добровільності, конфіденційності, нейтральності, незалежності й неупередженості медіатора. Вони поширюються і на стадію підготовки до медіації⁴⁹.

Найбільш розгорнуто та повно розкрито природно-правову природу медіації у розділі III “Проведення медіації” Закону про медіацію. Про це йдеться, зокрема, в договорі про проведення медіації (угоді про надання послуг з медіації), медіаційній угоді – письмовій угоді учасників правовідносин щодо способу врегулювання усіх чи певних конфліктів (спорів), що виникли чи можуть виникнути між ними, за допомогою проведення медіації, та угоді за результатами медіації, у якій фіксується результат домовленості сторін медіації в погодженій між ними усній або письмовій формі з урахуванням вимог закону⁵⁰.

У приватноправовій природі медіації переконує і розділ II “Статус медіатора” Закону про медіацію. Зокрема, законодавець передбачив мінімальні (рамкові) вимоги до медіатора, прописавши водночас у Законі, що сторони медіації, а також об’єднання медіаторів і суб’єкти, що забезпечують проведення медіації, мають право самостійно встановлювати додаткові вимоги до них, не обмеживши їх при цьому вичерпним переліком аналогічних вимог⁵¹. Це саме стосується прав медіаторів. Так, у ч. 2 ст. 11 Закону про медіацію передбачено, що медіатор має право надавати послуги з медіації на безоплатній основі, за наймом через суб’єкта, який забезпечує проведення медіації або через об’єднання медіаторів чи індивідуально. У цьому ж переконують обов’язки медіатора та норми його професійної етики, а також положення Закону про медіацію щодо відповідальності медіатора⁵².

Отже, медіація як позасудовий спосіб врегулювання конфліктів (спорів) є рівноцінним державному судочинству за формою легітимативності та предметною сферою дії інститутом громадянського суспільства їх вирішення, спонтанно наділена антропосоціокультурним ціннісним кодом і цивільно-правовою природою процедур їх врегулювання. Саме тому примусова медіація, як засвідчив досвід окремих держав, на що резонно звернули увагу І. Коваленко та В. Поєдинок, не довела своєї ефективності. Натомість практика її впровадження в інших державах світу переконує у раціональності ‘надання примусової сили та приведення до виконання угод за результатами медіації’⁵³.

⁴⁹ Про медіацію (н 2).

⁵⁰ Там само.

⁵¹ Там само.

⁵² Там само.

⁵³ І Коваленко, В Поєдинок, ‘Медіація в корпоративних спорах’ (2021) 6 Право України 123–4.

Необхідність державно-приватного партнерства правосуддя та медіації як типу правового підходу до вирішення конфліктів (спорів) у громадянському суспільстві

Досвід США, держав – членів ЄС, інших прогресивних держав світу неспростовно довів, що хоча правосуддя та медіація належать до ціннісно протилежних, конкурентних систем вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві, жодна із цих систем неспроможна самотійно врегулювати усю їх сукупність у сучасному соціумі. Звідси вищезазначені системи приречені бути взаємодоповнюючими одна одну. Оптимальною формою взаємодії цих систем є їхня інституційна взаємодія.

На необхідності такої взаємодії акцентується увага у більшості загальноунійних нормативно-правових актів ЄС та окремо взятих держав – членів ЄС. Зокрема, у Директиві Європейського Парламенту та Ради ЄС 2008/52/ЄС щодо деяких аспектів медіації у цивільних та комерційних справах йдеться про необхідність забезпечення державами – членами ЄС збалансованого співвідношення між медіацією та правосуддям⁵⁴. Ця Директива відображає загальний підхід держав – членів ЄС стосовно інтеграції та гармонізації їх цивільного процесу загалом, передусім інститутів правосуддя та медіації. Необхідність інституційної взаємодії систем судочинства і медіації зумовлена як природою конфліктів (спорів) у громадянському суспільстві, так і парадигмальними ціннісними матрицями судочинства та медіації як способів їх розв'язання.

Щоразу перед обранням певної моделі взаємодії між судочинством і медіацією держава постає перед дилемою світоглядного значення: у ролі якого саме феномену вона збирається впроваджувати медіацію – як суспільне благо чи медіаційну послугу. При обранні першої моделі (а медіація, безсумнівно, належить до благ у громадянському суспільстві) держава зобов'язана забезпечити доступ до неї кожному індивіду чи їх групам, незалежно від їх майнового стану, політичних уподобань чи світоглядних переконань. У цьому випадку регламентуюча роль держави має б бути великою.

Законодавець України обрав іншу модель медіації – як комерційної послуги, оплачувати яку повинен сам її споживач. Такий підхід поширений у багатьох розвинутих країнах світу. У його реалізації напрацьований чималий досвід, який належить максимально повно та раціонально використати й Україні. Така модель взаємодії судочинства і медіації має правову форму державно-приватного партнерства інституційного типу. Вона і закладена у Законі про медіацію.

Передусім на це спрямована ч. 3 розділу IV “Прикінцеві та перехідні положення” Закону про медіацію, якою передбачено внесення змін до наступних законодавчих актів України: Кодексу законів про працю

⁵⁴ Directive 2008/52/EC (n 43).

України; Земельного кодексу України; Господарського процесуального кодексу України; Цивільного процесуального кодексу України; Кодексу адміністративного судочинства України; законів України “Про нотаріат”, “Про міжнародний комерційний арбітраж”, “Про третейські суди”, “Про соціальну роботу з сім’ями, дітьми та молоддю”, “Про судовий збір” та “Про соціальні послуги”. У цьому випадку йдеться про державно-приватне партнерство інституційного типу, яке здійснюється між державою і громадянським суспільством.

Зокрема, змінами, внесеними у Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України та у Закон України “Про судовий збір”, передбачено, що у разі укладення мирової угоди до ухвалення рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову чи визнання позову відповідачем за результатами проведення медіації до початку розгляду справи по суті суд у відповідній ухвалі або рішенні в порядку, встановленому законом, вирішує питання про повернення позивачу з державного бюджету 60 % судового збору, сплаченого ним при поданні позову. Аналогічне рішення суд ухвалює і у разі, якщо домовленості про укладення мирової угоди, відмову позивача від позову чи визнання позову відповідачем було досягнуто сторонами завдяки проведенню медіації на стадії перегляду рішення суду першої інстанції в апеляційному або касаційному порядку⁵⁵.

Враховуючи рамковий характер Закону про медіацію, а також більш широкий підхід вітчизняного законодавця щодо розвитку альтернативних способів вирішення конфліктів (спорів) у соціумі, неважко припустити, що це тільки початок інституційної співпраці держави та громадянського суспільства із розвитку медіації в Україні, який відбувається за правовою моделлю державно-приватного партнерства інституційного типу.

Висновки. Правосуддя та медіація є конкурентними взаємодоповнюючими системами вирішення конфліктів (спорів) у громадянському суспільстві. Основоположними причинами, що їх породили і продовжують зумовлювати потребу у правосудді та медіації і дотепер, є атрибутивно суперечлива природа самої людини, передусім людської автономії та комунікативної солідарності як конститuentів і смислових умов буття людей, а також не менш суперечливий буттєвий устрій людського світу.

Впродовж тривалого історичного періоду інституційне лідерство у вирішенні конфліктів (спорів) у суспільстві належало державному судочинству. Людиноцентристський поворот у середині ХХ ст., поява громадянських суспільств змінили характер основної маси конфліктів (спорів) у соціумах, зумовили кризу традиційного судочинства та потребу в легітимації та інституціоналізації на національному рівні альтерна-

⁵⁵ Про медіацію (н 2).

тивних способів їх розв'язання, передусім медіації. Нині медіація заявила про себе як такий інститут де-юре. Таким інститутом де-факто їй ще належить стати.

Між правосуддям і медіацією існує фундаментальна асиметрія. Її квінтесенцію становить парадигмальна протилежність ціннісних матриць правосуддя як інституту держави і медіації як інституту громадянського суспільства. Ця протилежність апіорі не дозволяє вбудувати один із вищезазначених інститутів вирішення конфліктів (спорів) у суспільстві в інший такий інститут без деформації їх обидвох. Правосуддя та медіація приречені на співіснування та взаємодію. Найоптимальнішою правовою формою такої їх взаємодії в сучасному вітчизняному соціумі є державно-приватне партнерство правосуддя і медіації інституційного типу.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Coleman J S, *Foundations of social theory* (Harvard University Press 1990) (in English).
2. Keshavjee Mohamed M, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution* (I B Tauris 2013) (in English).
3. Enhels F, *Proyskhozhdene semy, chastnoi sobstvennosti y hosudarstva* (v sviazy s yssledovanyamy Liuysa H Morhana) (Azbuka-klassyka 2009) (in Russian).
4. Nort D, *Nasylstvo ta suspilni poriadky. Osnovni chynnyky, yaki vplynuly na khid istorii* (Nash format 2017) (in Ukrainian).
5. Orteha-i-Haset, *Vybrani tvory* (Osnovy 1994) (in Ukrainian).
6. Shumpeter Y A, *Kapitalizm, sotsializm i demokratiia* (Osnovy 1995) (in Ukrainian).

Edited books

7. Klassen Kh Dzh M, 'Bylo ly neyzbezhnym poiavlenye hosudarstva' v Hrynyna L E i drugie (red), *Ranee hosudarstvo, eho alternatyvy y analohy: sbornyk statei*' (Uchytel 2009) (in Russian).
8. Prytyka Yu (red), *Alternatyvni sposoby vyrishennia sporiv* (Pravo 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

9. Benston Sh, Farkas B, 'Mediation and Millennials: A Dispute Resolution Mechanism to Match a New Generation' [2018] 2 (2) Article 3 *Journal of Experiential Learning* (in English).
10. Burbank S B, Stephen N S, 'Litigation and Democracy: Restoring a Reasonable. Prospect of Trial' [2011] 46 (1) *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* (in English).
11. Thompson D, 'The Unluckiest Generation: What Will Become of Millennials?' (2013) April 26 *The Atlantic* (in English).
12. Havrylyuk R, 'Pravova pryroda mediatsii yak vyslid buttievykh vlastyvostei liudyny' (2018) 3 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).
13. Havrylyuk R, 'Zumovlenist pravovoi pryrody mediatsii buttievym ustroiem liudskoho svitu' (2018) 5 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).

14. Hnatiuk N, 'Mystetstvo domovliatysia' (2018) 38 Yurydychnyi visnyk Ukrainy (in Ukrainian).
15. Kovalenko I, Poiedynok V, 'Mediatsiia v korporatyvnykh sporakh' (2021) 6 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).

Theses

16. Hren N, 'Realizatsiia prava liudyny na spravedlyvyi sud shliakhom protsedury prysudovoi mediatsii: teoretyko-pravove doslidzhennia' (dys kand yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).
17. Mazaraki N, 'Teoretyko-pravovi zasady zaprovadzhennia mediatsii v Ukraini' (dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Conference papers

18. Diurii H, 'Pryntsyv liudskoi hidnosti. Proekt praktychnoi systemy tsinnosti osnovnykh prav na osnovi chastyny pershoi statti 1 u poiednanni z chastynoiu druhoiu statti 19 Osnovnoho Zakonu' v Shloer B (red), *Liudska hidnist: shcho my rozumiiemo pid "hidnistiu", "liudyno" ta "liudskoiu hidnistiu"?: materialy mizhnarodnoho naukovo-praktychnoho seminaru "Liudska hidnist u pravi Nimechchyny, Polshchi ta Ukrainy" (Kyiv, 10–11 zhovtnia 2016) (V dele 2017) (in Ukrainian).*
19. Khotynska-Nor O, 'Sudova systema Ukrainy v epokhu pokolinnia millenialiv' v *Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini: Materialy II Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferencii (ChNU ym Yu Fedkovycha 2018) (in Ukrainian).*
20. Lener M, 'Liudska hidnist v Osnovnomu Zakoni Federatyvnoi Respubliki Nimechchyna' v Shloer B (red), *Liudska hidnist: shcho my rozumiiemo pid "hidnistiu", "liudyno" ta "liudskoiu hidnistiu"?: materialy mizhnarodnoho naukovo-praktychnoho seminaru "Liudska hidnist u pravi Nimechchyny, Polshchi ta Ukrainy" (Kyiv, 10–11 zhovtnia 2016) (V dele 2017) (in Ukrainian).*
21. Patsurkivskyy P, Havrylyuk R, 'Zaprovadzhennia yevropeiskoi modeli mediatsii yak shans sudovii reformi v Ukraini' v *Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini: Materialy II Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferehcii (ChNU im Yu Fedkovycha 2018) (in Ukrainian).*

Ruslana Havrylyuk
Petro Patsurkivskyy

JUSTICE AND MEDIATION AS COMPETITIVE COMPLEMENTARY SYSTEMS FOR RESOLVING CONFLICTS (DISPUTES) IN SOCIETY

ABSTRACT. The article analyses paradigmatic value matrices and sociocultural codes of the phenomena of justice and mediation using the cognitive tools of anthropo-sociocultural, consumer and comparative approach.

The purpose of the article is to establish the nature of justice and mediation as the systems for resolving conflicts (disputes) in society. The authors focus on the issues of the everyday origins of justice and mediation, the properties of the value matrices of justice and mediation, and the opportunities and forms of public-private partnership of justice and mediation. As a result of the study of the above issues, the authors of the article substantiated a number of conclusions, in particular: justice and mediation are competitive, mutually complementary systems for resolving conflicts (disputes) in civil society. The fundamental reasons that gave rise to and continue to predetermine the need

Руслана Гаврилюк, Петро Пацурківський

for justice and mediation to the present time, are the attributively contradictory nature of the person himself, first of all, human autonomy and communicative solidarity as constituents and semantic conditions of human existence, as well as the no less contradictory existential structure of the human world.

For a long historical period the institutional leadership in resolving conflicts (disputes) in society belonged to the state legal procedure. The human-centered turn in the mid-twentieth century and the emergence of civil societies changed the nature of the bulk of conflicts (disputes) in societies, caused the crisis of traditional legal proceedings and the need to legitimize and institutionalize at the national level the alternative ways of solving them, primarily mediation. Currently, mediation has declared itself as a de jure institution. It has yet to become such a de facto institution.

There is a fundamental asymmetry between justice and mediation. Its quintessence is the paradigmatic opposite of the value matrices of justice as an institution of the state and mediation as an institution of civil society. This opposition a priori does not allow one of the aforementioned institutions for resolving conflicts (disputes) in society to be embedded in another such institution without deforming both of them. Justice and mediation are doomed to coexistence and interaction. The most optimal legal form of such interaction in modern domestic society is the institutional-type public-private partnership of justice and mediation.

KEYWORDS: justice; value matrix of justice; mediation; value matrix of mediation; civil society; social conflicts (disputes); public private partnership.



Олександр Ободовський

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету “Одеська юридична академія”
(Одеса, Україна)
obodovsky.o@gmail.com

DOI: 10.33498/Jour-2022-02-161

УДК 347.962.23 (477)

ПРО УДОСКОНАЛЕННЯ ПОРЯДКУ ДОБОРУ ТА ПРИЗНАЧЕННЯ НА ПОСАДУ СУДДІ МІСЦЕВОГО СУДУ

АНОТАЦІЯ. Значна кількість посад суддів в Україні незаповнена. І сьогодні ситуація з дефіцитом кадрів у судах вже наближається до критичної. Це стало наслідком кількох причин. Одна з них – складна процедура добору та призначення на посаду судді, яка включає багато стадій. Реалізація цих стадій займає немало часу. Тому навіть такі тривалі строки, як два або три роки, у цьому випадку є досить-таки оптимістичними.

Мета статті – визначити напрями удосконалення порядку добору та призначення на посаду судді місцевого суду і сформулювати відповідні практичні рекомендації.

Стадії в межах процедури добору та призначення на посаду судді є різними за своєю природою і значенням. Без деяких із них добір не можна собі уявити, інші стадії включені до порядку добору та призначення на посаду судді на виконання конституційних вимог. Але в обґрунтованості введення до процедури добору кількох стадій існують сумніви.

Кандидати на посаду судді складають два іспити: відбірковий і кваліфікаційний. Між цими іспитами кандидати проходять ще й тривалу спеціальну підготовку. Такий підхід перетворює процедуру призначення на посаду судді у здобуття ще однієї юридичної освіти.

Обидва іспити є перевіркою знань тієї самої людини, а знання, що перевіряються, можуть бути одними й тими ж. Ці знання зовсім необов'язково набуті кандидатом на посаду судді саме під час спеціальної підготовки, кандидат, можливо, набув їх під час навчання у закладі вищої освіти або під час здійснення професійної діяльності у сфері права, або ж під час самостійної підготовки.

Незважаючи на рівень знань кандидата на посаду судді, встановлений відбірковим іспитом, держава, ніби недовіряючи людині, вимагає, щоб кандидат навчався далі – проходив спеціальну підготовку. Але людина може мати науковий ступінь у сфері права і тривалий стаж наукової діяльності, може мати досвід здійснення адвокатської діяльності впродовж тривалого часу – й ці конкретні досягнення кандидата свідчать про рівень його знань, а за певних умов така людина може брати участь у конкурсі на посаду судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду чи Верховного Суду. Незважаючи на це, жодних спрощень процедури призначення на посаду судді місцевого суду для таких кандидатів законом не передбачено.

© Олександр Ободовський, 2022

Для кандидатів, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, добір проводиться з особливостями, які визначаються рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Таке правове регулювання ставить кандидатів на посаду судді у нерівні умови.

Удосконалення порядку добору та призначення на посаду судді доцільно здійснити шляхом скасування відбіркового іспиту і спеціальної підготовки та закріплення однакових правил участі у доборі для всіх кандидатів незалежно від виду стажу їх професійної діяльності у сфері права.

Ключові слова: добір та призначення на посаду судді; кадровий дефіцит; відбірковий іспит; кваліфікаційний іспит; спеціальна підготовка; стаж професійної діяльності у сфері права; кандидат на посаду судді.

У Щорічній доповіді за 2020 р. “Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні” зазначається, що ‘у 2020 році найактуальнішим питанням стало подолання проблеми кадрового дефіциту в судах для ефективного забезпечення права громадян на доступ до правосуддя’¹. Кадровий дефіцит у судах зберігався і протягом 2021 р. Проблема є великою, її глибину охарактеризовано у, наприклад, спільному публічному зверненні Вищої ради правосуддя і професійних суддівських та адвокатських організацій до Президента України: ‘Наразі в судовій владі України спостерігається *кадровий колапс* – в українських судах не вистачає понад 2000 суддів’². Або інша теза: ‘Відтік суддівських кадрів із судів апеляційної інстанції призводить до катастрофічних наслідків – неможливості сформувати колегії для розгляду судових справ’³. І далі:

Неукомплектованість суддівського корпусу зумовлює збільшення навантаження суддів, що *негативно впливає на оперативність та якість розгляду судових справ*. Як наслідок, українці змушені місяцями, а то й роками очікувати рішення суду <...>⁴.

Такі ж міркування висловив й О. Прудивус у нещодавньому коментарі для телеканалу “Інтер”: ‘Це нині вже не просто проблема, це майже катастрофа, тому що <...> не вистачає більш ніж дві тисячі суддів в Україні’. Ситуацію в судах О. Прудивус охарактеризував як “жахливу”, а наванта-

¹ Щорічна доповідь за 2020 рік “Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні”: затверджено рішенням Вищої ради правосуддя від 5 серпня 2021 р. № 1797/0/15-21 <https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/file/shchorichna_dopovid_za_2020_rik_0.pdf> (дата звернення: 22.12.2021) 86. Курсив наш. – О. О. і далі по тексту.

² Публічне звернення до Президента України Володимира Зеленського щодо призначення суддів: затверджено рішенням Вищої ради правосуддя від 18 листопада 2021 р. № 2229/0/15-21 <<https://hcj.gov.ua/doc/doc/17459>> (дата звернення: 22.12.2021); Публічне звернення підписали в. о. Голови Вищої ради правосуддя, голова правління Асоціації розвитку суддівського самоврядування України, президент Всеукраїнської асоціації адміністративних суддів, президентка Всеукраїнської асоціації жінок-суддів, президентка Асоціації адвокатів України, президент Всеукраїнської асоціації суддів у відставці, голова Асоціації слідчих суддів України <https://drive.google.com/file/d/1hZNeU49ao4etysVGTsk1RsPIKUJYRL9_/view> (дата звернення: 22.12.2021).

³ Там само.

⁴ Там само.

ження у суддів, які працюють, як “нелюдське”. За словами члена Вищої ради правосуддя (далі – ВРП), “цю проблему треба вирішувати негайно, тому що судова влада вже не витримує”⁵.

Кадровий дефіцит не виник сам собою, як і кожний наслідок, він має свої причини. Чи не найочевиднішою з цих причин є відсутність Вищої кваліфікаційної комісії суддів (далі – ВККС). “<...> 7 листопада 2021 року, – йдеться у публічному зверненні, – виповнилося два роки, як зупинено діяльність Вищої кваліфікаційної комісії суддів України – органу, відповідального за формування високопрофесійного суддівського корпусу”⁶. Існують, проте, й інші причини, і серед них – тривала процедура призначення на посаду судді (місцевого суду). На цьому неодноразово наголошував О. Маловацький. Наприклад, на питання кореспондента “Така ситуація (мова про дефіцит кадрів у судах. – О. О.) склалась через непрацюючу ВККСУ, чи є глибші причини?” в. о. Голови ВРП відповів: “<...> в нас існує достатньо тривала та складна процедура добору суддів, яка налічує 15 стадій. <...> невже цю ситуацію не потрібно реформувати?”⁷.

Процедура добору на посаду судді, зокрема, її тривалість, останнім часом привертає все більше уваги. Так, на думку С. Кравченка, “<...> нинішні процедури відбору суддів на посади *занадто тривалі*. Для призначення суддів у місцеві суди треба провести *багато* етапів <...>”⁸. І далі:

<...> для того, щоб місцеві суди отримали суддів, в наших реаліях треба 2–3 роки. *Це надто довго*. Поки буде тривати один добір, *звільниться ще частина суддів* місцевих судів, а *паралельно будуть звільнятися* ще й судді апеляційних судів та Верховного Суду. Так нам *буде дуже важко подолати кадрову кризу* в судовій владі⁹.

⁵ Коментар члена Вищої ради правосуддя Олега Прудивуса для телеканалу “Інтер” щодо кадрового забезпечення судів (28.12.2021) <<https://hcj.gov.ua/video/komentar-olega-prudyvusa-tk-inter-shchodo-kadrovogo-zabezpechennya-sudiv>> (дата звернення: 02.01.2022), хронометраж: 0:08-0:19, 2:26-2:37, 3:59-4:06, 9:50-9:57.

⁶ Публічне звернення до Президента України Володимира Зеленського щодо призначення суддів (н 2).

⁷ В Україні 137 тисяч громадян не мають доступу до судів – в. о. Голови Вищої ради правосуддя Олексій Маловацький. Інтерв’ю О. Маловацького для Інтернет-видання “Апостроф” (15.12.2021). Інтерв’ю взяв Д. Захаров <<https://court.gov.ua/press/interview/1229664/>> (дата звернення: 22.12.2021). Така ж думка була висловлена в ексклюзивному інтерв’ю в. о. Голови Вищої ради правосуддя О. Маловацького для Інформаційного агентства “Українські новини” (30.09.2021) <<https://court.gov.ua/press/interview/1186872/>> (дата звернення: 23.12.2021).

⁸ Голова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Станіслав Кравченко: Нам буде важко подолати кадрову кризу через звільнення суддів та тривалу процедуру призначення нових. Інтерв’ю С. Кравченка “Судово-юридичній газеті” (06.10.2021). Інтерв’ю взяв В. Хрипун <https://sud.ua/ru/news/publication/215862-golova-kasatsiyного-kriminalnogo-sudu-u-skladi-verkhovного-sudu-stanislav-kravchenko-nam-bude-vazhko-podolati-kadrovu-krizu-cherez-zvlnennya-suddiv-ta-trivalu-protseduru-priznachennya-novikh?fbclid=IwAR1g9eE1te7pSk_13GS6nYQzcfenW4BunjAVXdp14jSfYXmnpaMgR89-PHM> (дата звернення: 24.12.2021).

⁹ Там само. Таку ж думку щодо *тривалості процедур призначення на посаду судді* висловили також Б. Львов, В. Князев та О. Прудивус (Заступник Голови ВС, голова КГС Богдан Львов: “Єдиний правильний шлях розвитку судової системи – робота над якістю”. Інтерв’ю Б. Львова для видання “Закон і бізнес”. Інтерв’ю взяла В. Подоляка (2021) 42-43 Закон і бізнес <<https://zib.com.ua/ua/149418-ediniy-pravilniy-shlyah-rozvitku-sudovoi-sistemi-robota-nad-yakistyu>> (дата звернення: 24.12.2021);

Звичайно, два (і тим більше – три) роки – то немалий строк, але навіть така тривалість процедур добору виглядає *оптимістично* порівняно зі строком у, скажімо, п'ять років, не кажучи вже про більш тривалі. А дійсність дає нам і такі приклади: '<...> процедура добору кандидата на зайняття посади судді займає 8, а подекуди і 12 років'¹⁰. Проте 'не можуть люди по 11 років брати участь у конкурсі. Це як мінімум нелогічно і неправильно'¹¹. У зв'язку з цим процедуру заповнення вакантних посад суддів варто було б удосконалити так, щоб забезпечити, зокрема, можливість швидкого її проходження кандидатами.

Мета дослідження – визначити напрями удосконалення порядку добору та призначення на посаду судді місцевого суду й сформулювати відповідні практичні рекомендації.

Порядок добору та призначення *на посаду судді (місцевого суду)* визначений ст. 70 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"¹² і включає п'ятнадцять стадій. Ці стадії різні за своєю тривалістю, значенням, природою. Так, перша стадія – рішення ВККС України про оголошення добору кандидатів на посаду судді з урахуванням прогнозованої кількості вакантних посад суддів – "відкриває" процедуру добору, без цієї стадії не можна уявити добір на посаду судді. *Не можна уявити добір і без таких стадій, як розміщення ВККС України на своєму офіційному вебсайті оголошення про проведення добору кандидатів на посаду судді (друга стадія), без подання особами, які виявили намір стати суддею, до ВККС України відповідної заяви та документів (третьої стадія) й інших. Ці стадії є необхідними, без них добір неможливий, вони перетікають одна в одну і, крім того, не повинні були б забирати багато часу.*

Деякі стадії мають конституційно-правову природу. Йдеться насамперед про чотирнадцяту та п'ятнадцяту стадії. Чотирнадцята стадія – розгляд ВРП рекомендації ВККС України й ухвалення рішення щодо кандидата на посаду судді – узгоджується з повноваженнями ВРП, визначеними ст. 131 Конституції України¹³ (відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 131 Основного

Виступ Голови Верховного Суду В. Князева на засіданні Ради суддів України 13 грудня 2021 року. YouTube канал Ради суддів України <<https://www.youtube.com/watch?v=TmvGDwP7xvY>> (дата звернення: 02.01.2022), хронометраж: 2:51–3:42; Коментар члена Вищої ради правосуддя Олега Прудивуса для телеканалу "Інтер" щодо кадрового забезпечення судів (н 5), хронометраж: 5:18–5:44).

¹⁰ Заступник Голови Вищої ради правосуддя Олексій Маловацький: будь-який новостворений орган, не маючи конституційного статусу, не може здійснювати контроль над конституційним органом, яким є ВРП. Інтерв'ю О. Маловацького "Судово-юридичній газеті" (27.06.2020). Взяв інтерв'ю В. Хрипун <<https://sud.ua/ru/news/publication/172311-zastupnik-golovi-vischoyi-radi-pravosuddya-oleksiy-malovatskiy-bud-yakiy-novostvoreniy-organ-ne-mayuchi-konstitutsiy-nogo-statusu-ne-mozhe-zdiysnyuvati-kontrol-nad-konstitutsiy-nim-organom-yakim-ye-vrp>> (дата звернення: 24.12.2021).

¹¹ Судебные риски. 'Если суд будет ориентироваться на политику, он перестанет быть судом', – уверен Алексей Маловацкий, заместитель Председателя Высшего совета правосудия. Інтерв'ю А. Маловацького "Юридической практике". Взяв інтерв'ю А. Насадюк (2020) 28–9 Юридическая практика <<https://pravo.ua/articles/sudebnye-riski/>> (дата звернення: 24.12.2021).

¹² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII (зі змінами) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 25.12.2021).

¹³ 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: 24.12.2021).

Закону України ВРП вносить подання про призначення судді на посаду). П'ятнадцята стадія – видання указу Президента України про призначення на посаду судді – узгоджується з положеннями п. 31 ч. 1 ст. 106 та ч. 1 ст. 128 Основного Закону України (Президент України здійснює інші повноваження, визначені Конституцією України; призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням ВРП). Розглянуті стадії теж є необхідними і теж *не мали б забирати багато часу* (зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 80 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” Президент України видає указ про призначення судді *не пізніше тридцяти днів* із дня отримання відповідного подання ВРП).

Таким чином, переважна більшість стадій впливають із самої суті добору та призначення на посаду судді, введені до порядку добору та призначення на посаду судді на виконання конституційних положень, а тому не можуть бути скасовані (стадії перша-п'ята, восьма, одинадцята-п'ятнадцята). Але чотири інші стадії (шоста, сьома, дев'ята і десята) сприймаються неоднозначно.

Кандидат на посаду судді складає два іспити: відбірковий іспит (шоста стадія) і кваліфікаційний іспит (десята стадія). Відбірковий іспит проводиться у формі анонімного *тестування* з метою перевірки рівня загальних *теоретичних* знань кандидата на посаду судді у сфері права, *володіння ним державною мовою*, особистих морально-психологічних якостей кандидата (ч. 1 ст. 73 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”). Кваліфікаційний іспит полягає у виявленні належних *теоретичних* знань та рівня *професійної підготовки* кандидата на посаду судді, *зокрема й отриманого за результатами спеціальної підготовки*, а також ступеня його здатності здійснювати правосуддя. Кваліфікаційний іспит проводиться за допомогою складання кандидатом на посаду судді письмового анонімного *тестування* та виконання анонімно *письмового практичного завдання* з метою виявлення рівня знань, *практичних навичок та умінь у застосуванні закону та веденні судового засідання* (частини 2 і 3 ст. 78 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”).

Два іспити для кандидата на посаду судді були запроваджені Законом України “Про судоустрій і статус суддів” 2010 р.¹⁴ (до речі, визначений у *першій – від 7 липня 2010 р. – редакції Закону* порядок призначення на посаду судді вперше (ст. 66 Закону) включав дванадцять стадій, хоча ці стадії й були співвідносні з п'ятнадцятьма стадіями, передбаченими ч. 1 ст. 70 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р.). Крім того, форма й мета відбіркового та кваліфікаційного іспитів, закріплені в За-

¹⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI (перша редакція – від 7 липня 2010 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2453-17/ed20100707#Text>> (дата звернення: 28.12.2021).

коні України “Про судоустрій і статус суддів” 2010 р. (ч. 1 ст. 68, частини 2 і 3 ст. 70), збігаються з формою й метою цих іспитів за Законом 2016 р.

У пояснювальній записці до проекту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (2010 р.) на обґрунтування необхідності ухвалення акта, серед іншого, було зазначено: “Характерним для сучасного правосуддя є порушення строків розгляду судових справ, низька якість судових рішень <...>. Причинами цього є, зокрема, недосконалість <...> системи добору суддів <...>”¹⁵. Тому законопроектом і запроваджувалася ‘прозора процедура призначення судді на посаду вперше’, яка, серед іншого, передбачала проходження спеціальної підготовки (як теоретичної, так і практичної)¹⁶. Проектом пропонувалося встановити, що спеціальна підготовка кандидата на посаду судді проводиться протягом шести місяців (ч. 3 ст. 68 проекту Закону)¹⁷.

Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України висловило таку позицію з приводу процедури (порядку) призначення на посаду судді вперше:

Проект передбачає *надзвичайно ускладнену* систему добору кандидатів у судді, яка, зокрема, включає складання *двох кваліфікаційних* іспитів, а між ними – обов’язкове проходження 6-місячної “спеціальної підготовки” <...>. Застосування *такої складної та тривалої* системи добору *значно уповільнить формування суддівського корпусу, збільшить кількість вакантних посад у судах* <...>. Окрім цього, при визначенні засад добору кандидатів на посади суддів *слід враховувати*, що відповідні кандидати *уже мають вищу юридичну освіту та 3-річний стаж роботи за фахом*¹⁸.

Можливо, саме прагнучи врахувати ці зауваження Головного науково-експертного управління, народні депутати України під час підготовки проекту Закону до другого читання вносили пропозиції виключити п. 5 ч. 1 ст. 65 Проекту (щодо направлення кандидатів для проходження тео-

¹⁵ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 31 травня 2010 р. <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37806&pf35401=165414>> (дата звернення: 27.12.2021).

¹⁶ Там само 2.

¹⁷ Про судоустрій і статус суддів: проект Закону України від 31 травня 2010 р. № 6450, проект вноситься Президентом України <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37806&pf35401=165411>> (дата звернення: 27.12.2021) 28.

¹⁸ Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (реєстр. № 6450 від 31 травня 2010 року) <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37806&pf35401=165752>> (дата звернення: 27.12.2021) Такі ж зауваження були висловлені й Головним юридичним управлінням Апарату Верховної Ради України. При цьому Головним юридичним управлінням обидва іспити теж були названі “кваліфікаційними” і теж зверталася увага на те, що ‘<...> при визначенні засад добору кандидатів на посади суддів не враховано те, що відповідні кандидати *уже мають вищу юридичну освіту та 3-річний стаж роботи за фахом*’. (Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (реєстр. № 6450 від 30 червня 2010 року) (друге читання) <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37806&pf35401=169469>> (дата звернення: 28.12.2021).)

ретичної складової спеціальної підготовки) (пропозиції 470–474)¹⁹. Цікаву пропозицію вніс також народний депутат В. Стретович: встановити, що теоретичну підготовку не проходять особи, ‘які мають стаж роботи у галузі права не менш як п’ять років’ (пропозиція 476)²⁰. Усі ці пропозиції, проте, були відхилені головним комітетом. Відхилено було й пропозиції народних депутатів про те, що спеціальну підготовку мають проходити не кандидати на посаду судді, а ‘новообрані судді’ (пропозиція 478), і проводиться вона має після прийняття рішення про призначення кандидата на посаду судді (пропозиція 480)²¹. Навпаки, комітет врахував пропозицію групи народних депутатів про збільшення тривалості спеціальної підготовки вдвічі (“Спеціальна підготовка проводиться протягом одного року <...>”) (пропозиція 514)²², проте у прийнятому законі (ч. 3 ст. 69) був закріплений строк підготовки, що пропонувався проектом Закону, – протягом шести місяців.

У 2015 р. Закон України “Про судоустрій і статус суддів” був викладений у новій редакції відповідно до Закону України “Про забезпечення права на справедливий суд”²³. У цій редакції Закону України “Про судоустрій і статус суддів” збільшено до *п’ятнадцяти* кількість стадій у порядку призначення на посаду судді вперше (ст. 66) та збільшено тривалість спеціальної підготовки кандидата на посаду судді (відтепер строк спеціальної підготовки становив дванадцять місяців) (ч. 3 ст. 71). Головне науково-експертне управління було обмежене у часі²⁴ для підготовки висновку на проєкт Закону України “Про забезпечення права на справедливий суд”. Незважаючи на це, Головне науково-експертне управління висловило позицію щодо системи добору кандидатів на посади суддів, і ця система була названа більш складною (порівняно з чинним законодавством)²⁵.

Порядок добору та призначення на посаду судді, передбачений ухваленим у 2016 р. Законом України “Про судоустрій і статус суддів”, має багато спільного з порядком призначення на посаду судді вперше, що був закріплений у Законі України “Про судоустрій і статус суддів” 2010 р., викладеному в новій редакції Законом України “Про забезпечення права на справедливий суд”. Водночас Закон України “Про судоустрій і статус

¹⁹ Порівняльна таблиця до проєкту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (реєстр. № 6450) (друге читання) (6 липня 2010 року) <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=37806&pf35401=169301>> (дата звернення: 27.12.2021) 185–6.

²⁰ Там само 186.

²¹ Там само 186–7.

²² Там само 195–6.

²³ Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12 лютого 2015 р. № 192-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/192-19#n834>> (дата звернення: 28.12.2021).

²⁴ Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проєкт Закону України “Про забезпечення права на справедливий суд” (реєстр. № 1656 від 26 грудня 2014 року) <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=53217&pf35401=322746>> (дата звернення: 28.12.2021) 5.

²⁵ Там само 4.

суддів” 2016 р. дозволив змінювати тривалість спеціальної підготовки: ‘Спеціальна підготовка проводиться протягом дванадцяти місяців (якщо інший строк не визначений рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України) <...>’ (ч. 3 ст. 77). Новелою, крім того, було положення Закону про те, що ‘добір кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, проводиться з особливостями, визначеними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України’ (ч. 2 ст. 70).

У процедурі добору та призначення на посаду судді чи не найбільше уваги привертає те, що кандидат складає не один, а два іспити. Незважаючи на те, що ці іспити складаються на різних етапах добору, вони, проте, мають не тільки відмінне, а й спільне. *Спільне*: обидва іспити передбачають проходження тестування та мають на меті перевірку (виявлення) рівня теоретичних знань кандидата на посаду судді. *Відмінне*: метою відбіркового іспиту є також перевірка рівня володіння кандидатом на посаду судді державною мовою, особистих морально-психологічних якостей кандидата, що вже не перевіряється при кваліфікаційному іспиті, але кваліфікаційний іспит передбачає також виконання письмового *практичного* завдання, при проведенні кваліфікаційного іспиту ставиться мета перевірити *практичні* навички кандидата та його вміння застосовувати закон і вести судові засідання.

Логіка складення двох іспитів, а не одного, можливо, полягала у тому, що відбіркового іспиту буде перевіркою знань, наявних у кандидата на посаду судді до проходження ним навчання (спеціальної підготовки), на кваліфікаційному ж іспиті перевірятимуться знання, набуті під час спеціальної підготовки. Однак такий підхід вразливий із кількох причин:

- складно (та й чи можна взагалі?) провести відмежування одних знань кандидата на посаду судді від інших знань тієї ж людини;
- на чому ґрунтується впевненість у тому, що кандидат на посаду судді *на час складення відбіркового іспиту ще не має* тих знань, які, як передбачається, він має засвоїти під час спеціальної підготовки?

Два іспити – відбіркового і кваліфікаційного – можна порівняти зі вступним випробуванням (іспитом) до закладу вищої освіти й атестацією здобувача вищої освіти, який закінчує навчання у такому закладі. Якщо ж врахувати, що між відбіркового і кваліфікаційного іспитами кандидат на посаду судді проходить ще й спеціальну підготовку, то добір на посаду судді постане перед нами не чим іншим, як *ще однією юридичною освітою*. Отже, для зайняття посади судді *недостатньо мати одну вищу юридичну освіту, а треба здобути ще й другу*. Цей висновок породжує принаймні два запитання: “Чому таку освіту не можна здобути від самого початку?” і “Навіщо витрачати час на здобуття першої вищої юридичної освіти, якщо сумніваємося в її якості?”.

Кваліфікаційний іспит насправді є перевіркою знань, набутих не тільки під час спеціальної підготовки (у ч. 2 ст. 78 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р. так і сказано про це: ‘Кваліфікаційний іспит полягає у виявленні належних теоретичних знань та рівня професійної підготовки кандидата на посаду судді, *у тому числі* отриманого за результатами спеціальної підготовки <...>’), а й в інший час – коли кандидат на посаду судді навчався в юридичному вищому навчальному закладі, працював за фахом. Отже, фактично *ті самі знання перевіряються двічі*. Або інакше: кандидат на посаду судді *двічі складає той самий іспит* (невипадково ж, як зазначалося вище, і Головне науково-експертне управління, і Головне юридичне управління *відбірковий іспит теж назвали кваліфікаційним*).

Крім того, варто врахувати і те, що людина не спонтанно вирішує стати суддею, не від нудьги і не для забави. З цього приводу А. Овсієнко сказав:

Суддя – це професія, якої дуже сильно треба прагнути, треба дуже хотіти ним бути, інакше неможливо мотивувати себе до таких високих вимог і такої величезної відповідальності. <...>

Щоб стати суддею, треба пройти величезний шлях. Процедура, за якою в нашій країні приходять до цієї професії, вимагає значних зусиль та часу. В цю професію неможливо потрапити випадково, про неї треба мріяти, відчувати себе тим, хто несе справедливість²⁶.

Тому людина *тривалий час* готується до іспиту в межах процедури добору на посаду судді. Кандидат, підготовка якого обмежується (вичерпується) знаннями, здобутими під час навчання в юридичному вищому навчальному закладі, *не зможе отримати позитивну оцінку на іспиті*, оскільки ‘<...> якщо юрист протягом 5 років не практикує і не займається самоосвітою, він *повністю втрачає кваліфікацію*²⁷. Значить, ‘закінчення навчального юридичного закладу – лише формальне, а не фактичне свідчення рівня юридичної підготовки²⁸. Але і підготовка має бути *якісною, а не поверховою*: ‘Якщо особа набрала менше 75 відсотків максимально можливого балу кваліфікаційного іспиту, вона вважається такою, що не склала кваліфікаційний іспит²⁹ (ч. 7 ст. 78 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р.). Щонайменше 75 % від максимально можливого балу – це показник високого рівня підготовки.

²⁶ Професію судді можна порівняти з професією лікаря: це ті, від чиїх рішень прямо залежать людські долі: флешінтерв’ю Голови Вищої ради правосуддя Андрія Овсієнка до Дня працівників суду (15 грудня 2020 року) <<https://hcj.gov.ua/news/profesiya-suddi-mozhna-porivnyaty-z-profesiyeyu-likarya-se-ti-vid-chuyih-rishen-pryamo-zalezhat>> (дата звернення: 29.12.2021).

²⁷ О Скаун, *Юридическая деонтология: учебник* (изд 2-е с изм и дополн, Эспада 2006) 103.

²⁸ Там само 37.

²⁹ Схожа вимога також встановлена у ч. 3 ст. 73 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р. щодо визначення за результатами відбіркового іспиту прохідного балу.

Ставлячи вимогу щодо обов'язкового проходження кандидатом на посаду судді спеціальної підготовки, держава тим самим ніби *не довіряє кандидату*, змушує його вчитися далі, *незалежно від того, яким є рівень знань кандидата на посаду судді, встановлений під час відбіркового іспиту*. Така людина, проте, може мати не п'ять, а сім або дев'ять років стажу професійної діяльності у сфері права (не кажучи вже про більший), бути не тільки магістром права, а й кандидатом чи доктором юридичних наук (доктором філософії в галузі права), мати стаж наукової роботи у сфері права, досвід професійної діяльності адвоката і т. д. Якщо ігнорувати ці конкретні досягнення кандидата, неодмінно постане питання про те, *чи довіряє держава хоча б комусь*.

Для прикладу: стаж професійної діяльності у сфері права передбачає виконання певної роботи. Практично ніяк не враховуючи цей стаж у процедурі добору на посаду судді місцевого суду, тим самим ставимо під сумнів якість роботи, яка усі ці роки виконувалася людиною. Ніяк не враховуючи наявність у кандидата на посаду судді суду першої інстанції наукового ступеня, тим самим сумніваємося в *обґрунтованості його присудження, заперечуємо відповідний рівень кваліфікації кандидата*. Не враховуючи наявність у кандидата на посаду судді місцевого суду досвіду професійної діяльності адвоката, тим самим сумніваємося не тільки в професійних якостях такого кандидата (адвокат, до речі, зобов'язаний підвищувати свій професійний рівень (п. 4 ч. 1 ст. 21)³⁰), а й – вдумаємося – у професійності членів кваліфікаційної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, які приймали в особи, що виявила бажання стати адвокатом, кваліфікаційний іспит. *Так не повинно і не може бути*. Порівняймо:

Перед обранням народним суддею міста (Кадіївки. – О. О.) ніхто мене в Луганськ чи Київ не запрошував, ніяких кваліфікаційних комісій я не проходив, бо їх тоді й не було. *Ніхто моїх знань не перевіряв. Вірили диплому та витягу із нього про оцінки з відповідних предметів. Вірили тим викладачам інституту, які ставили ці оцінки*³¹.

Порівняймо також: особа, яка має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права *щонайменше десять років* або має досвід професійної діяльності адвоката *щонайменше десять років* (пункти 2 і 3 ч. 1 ст. 38 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”) може брати участь у конкурсі на посаду судді *Верховного Суду*. Взяти участь у такому конкурсі може й особа, яка має стаж роботи на посаді судді *не менше десяти років* (п. 1 ч. 1 ст. 38 Закону). Інакше кажучи, Закон *прирівнює* стаж

³⁰ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>> (дата звернення: 29.12.2021).

³¹ В Маляренко, *Мій шлях: автобіографічна повість* (Фенікс 2011) 156.

наукової роботи у сфері права та досвід професійної діяльності адвоката до стажу роботи на посаді судді³². Цей висновок узгоджується і з нормою, передбаченою у п. 4 ч. 1 ст. 38 Закону, де встановлено таку вимогу до учасника конкурсу на посаду судді Верховного Суду: *‘Має сукупний стаж (досвід) роботи (професійної діяльності) відповідно до вимог, визначених пунктами 1–3 цієї частини, щонайменше десять років’*³³.

Закон для цілей заповнення вакантної посади судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду, Верховного Суду не тільки прирівнює один до одного певні види роботи (професійної діяльності), а й *не встановлює* вимог щодо складення кандидатом на посаду судді відповідного суду двох іспитів і щодо проходження кандидатом спеціальної підготовки. Професійний рівень кандидата презюмується, хоча ця презумпція і може бути спростована під час кваліфікаційного оцінювання. Таким чином, процедура зайняття посади судді місцевого суду *в частині перевірок рівня професійної підготовки кандидата і проходження ним спеціальної підготовки* є навіть складнішою, ніж процедура зайняття посади судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду або Верховного Суду.

Можливо, держава довіряє помічнику судді. Принаймні, як зазначалося, в Законі України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р. встановлено, що для осіб, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, добір проводиться з особливостями. Ці особливості були визначені, зокрема, в Порядку проходження спеціальної підготовки кандидатами на посаду судді³⁴. Так, Порядком встановлюється (п. 1.2 розділу 1):

Спеціальна підготовка проводиться протягом дванадцяти місяців, якщо інший строк не визначений рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (для кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, *протягом трьох місяців*) <...>.

Порядком передбачені також особливості і в тривалості дня підготовки, тижня підготовки та щодо стажування (абзаци 4 і 5 п. 3.4 розділу 3):

Тривалість дня теоретично-практичної підготовки кандидатів на посаду судді, спеціальна підготовка яких проводиться протягом дванадцяти мі-

³² Схожим чином сформульовані вимоги щодо стажу роботи (досвіду професійної діяльності) кандидатів на посаду судді апеляційного суду (ч. 1 ст. 28 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”), Вищого антикорупційного суду (ч. 2 ст. 33 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, частини 2 і 3 ст. 7 Закону України “Про Вищий антикорупційний суд”), Вищого суду з питань інтелектуальної власності (ч. 1 ст. 33 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”).

³³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 30).

³⁴ Порядок проходження спеціальної підготовки кандидатами на посаду судді: затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 12 лютого 2018 р. № 19/зп-18 <https://vkksu.gov.ua/userfiles/poryadok_prohodjennya.pdf> (дата звернення: 29.12.2021).

сяців, становить не більше восьми академічних годин. Тривалість тижня підготовки таких слухачів становить не більше п'яти днів.

Тривалість дня стажування становить не більше восьми астрономічних годин. Тривалість тижня стажування становить не більше п'яти днів.

Але для кандидатів, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, тривалість дня теоретично-практичної підготовки становить вже чомусь *не більше 12 академічних годин* (включаючи, щоправда, самостійну роботу слухачів), а тривалість тижня підготовки становить чомусь *не більше шести днів* (п. 8.2 розділу 8 Порядку). Програма включає лише теоретично-практичну підготовку та контрольні заходи (п. 8.3 розділу 8 Порядку) і *не включає стажування в місцевих судах та навчальні візити*, що входять до змісту спеціальної підготовки усіх інших кандидатів на посаду судді (абзац 1 п. 4.3 розділу 4 Порядку).

Стаж роботи на посаді помічника судді протягом не менше трьох років ніяк не допоможе кандидату з таким стажем *працювати (навчатися) довше протягом дня і протягом тижня, ніж кандидат, який відповідного стажу не має*. Тому різна тривалість дня і тижня підготовки кандидатів не обумовлена особливостями наявного у них стажу роботи, вона взагалі нічим не обумовлена. Водночас ця різна тривалість дня і тижня підготовки пришвидшує *підготовку* окремих кандидатів на посаду судді, дозволяє *цим окремим* кандидатам *раніше пройти й решту стадій* у процедурі добору, *раніше взяти участь у конкурсі на заміщення вакантної посади судді, раніше стати суддею*. Отже, встановлення різної тривалості дня і тижня підготовки *ставить кандидатів у нерівні умови*.

Кандидат, який має стаж роботи на посаді помічника судді, в багатьох випадках, очевидно, працював *тільки в одному суді* (і зовсім необов'язково – в місцевому). У зв'язку з цим виникає низка запитань: “Якщо кандидат має стаж роботи на посаді помічника судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду або Верховного Суду, то на якій же підставі такий кандидат *не проходить стажування в місцевих судах?*”, “Якщо ж кандидат має стаж роботи на посаді помічника судді місцевого загального суду (*місцевого господарського суду чи місцевого адміністративного суду*), то чому ж тоді цей кандидат не проходить стажування в інших місцевих судах (у місцевих судах інших спеціалізацій)?” і “Чому ж тоді кандидати, які не мають стажу роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, проходять стажування не тільки в місцевому суді *якоїсь однієї спеціалізації, а в місцевих судах усіх спеціалізацій* (причому стажування є *тривалим – 76 робочих днів*³⁵)?”. Погодьмося, що такий підхід, знову-

³⁵ Навчальний план спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді: затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 13 липня 2018 р. № 172/зп-18 <https://vkksu.gov.ua/userfiles/navch_plan1.pdf> (дата звернення: 29.12.2021).

таки, *ставить кандидатів на посаду судді у нерівні умови залежно від виду стажу їх професійної діяльності у сфері права.*

Сказане вище стосується й ознайомчих візитів: спеціальна підготовка кандидата на посаду судді, який є, наприклад, адвокатом, проводиться *без врахування цієї обставини і включає ознайомчі візити в, зокрема, адвокатські бюро (адвокатські об'єднання)*³⁶, а ось спеціальна підготовка кандидата, який *не має досвіду професійної діяльності адвоката*, але має стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, таких візитів вже чомусь *не* включає³⁷. Напрошується висновок: *обізнаність помічника судді у специфіці здійснення адвокатської діяльності є кращою, ніж адвоката – людини, яка сама таку діяльність здійснювала.*

Різною для кандидатів на посаду судді є тривалість теоретично-практичної та самостійної підготовки: для кандидатів, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, тривалість такої підготовки становить 65 робочих днів³⁸, а для інших кандидатів – 95,5 робочих днів³⁹. Однак *наявність у кандидата на посаду судді стажу роботи на посаді помічника судді (незалежно від тривалості) аж ніяк не свідчить про у півтора рази кращий рівень теоретично-практичної підготовки такого кандидата порівняно з кандидатом, який відповідного стажу не має.*

Підхід, за якого тривалість теоретично-практичної підготовки є різною для кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, і для кандидатів, які такого стажу не мають, буде нелогічним ще й в іншому аспекті: кандидат на посаду судді, який *має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової (науково-педагогічної) роботи у сфері права*, при проходженні теоретично-практичної підготовки *не просто не має ніяких переваг* перед кандидатом-помічником судді, а й проходить підготовку *довше і право взяти участь у конкурсі на заміщення вакантної посади судді отримає пізніше.* Кандидат, який має стаж роботи на посаді помічника судді, можливо, навчався за підручником, навчальним посібником, монографією чи статтями такого наукового (науково-педагогічного) працівника, можливо, у своїй діяльності помічник судді користується коментарем (до кодексу або закону), автором (співавтором) якого є цей науковець, і можливо навіть, цей науково-педагогічний працівник викладав у помічника судді, коли той навчався у закладі вищої освіти. Але навчальні плани спеціальної підготовки *цього не враховують* і виходять із того, що теоретично-практична підготовка науковця-кандидата на посаду судді, незважаючи

³⁶ Навчальний план спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді (н 35).

³⁷ Навчальний план спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки: затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 12 лютого 2018 р. № 19/зп-18 <https://vkksu.gov.ua/userfiles/Navch_plan.pdf> (дата звернення: 29.12.2021).

³⁸ Там само 2.

³⁹ Навчальний план спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді (н 35) 2.

на наявність у нього наукового ступеня у сфері права і стажу професійної діяльності у сфері права на посаді наукового (науково-педагогічного) працівника, *не тільки не краща, а гірша* за теоретично-практичну підготовку кандидата зі стажем роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки.

Важливо також, що у Законі України “Про судоустрій і статус суддів” (ч. 2 ст. 70) відсутнє будь-яке застереження щодо *актуальності* стажу роботи на посаді помічника судді. Тому може скластися така ситуація, коли особа, яка в певний період свого життя набула трирічного стажу роботи на посаді помічника судді і п’ятирічного загального стажу професійної діяльності у сфері права, потім *тривалий час не працювала* (зокрема, п’ять років, про які сказала О. Скакун) і *не займалася самоосвітою*, отримує під час добору кандидатів на посаду судді *перевагу* перед кандидатом, який має *безперервний тривалий стаж* професійної діяльності у сфері права, постійно *підвищував свій професійний рівень*, проте не працював помічником судді. Звичайно, кандидату, який вже давно не працював не тільки помічником судді, а й взагалі за фахом, потрібно наполегливо готуватися, щоб успішно скласти спочатку відбірковий, а потім і кваліфікаційний іспит. Однак особливості стажу професійної діяльності такого кандидата у сфері права ніяк не позначатимуться на його підготовці до іспитів (за той час, протягом якого кандидат не працював, законодавство може змінитися настільки суттєво, що підготовка до іспитів перетвориться на майже нове вивчення матеріалу). *І незважаючи на це, такий кандидат все одно бере участь у доборі з особливостями*, які визначаються ВККС України.

Нарешті, у тій-таки ч. 2 ст. 70 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” сказано лише про те, що особливості добору кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки, визначаються рішенням ВККС України, при цьому *хоча б якісь* критерії, за якими мало б визначатися, *у чому полягатимуть такі особливості*, у Законі *відсутні*. Особливості – це відмінності від загального, риси, ознаки, що відрізняють. І ВККС України *формально жодним чином не обмежена* у можливостях встановлювати такі відмінності для кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки. ВККС України, великою мірою, може встановити *які завгодно* відмінності-особливості *для таких* кандидатів. Проте встановлення будь-яких особливостей *для кого б то не було з усіх інших кандидатів* ч. 2 ст. 70 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” *не допускає*. Значить, положення, що розглядається, містить *ризик порушення конституційного принципу рівності* (частини 1 і 2 ст. 24 Основного Закону України) *при застосуванні цього положення*.

Положення ч. 2 ст. 70 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” містить *великі ризики дискримінації* кандидатів на посаду судді *за озна-*

кою виду стажу їх професійної діяльності у сфері права. Водночас інші положення Закону України “Про судоустрій і статус суддів” вказують на те, що всі кандидати на посаду судді мають бути рівними, незалежно від того, стаж якої саме професійної діяльності у сфері права вони мають. Так, конкурс на зайняття вакантної посади судді полягає у визначенні учасника конкурсу, який має вищу позицію за рейтингом (ч. 12 ст. 79 Закону). А в ч. 13 тієї ж статті встановлено:

У разі однакової позиції за рейтингом серед кандидатів на посаду судді та суддів, які виявили намір бути переведеними до іншого місцевого суду, перевага надається учаснику, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час кваліфікаційного іспиту практичного завдання, а за однакової кількості балів – учаснику, який є суддею. За однакових результатів у конкурсі учасників, які є суддями, перевага надається тому учаснику, який має більший стаж роботи на посаді судді. У разі якщо учасники не мають стажу роботи на посаді судді або мають однаковий стаж роботи на посаді судді, перевага надається учаснику, який має більший стаж професійної діяльності у сфері права.

Як бачимо, *навіть* стаж роботи на посаді судді не дає учаснику конкурсу жодних переваг на першому і другому етапах визначення переможця – на першому етапі перевагу обґрунтовано має учасник, який краще склав кваліфікаційний іспит (і має вищий загальний бал), а на другому – учасник, який краще виконав практичне завдання. *І лише якщо ні на першому, ні на другому етапах переможця не визначено*, певна перевага надається суддям. Перевага надається також учаснику конкурсу, який має *більший стаж професійної діяльності у сфері права*. Стаж роботи на посаді помічника судді за змістом Закону України “Про судоустрій і статус суддів” жодних переваг учаснику конкурсу перед іншими учасниками не дає.

Сьогодні неоднозначно сприймається також положення ч. 1 ст. 73 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” щодо встановлення *такої мети відбіркового іспиту*, як перевірка рівня володіння кандидатом на посаду судді державною мовою. Звичайно, оскільки на посаду судді може бути призначений лише громадянин України, який *володіє державною мовою* (ч. 3 ст. 127 Конституції України), то й однією з вимог, що висуваються до кандидатів на посаду судді, є вимога про володіння державною мовою *відповідно до рівня, визначеного Національною комісією зі стандартів державної мови* (ч. 1 ст. 69 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, ч. 2 ст. 9 Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”⁴⁰). Рівень володіння держав-

⁴⁰ Про забезпечення функціонування української мови як державної: Закон України від 25 квітня 2019 р. № 2704-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19#Text>> (дата звернення: 09.01.2022).

ною мовою суддею засвідчується державним сертифікатом про рівень володіння державною мовою, що видається Національною комісією зі стандартів державної мови, і цей сертифікат має бути поданий особою до призначення на посаду судді (частини 2 та 4 ст. 10 Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”). Якщо ж кандидат на посаду судді складатиме іспит з державної мови в межах відбіркового іспиту (як це передбачено зараз), то рівень володіння таким кандидатом державною мовою *перевірятиметься двічі*: під час відбіркового іспиту (відповідно до Закону України “Про судоустрій і статус суддів”) і під час іспиту на рівень володіння державною мовою (відповідно до Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”). Але *ніякої необхідності у тому, щоб двічі перевіряти рівень володіння кандидатом на посаду судді державною мовою, немає*.

Висновки. Досить багато посад суддів в Україні зараз не заповнені. Одна з причин цього полягає у тому, що порядок добору та призначення на посаду судді місцевого суду, встановлений Законом України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р., є складним і тривалим у часі. Передбачені цим порядком два іспити (відбіркового і кваліфікаційного) насправді мають багато спільного один з одним і навіть можуть бути перевіркою тих самих знань кандидата на посаду судді. Спеціальна підготовка кандидата на посаду судді проводиться незалежно від того, наскільки якісними є знання кандидата на посаду судді. Добір окремих кандидатів (які мають стаж роботи на посаді помічника судді щонайменше три роки) проводиться з особливостями. При цьому ніякий інший стаж професійної діяльності у сфері права не є підставою для проведення добору кандидатів, що мають такий стаж, з особливостями (навіть стаж, який дає право взяти участь у конкурсі на посаду судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду або Верховного Суду). Встановлення певних особливостей для окремих кандидатів призводить на практиці до пришвидшення добору для них, отже, до надання їм переваг за ознакою виду стажу професійної діяльності у сфері права.

З метою усунення виявлених недоліків порядок добору та призначення на посаду судді доцільно удосконалити: скасувати відбіркового іспит і спеціальну підготовку, а також будь-які особливості для кандидатів на посаду судді, які мають стаж роботи на посаді помічника судді. Крім того, потрібно врахувати вимоги Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”. Зміни до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” 2016 р. можуть бути такими:

- 1) у пунктах 5, 6, 7 ч. 1 ст. 70 слова “відбіркового іспиту” замінити словами “кваліфікаційного іспиту”;
- 2) у п. 8 ч. 1 ст. 70 слова “відбіркового іспит” замінити словами “кваліфікаційний іспит”;

- 3) пункти 9 і 10 ч. 1 ст. 70 виключити;
 - 4) ч. 2 ст. 70 виключити.
- З урахуванням цих змін відповідні зміни мають бути внесені до статей 72–74, 77, 78, 93, 105 Закону.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Maliarenko V, *Mii shliakh: avtobiohrafichna povist* (Feniks 2011) (in Ukrainian).
2. Skakun O, *Juridicheskaja deontologija: uchebnik* (Izd 2-e s izm i dopoln, Jespada 2006) (in Russian).

Websites

3. Eksklyuzivne interv'iu v. o. Holovy Vyshchoi rady pravosuddia O. Malovatskoho dlia Informatsiinoho ahentstva "Ukrainski novyny" (30.09.2021) <<https://court.gov.ua/press/interview/1186872/>> (accessed: 23.12.2021) (in Ukrainian).
4. Holova Kasatsiinoho kryminalnogo sudu u skladi Verkhovnoho Sudu Stanislav Kravchenko: Nam bude vazhko podolaty kadrovu kryzu cherez zvilnennia suddiv ta tryvalu protseduru pryznachennia novykh. Interv'iu S. Kravchenka "Sudoviurydychnii hazeti" (06.10.2021). Interv'iu vziav V. Khrypun <https://sud.ua/ru/news/publication/215862-golova-kasatsiynogo-kriminalnogo-sudu-u-skladi-verkhovnogo-sudu-stanislav-kravchenko-nam-bude-vazhko-podolati-kadrovu-kryzu-cherez-zvilnennya-suddiv-ta-trivalu-protseduru-pryznachennya-novykh?fbclid=IwAR1g9eE1te7pSk_13GS6nYQzcfenW4BunjAVXdp14jSfYXmnpaMgR89-PHM> (accessed: 24.12.2021) (in Ukrainian).
5. Komentar chlena Vyshchoi rady pravosuddia Oleha Prudyvusa dlia telekanalu "Inter" shchodo kadrovoho zabezpechennia sudiv (28.12.2021) <<https://hcj.gov.ua/video/komentar-olega-prudyvusa-tk-inter-shchodo-kadrovogo-zabezpechennya-sudiv>> (accessed: 02.01.2022) (in Ukrainian).
6. Profesiia suddi mozha porivniaty z profesiieiu likaria: tse ti, vid chyikh rishen priamo zalezhat liudski doli: fleshinterv'iu Holovy Vyshchoi rady pravosuddia Andriia Ovsienka do Dnia pratsivnykiv sudu (15 hrudnia 2020 roku) <<https://hcj.gov.ua/news/profesiya-suddi-mozhna-porivnyaty-z-profesiyeyu-likarya-ce-ti-vid-chyiyh-rishen-priamo-zalezhat>> (accessed: 29.12.2021) (in Ukrainian).
7. Sudebnye riski. 'Esli sud budet orientirovat'sja na politiku, on perestanut byt' sudom', – uveren Aleksej Malovackij, zamestitel' Predsedatelja Vysshogo soveta pravosudija. Interv'ju A. Malovackogo "Juridicheskoy praktike". Vzial interv'ju A. Nasadjuk (2020) 28-29 Juridicheskaja praktika <<https://pravo.ua/articles/sudebnye-riski/>> (accessed: 24.12.2021) (in Russian).
8. V Ukraini 137 tysiach hromadian ne maiut dostupu do sudiv – v. o. Holovy Vyshchoi rady pravosuddia Oleksii Malovatskyi. Interv'iu O. Malovatskoho dlia Internetvydannia "Apostrof" (15.12.2021). Interv'iu vziav D. Zakharov <<https://court.gov.ua/press/interview/1229664/>> (accessed: 22.12.2021) (in Ukrainian).
9. Vystup Holovy Verkhovnoho Sudu V. Kniazieva na zasidanni Rady suddiv Ukrainy 13 hrudnia 2021 roku. YouTube kanal Rady suddiv Ukrainy <<https://www.youtube.com/watch?v=TmvGDwP7xvY>> (accessed: 02.01.2022) (in Ukrainian).

10. Zastupnyk Holovy VS, holova KHS Bohdan Lvov: 'Tedynyi pravylni shliakh rozvytku sudovoi systemy – robota nad yakistiu'. Interv'iu B. Lvova dlia vydannia "Zakon i biznes". Interv'iu vziala V. Podoliaka (2021) 42-43 Zakon i biznes <https://zib.com.ua/ua/149418-ediniy_pravilnyy_shlyah_rozvitku_sudovoi_sistemi__robota_nad.html> (accessed: 24.12.2021) (in Ukrainian).
11. Zastupnyk Holovy Vyshchoi rady pravosuddia Oleksii Malovatskyi: bud-iakyy novostvorenny orhan, ne maiuchy konstytutsiinoho statusu, ne mozhe zdiisnyuvaty kontrol nad konstytutsiinym orhanom, yakym ye VRP. Interv'iu O. Malovatskoho "Sudovo-iurydychnii hazeti" (27.06.2020). Vziav interv'iu V. Khrypun <<https://sud.ua/ru/news/publication/172311-zastupnik-golovi-vischoyi-radi-pravosuddya-oleksiy-malovatskiy-bud-yakiy-novostvorenny-organ-ne-mayuchi-konstitutsiynogo-statusu-ne-mozhe-zdiysnyuvaty-kontrol-nad-konstitutsiynim-organom-yakim-ye-vrp>> (accessed: 24.12.2021) (in Ukrainian).

Oleksandr Obodovskiy

ON THE IMPROVEMENT OF THE PROCEDURE FOR SELECTION FOR AND APPOINTMENT TO LOCAL COURT'S JUDICIAL OFFICE

ABSTRACT. A significant number of judicial offices in Ukraine are vacant. And today the situation with the deficit of staff in the courts approaches already to critical. This was due to several reasons. One of them is the complex procedure for selection for and appointment to judicial office which includes many stages. The implementation of these stages takes long time. Therefore, even such long terms as two or three years are quite optimistic in this case.

The purpose of the article is to define the directions of the improvement of the procedure for selection for and appointment to local court's judicial office and to formulate the relevant practical recommendations.

The stages within the procedure for selection for and appointment to judicial office are different in their nature and significance. Without some of them the selection is impossible to imagine, other stages are introduced into the procedure for selection for and appointment to judicial office to comply with constitutional requirements. But there are doubts about the validity of the introduction of several stages into the procedure for selection.

Candidates for judicial office take two examinations: the selection examination and the qualification examination. Between these examinations candidates receive also a long-time special training. This approach turns the procedure for appointment to judicial office into obtaining another legal education.

Both examinations are a verification of the same person's knowledge and the knowledge that are verified may be the same. This knowledge was acquired by the candidate for judicial office not necessarily during the special training; maybe the candidate had acquired it during the studying at a higher education institution or during professional activity in the field of law, or during self-training.

Despite the level of knowledge of candidate for judicial office established by the selection examination the state as if distrusting the person requires that the candidate studies further namely receives special training. But the person may have an academic degree in the field of law and long-time academic experience, may have professional experience as a lawyer during long time and these concrete achievements of the candidate

indicate the level of his/her knowledge, and under certain conditions such person can participate in a competition to judicial office in an appellate court, a high specialized court or the Supreme Court. Despite this the law does not provide for any simplifications of the procedure for appointment to local court's judicial office for such candidates.

For candidates who have at least three years of experience as judicial assistants the selection shall be carried out with the special provisions determined by a decision of the High Qualification Commission of Judges of Ukraine [HQCJ of Ukraine]. Such legal regulation puts candidates for judicial office in unequal conditions.

It is expedient to improve the procedure for selection for and appointment to judicial office by abolishing the selection examination and special training and establishing the same rules for participation in the selection for all candidates regardless of the kind of their professional experience in the field of law.

KEYWORDS: selection for and appointment to judicial office; deficit of staff; selection examination; qualification examination; special training; professional experience in the field of law; candidate for judicial office.

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

НАЯВНІСТЬ РІЗНИХ ДОКТРИНАЛЬНИХ ТЛУМАЧЕНЬ НЕ Є БЕЗУМОВНОЮ ОЗНАКОЮ ВИКЛЮЧНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОБЛЕМИ, А СВІДЧИТЬ ЛИШЕ ПРО РІЗНОМАНІТНІСТЬ ВІТЧИЗНЯНИХ НАУКОВО-ПРАВОВИХ ШКІЛ*

ВСТАНОВИВ:

<...>

3. Короткий зміст вимог касаційної скарги та узагальнення її доводів ТОВ “Восход Солар”, не погоджуючись із судовими рішеннями у даній справі, звернулося до Верховного Суду із касаційною скаргою, в якій, посилаючись на порушення судами норм матеріального та процесуального права, просить їх скасувати, прийняти нове рішення, яким в позові відмовити повністю.

Скаржник наполягає на тому, що суди попередніх інстанцій, вказуючи на правомірність додаткових договорів до депозитних договорів від 17.06.2014 р. та від 20.06.2014 р., неправильно застосували ст. ст. 204, 512, 514, 638, 640, 651, 653 ЦК України. Вказує, що з 16.06.2014 р. відповідач став кредитором за депозитними договорами, відтак, оскільки саме відповідач з 16.06.2014 р. був стороною депозитних договорів, то банк міг укладати додаткові договори до основних договорів лише з відповідачем. На думку скаржника, укладені між банком та третіми особами додаткові договори не змінюють обов’язків та прав банку та відповідача за депозитними договорами, оскільки не були укладені сторонами цих договорів.

Також у скарзі зазначається, що суди попередніх інстанцій помилково не застосували до правочинів з зарахування однорідних вимог, оформлених заявами від 17.06.2014 р., 27.06.2014 р., 27.08.2014 р., 25.10.2018 р., 26.11.2018 р. положення ст. 204 ЦК України щодо презумпції правомірності правочину.

Скаржник вважає, що висновки суду першої інстанції та суду апеляційної інстанції про те, що зустрічні зобов’язання за депозитними договорами, які виражені в гривні та євро, є неоднорідними по відношенню до зобов’язань за кредитним договором, вираженим у доларах США, базуються на неправильному застосуванні судами ст. ст. 8, 192, 601 ЦК України, ст. ст. 1, 3, 8 Декрету “Про систему валютного регулювання і валютного контролю”.

www.pravoua.com.ua

* Витяг із постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 22 серпня 2019 р. № 915/146/15 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/83822363>> (дата звернення: 10.01.2022).

Також стверджує, що суди першої та апеляційної інстанцій дійшли висновку про те, що станом на 25.10.2018 р. не відбувся залік зустрічних однорідних вимог за кредитним договором та договором № ДЮО-01-01815, кредитним договором та договором № ДЮО-01-01816, кредитним договором та договором на обслуговування банківських рахунків суб'єкта господарювання № 2600530110142 від 04.07.2012 р. внаслідок неправильного застосування п. 8 ч. 2 ст. 46 Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб”.

Крім того у скарзі зазначається, що враховуючи визнання позивачем заборгованості за договором від 04.07.2012 р., беручи до уваги приписи ст. ст. 75, 165 ГПК України, висновок суду про неможливість зарахування вимог за кредитним договором та договором від 04.07.2012 р. є неправильним.

Скаржник вказує, що до початку підготовчого засідання адвокатом подано заяву про відвід двом суддям з колегії суддів апеляційного суду з підстав порушення порядку визначення суддів, проте апеляційний суд залишив таку заяву без розгляду, чим порушив вимоги ст. ст. 35, 39 ГПК України.

В доповненнях до касаційної скарги скаржник посилається на практику Верховного Суду щодо застосування ст. 204 ЦК України по відношенню до заяв про зарахування зустрічних однорідних вимог, вважає наявною виключну правову проблему, яка полягає у різному підході суду касаційної інстанції до застосування та тлумачення ст. 204 ЦК України щодо односторонніх правочинів та у систематичному ігноруванні судами презумпції правомірності одностороннього правочину, що порушує принцип правової визначеності.

Також зазначає, що застосування у даній справі висновків, викладених в постанові Великої Палати Верховного Суду у справі № 914/3217/16, в якій предметом позову було визнання недійсним правочину про зарахування зустрічних вимог, є неправомірним.

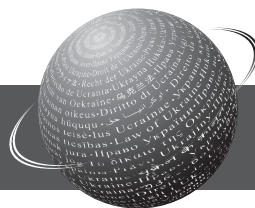
Враховуючи наявність у справі № 915/146/19 протилежних висновків чотирьох видатних науковців – членів НКР, посилаючись на відсутність послідовної практики щодо можливості зарахування зустрічних однорідних вимог, виражених у різних валютах, скаржник вважає, що в межах цієї справи існує виключна правова проблема, яка має бути вирішена Великою Палатою Верховного Суду.

У зв'язку з цим скаржник просить передати справу № 915/146/15 на розгляд Великої Палати Верховного Суду.

Розглянувши клопотання щодо передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду, *Верховний Суд не знаходить підстав для його задоволення, оскільки не вбачає, виходячи з обставин справи, встановлених судами попередніх інстанцій, виключної правової проблеми у право-*

НАЯВНІСТЬ РІЗНИХ ДОКТРИНАЛЬНИХ ТЛУМАЧЕНЬ НЕ Є БЕЗУМОВНОЮ ОЗНАКОЮ ВИКЛЮЧНОЇ ПРАВОВОЇ...

застосуванні під час вирішення даного спору. Наявність різних доктринальних тлумачень правових норм не є безумовною ознакою виключної правової проблеми в контексті ст. 302 ГПК України, а свідчить лише про різноманітність вітчизняних науково-правових шкіл. Аргументи відповідача про різницю в підході Верховного Суду до застосування ст. 204 ЦК України Верховний Суд також не вважає належними, оскільки ст. 204 ЦК України застосовується Верховним Судом в залежності від фактичних обставин справи, наявності або відсутності підстав прямого застосування положень ст. 602 ЦК України тощо.



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на I півріччя 2022 р. (с. 159)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

2
2022

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 14.02.2022. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 14,95. Обл.-вид. арк. 15,69.
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.