

01/2021

# ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

01/21

# ReOS

**Recht der Osteuropäischen Staaten**

# Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



**Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)** –  
scientific journal of legal sciences founded  
by University of Göttingen (Germany)  
with the purpose of knowledge sharing between  
Western and Eastern Europe.

## ***Publisher:***

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

## ***Editorial board:***

Prof. Dr. **Toma Birmontienė**, Professorin am Laboratorium für Menschenrechte, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Prof. Dr. habil. **Sabina Grabowska**, University of Rzeszow (Polen)

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. habil. **Joanna Marszalek-Kawa**, Nicolaus Copernicus University (Polen)

Prof. Dr. **Roman Melnyk (Schriftleitung)**, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. jur. **Bernhard Schloer**, DAAD-Langzeitdozent, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. **Agne Tvaronaviciene**, Postdoc am Laboratorium für Mediation und nachhaltige Konfliktlösung, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Dr. iur. **Azamat Egamberdiev**, Dozent des Lehrstuhls für Staatsrecht und Staatsverwaltung der Taschkenter Staatlichen Juristischen Universität beim Justizministerium der Republik Usbekistan

## **Partners**



**Netzwerk Ost-West**



**Rechtsdialog.org**

[www.uni-goettingen.de/reos](http://www.uni-goettingen.de/reos)

01/2021

ISSN 2199-6245

# ReOS 01 / 2021

## Inhaltsverzeichnis

The reconsideration of concepts of understanding the legal nature of expropriation <i>Antonenko Anastasiia</i> .....	4
Acts approved by the administrators of the Ukrainian country code top-level domains: legal nature and force <i>Bulat Nataliia</i> .....	11
Theoretical and legal concept of “environmental activities”: conceptual framework <i>Holovko Alina</i> .....	18
Grounds for ending of marriage in states of the world: comparative and law research <i>Hrytsyshyna Larysa</i> .....	25
Improving the WTO dispute settlement mechanism and its effectiveness in ensuring compliance with the TRIPS Agreement <i>Hudkov Illia</i> .....	32
Nullum crimen, nulla poena sine lege in the practice of the Constitutional courts of Ukraine and Germany <i>Demchuk Pavlo</i> .....	38
Judicial bodies in the fight against crime in the western regions of the Ukrainian SSR 1944–1953 <i>Dumanivska Alla</i> .....	45
Ethical principles of interaction of a judge with litigants <i>Kondratova Iryna</i> .....	52
Signs of in vitro embryos as special objects of civil rights <i>Krushelnytska Hanna</i> .....	59
Problematic issues of normative regulation of the procedure for providing international legal assistance in seizing property under the legislation of the Republic of Poland <i>Lozova Olena</i> .....	66
The foundations of evidence in electronic form <i>Naichenko Alona</i> .....	73
Security purchase – sale construction according to Article 597-13 Civil Code of Ukraine: the problem of practical implementation <i>Riabchynska Anastasia</i> .....	79
Problems of ensuring reasonable time limits in judgments of the European Court of Human Rights in connection with the postponement of judicial proceedings in criminal proceedings <i>Senyk Taras</i> .....	85
Judicial control vs control of the Ministry of Justice of Ukraine over the activity of private executors: problem aspects <i>Snidevych Oleksandr, Maliarchuk Liubov</i> .....	90
Tax dispute in system of public legal disputes: legal nature, notion, content <i>Sokolov Andrii</i> .....	98
Categories of “owelty” and “equality” search for a place within the constitutional and legal status of a human being <i>Chekhovych Tetiana, Melnyk Roman</i> .....	105

## The reconsideration of concepts of understanding the legal nature of expropriation

*Antonenko Anastasiia*

*Postgraduate Student at the Administrative Law and Process Department  
Institute of Law  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article addresses the issue of the relevance of the concepts of understanding the legal nature of expropriation. To achieve the objectives of the article, the author focuses on the analysis of four main arguments which are used by scholars to justify the full or partial private-law nature of expropriation and thus to deny the public-law concept of its understanding. The author calls “indemnification the owner of the expropriated property” as the first argument which is characterized by scholars as one of the principles of civil law. Based on the analysis of current legislation and comparison of the relations of indemnification and expropriation, the author concludes that the principle of indemnification is not inherent in the relationship of expropriation. The second argument which is highlighted in the article is “full remuneration of the owner of the expropriated property”. The author characterizes it as a condition of the observance of the constitutional principle of inviolability of the right of private property, that in turn due the implementation of the principles of legality and the rule of law which are mandatory for Public administration to follow. Therefore, the fact of full remuneration to the owner of the expropriated property is not evidence of the private-law nature of expropriation. The third argument which is described in the article is “equality of the parties”. The author argues that this principle is no longer purely private-law principle and today it is also inherent in administrative-law relations. The last argument is the “property character of the relations”. The author argues that this argument is weak due to the fact that administrative-law relations also can have a property character. The author comes to the conclusion that the arguments which are used by scholars for substantiation of the private-law and mixed concepts of understanding expropriation are not relevant.

### Перегляд концепцій розуміння правової природи експропріації

*Антоненко Анастасія Василівна*

*аспірантка кафедри адміністративного права та процесу  
Інституту права*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

#### Вступ

Відносини, які виникають з приводу відчуження об’єктів приватної власності для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності (експропріації), поєднують у собі публічно-правові та приватноправові риси, що визнавалось вченими ще у дореволюційні часи та не викликає заперечень серед сучасних науковців. У розрізі поділу права на приватне і публічне, визнаного ще з часів Римської імперії, така комбінація властивостей

експропріації логічно викликала запитання і дискусії серед учених стосовно доцільності її віднесення до приватноправових або публічно-правових явищ. Це вплинуло на формування кількох концепцій розуміння експропріації: приватноправової (згідно з якою вона розглядається як приватноправовий інститут), публічно-правової (в межах якої доводиться її публічно-правова природа) та змішаної (для якої характерне обґрунтування публічно-приватної природи експропріації). Кожна з них і натеper знаходить

своїх прибічників, які переважно спираються на ті самі аргументи, що й їхні дореволюційні попередники. Однак як час не стоїть на місці, так і суспільство, держава і відносини, які виникають між ними, перебувають у постійному розвитку. Відповідно, опосередковуючі їх право та юриспруденція не залишаються статичними, щоб відповідати вимогам часу та задовольняти потреби людини і суспільства. З огляду на це, сформовані у дореволюційні часи теорії мають переглядатись з точки зору їх актуальності у сучасних умовах нормативно-правового регулювання і розвитку правової науки.

З огляду на це **метою статті** є перегляд концепцій розуміння правової природи експропріації.

### Виклад основного матеріалу

Пристаючи до викладу основного матеріалу, зауважимо, що аналіз та узагальнення дореволюційних і сучасних наукових джерел дозволяє виділити низку обставин, які використовуються вченими для аргументації повної або щонайменше часткової приватноправової природи експропріації та заперечення тим самим публічно-правової концепції її розуміння. Серед них основними є такі як: відшкодування збитків власнику експропрійованого майна; повна винагорода власника експропрійованого майна; рівність сторін; майновий характер відносин. Розглянемо кожний з них.

**1. Відшкодування збитків власнику експропрійованого майна.** М.В. Венеціанов характеризував його як принцип приватного права, на якому заснована обов'язковість винагороди власника експропрійованого майна, що здійснюється в його (приватних) інтересах<sup>1</sup>. Наявність цього приватноправового елемента у відносинах експропріації заважала визнанню його публічно-правової

природи<sup>2</sup>. Проте, зважаючи на чинне законодавство, ми не можемо погодитись ані з таким формулюванням, ані зі значенням такої обставини, як аргументу на користь приватноправової концепції.

По-перше, винагорода за відчужуване майно та відшкодування збитків, які несе власник, на нашу думку, є зовсім різними правовими категоріями як з логіко-семантичної точки зору, так і з огляду на їх зміст. Так, відповідно до низки нормативно-правових актів під винагородою розуміється будь-яка одноразова (а також періодична, щоквартальна, щомісячна, річна тощо) виплата<sup>3</sup>. Тоді, вочевидь, у першому випадку досить тільки наявності майна, щоб отримати виплату його повної вартості, або, іншими словами, винагороду. У другому ж – необхідною є наявність збитків, під якими згідно з ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України<sup>4</sup> розуміються: втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати,

<sup>2</sup> Венеціанов М. Экспропріація съ точки зрѣнія гражданскаго права. Казань : Типографія Императорскаго Университета, 1891. С. 60.

<sup>3</sup> Методичні рекомендації щодо організації матеріального стимулювання праці працівників підприємств і організацій : Наказ Міністерства праці та соціальної політики України від 29 січня 2003 р. № 23. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0023203-03/ed20030129/fin?text=%C2%E8%ED%E0%E3%EE%F0%EE%E4%E0#Text>;

Про внесення змін до Положення про патентно-ліцензійну, винахідницьку та раціоналізаторську роботу : Наказ Міністерства оборони України від 30 червня 2010 р. № 338. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z0882-10/ed20101018/fin?text=%C2%E8%ED%E0%E3%EE%F0%EE%E4%E0#Text>;

Методичні рекомендації щодо оплати праці працівників малих підприємств від 19 серпня 2004 р. № 186. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0186203-04/ed20040813/fin?text=%C2%E8%ED%E0%E3%EE%F0%EE%E4%E0#Text>;

Про затвердження Положення про патентно-ліцензійну, винахідницьку та раціоналізаторську роботу в Збройних силах України : Наказ Міністерства оборони України від 5 березня 2001 р. № 78. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z0250-01/ed20101018/fin?text=%C2%E8%ED%E0%E3%EE%F0%EE%E4%E0#Text>;

Про затвердження Порядку реалізації товарів на митних аукціонах, редукаціях та визнанні такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 4 грудня 2019 р. № 1050. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1050-2019-%D0%BF/ed20191204#n19>.

<sup>4</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

<sup>1</sup> Венеціанов М. Экспропріація съ точки зрѣнія гражданскаго права. Казань : Типографія Императорскаго Университета, 1891. С. 60, 65.

які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Закон України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності»<sup>5</sup> також розрізняє збитки та вартість експропрійованого майна, які у своїй сукупності становлять ціну викупу (ч. 1 ст. 5). Тому, на нашу думку, варто говорити окремо про цивільно-правові принципи відшкодування збитків та повної винагороди власника відчужуваного майна. Останній, до речі, виокремлюється певними науковцями, тому ми прокоментуємо це нижче.

По-друге, коли йдеться про відшкодування збитків, то фактично відповідно до ст. 22 ЦК України мається на увазі принцип відшкодування майнової (або матеріальної) шкоди, яка своєю чергою виражається у збитках. Проте для його застосування є важливим факт порушення цивільного права особи, оскільки тільки у цьому разі особа набуває право на відшкодування майнової шкоди (ч. 1 ст. 22 ЦК України). У ч. 1 ст. 1166 ЦК України це положення розкривається детальніше шляхом уточнення, що відшкодуванню у повному обсязі підлягає майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи. Звідси робимо висновок, що для відшкодування майнової шкоди важливою є також наявність неправомірного характеру рішень, дій чи бездіяльності, внаслідок яких було порушено цивільне право, та наявність шкоди, завданої безпосередньо майну.

<sup>5</sup> Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності : Закон України від 17 листопада 2009 р. № 1559-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2010. № 1. Ст. 2.

Але ці невід'ємні і важливі риси приватно-правового принципу відшкодування майнової шкоди, які визначають межі та умови його застосування, цілком і повністю не властиві відносинам експропріації. Так, по-перше, експропріація не є неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, натомість це цілком законна діяльність, передбачена чинним законодавством (звичайно, якщо під час її здійснення будуть дотримані принципи законності та верховенства права). По-друге, під час експропріації з метою дотримання принципу непорушності права приватної власності та забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, включаючи цивільні права особи, виконуються такі правила: експропріація застосовується лише як виняток та у чітко визначених законом випадках (з визначених законом підстав) і порядку; експропріація здійснюється тільки за умови попереднього і повного відшкодування вартості відчужуваних об'єктів приватної власності. З цього випливає, що у відносинах експропріації відшкодування вартості здійснюється з метою недопущення порушення, зокрема цивільних прав, а не внаслідок його вчинення.

І наостанок зауважимо, що відшкодування збитків, які особа несе у зв'язку з тим, в яке становище вона потрапляє, тобто внаслідок викупу (а не внаслідок порушення її цивільних прав), є лише одним з елементів, які формують викупну ціну експропрійованого майна. Тобто фактично тут застосовується не принцип відшкодування майнової шкоди, а скоріше принцип повної винагороди. Однак і тут маємо зробити певні зауваження. На нашу думку, варто зважати на той факт, що така умова сформульована у ст. 41 Конституції України, а отже, вона має засадничий характер. Тоді чому йдеться про приватноправові (цивільно-правові) принципи (які, як ми показали вище, стосуються відносин, що не мають нічого спільного з відносинами експропріації), якщо має місце чітко сформульований та конституційно закріплений спеціально-правовий прин-



цип експропріації – принцип попереднього і повного відшкодування повної вартості відчужуваних у порядку експропріації об'єктів приватної власності?! Можливо, це зумовлене спробою правознавців підтягнути окремі правові конструкції під ознаки цивільно-правових і за наявності схожих елементів визнати їх ідентичними?!

Так чи інакше, підсумуємо, що, на нашу думку, принцип відшкодування збитків не властивий відносинам експропріації, а тому не може використовуватись як аргумент на користь визначення його правової природи.

**2. Повна винагорода власника експропрійованого майна.** Такий аргумент окремо від принципу відшкодування збитків виділяв, наприклад, Є.В. Васьковський, який характеризував його як притаманний експропріації приватноправовий принцип повної винагороди власника за відчуження його майна<sup>6</sup>. Сучасні вчені, серед яких – Є.П. Суєтнов та А.Б. Наконечний, також враховують цей аргумент як істотний для визнання змішаної природи експропріації<sup>7</sup>.

Частково ми вже розкрили свою позицію щодо цього принципу вище, ведучи мову про спеціально-правовий принцип, властивий саме відносинам експропріації, – принцип попереднього і повного відшкодування повної вартості відчужуваних у порядку експропріації об'єктів приватної власності. Іншими словами, відносини експропріації побудовані не на приватноправовому принципі повної винагороди, а на зазначеному, властивому лише йому конституційно-правовому прин-

ципі. Що однак не перешкоджає реалізації також приватноправових приписів під час його дотримання, наприклад, коли у формуванні викупної ціни враховуються можливі збитки і тому відшкодовуються. Однак це робиться з метою дотримання конституційно-правових приписів, адже як суспільні відносини та зв'язки між собою пов'язані і переплітаються, так взаємопов'язані між собою і різноманітні правові норми, стосовно чого зазначимо таке.

По-перше, дотримання прав і свобод людини, правових норм та принципів, законів та підзаконних нормативних актів є складником принципу законності та принципу верховенства права, яких суб'єкти публічної адміністрації мають суворо дотримуватись у своїй діяльності, що, зокрема, впливає зі ст.ст. 6, 19 Конституції України<sup>8</sup>, а також низки нормативно-правових актів, якими затверджено правовий статус та засади діяльності суб'єктів публічної адміністрації. Але дотримання ними правових настанов не впливає на публічно-правовий характер їхньої діяльності та не змінює правову природу відносин, у які вони вступають, виконуючи публічно-владні повноваження, з кожною нормою, принципом або нормативно-правовим актом. Та це й неможливо, оскільки кожна дія суб'єкта публічної адміністрації передбачає дотримання одночасно всіх нормативно-правових актів, які мають стосунок до цієї дії та до цього суб'єкта. Для прикладу зазначимо, що факт утримання від хабарництва не робить відносини з надання адміністративних послуг кримінально-правовими. За такою логікою дотримання цивільних прав громадян, цивільно-правових принципів також автоматично не робить приватноправовою діяльність органів публічної влади з відчуження об'єктів приватної власності для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності.

По-друге, дотримання принципу повного відшкодування власнику експропрійованого

<sup>6</sup> Васьковській Є.В. Учебникъ гражданского права. Выпускъ II. Вещное право. С.-Петербургъ : Изданіе юридическаго книжнаго магазина Н.К. Мартынова, 1896. С. 165.

<sup>7</sup> Наконечний А.Б. Примусове відчуження земельних ділянок за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.06. Одеса, 2015. С. 27.

Суєтнов Є.П. Юридична природа інституту відчуження земельних ділянок і розміщених на них нерухомих об'єктів для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності. *Правова доктрина – основа формування правової системи держави* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України та обговоренню п'ятитом. моногр. «Правова доктрина України», 20–21 листопада 2013 р. Харків : Право, 2013. С. 521–525.

<sup>8</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141.



майна його вартості є невід'ємною та безпосередньою умовою дотримання конституційно-правового принципу непорушності права приватної власності (ст. 41 Конституції України). У цьому разі підкреслимо, що йдеться саме про конституційно-правовий принцип, а не цивільно-правовий. І повне відшкодування вартості майна у процесі примусового відчуження об'єктів приватної власності є так само конституційним принципом, адже він закріплений у ст. 41 Конституції України. У цьому ракурсі не зайвим буде зауважити, що Конституція є первісною та вищою за юридичною силою стосовно ЦК України, який прийнято на основі її положень (ст. 8 Конституції України), а отже, який є вторинним стосовно Основного Закону. Звідси виникає питання: чому конституційно-правові принципи характеризуються вченими як цивільно-правові?! Конституційне право, як відомо, не є приватно-правовою галуззю права. Тому і його основне джерело навряд чи можна розглядати як безпосереднє джерело приватноправових приписів (навпаки, ЦК України прийнято для розвитку конституційно-правових положень). Розвивати ж положення Конституції України покликані не тільки цивільне, а й інші галузі законодавства. І насамперед у цьому контексті варто згадувати адміністративне право як «конкретизоване конституційне право»<sup>9</sup>, нормами якого опосередковується діяльність із забезпечення дотримання і реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина. Тоді діяльність, спрямована на забезпечення суб'єктами публічної адміністрації дотримання і реалізації конституційних прав власників і конституційного принципу непорушності права приватної власності, є адміністративно-правовою. Так само і забезпечення конституційно-правового принципу непорушності права приватної власності як складника діяльності публічної адміністрації з виконання публічних функцій і завдань засобами експропріації буде адміні-

стративно-правовим. Такі міркування мають значення за обов'язкового дотримання важливої умови – відштовхуватись від Конституції України, а не від ЦК України, прийнятого на її виконання.

Однак навіть якщо не обґрунтовувати нині публічно-правовий характер принципу повного відшкодування вартості експропрійованого майна, то, ще раз підкреслимо, його дотримання означає лише дотримання умов і гарантій непорушності права приватної власності, відповідних прав громадян і конституційно-правових приписів, адже у протилежному випадку вони будуть порушені, що призведе до оскарження дій та рішень суб'єктів публічної адміністрації. А сам факт дотримання прав і правових приписів не впливає на правову природу діяльності публічної адміністрації. На користь таких міркувань можуть слугувати позиції вчених (наприклад, М.В. Баліна<sup>10</sup>), які наголошують на публічно-правовій природі характеру експропріації, незважаючи на те, що вона містить приватноправові, на їхній погляд, елементи, які полягають зокрема у забезпеченні принципу повного відшкодування власнику вартості вилученого майна<sup>11</sup>.

Отже, розглянуте також не може слугувати аргументом на користь приватноправової природи відносин експропріації.

**3. Рівність сторін.** Цей аргумент є, певно, одним з найперших, які згадуються у разі протиставлення цивільно-правових та адміністративно-правових відносин. Відносини експропріації не стали винятком, оскільки за явної нерівності правових статусів сторін цих відносин наявність договірною елементу у процедурі експропріації вирівнює їх в очах учених. Ми не заперечуємо, щоб суб'єкти публічної адміністрації та приватні особи у відносинах експропріації визнавались такими, що мають правовий статус однакового значення, адже це можна обґрун-

<sup>9</sup> Мельник Р.С. Новели сучасної концепції українського адміністративного права. *LEX PORTUS*. 2017. № 5 (7). С. 5–16.

<sup>10</sup> Балін М.В. Гражданско-правовые основания принудительного прекращения права собственности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.03. Краснодар, 2011. С. 8, 21.

<sup>11</sup> Там само.

тувати хоча б за рахунок факту неможливості примушування приватних осіб до укладення угоди викупу, від якої вони можуть відмовитись (ч. 2 ст. 12 Закону України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності»). Однак при цьому залишається питання: чи справді притаманна цим відносинам рівність їх сторін, принаймні в частині ведення переговорів та укладення договору викупу, слугує проти визнання публічно-правової природи експропріації?!

З цього приводу вчені (наприклад, А.М. Тихонов<sup>12</sup>) лише зауважують, що у відносинах, які виникають у зв'язку з викупом земельних ділянок для суспільних потреб, підпорядкування однієї сторони іншій не може бути, вони засновані на рівності та майновій самостійності їх учасників, а тому вони є об'єктом регулювання цивільного законодавства<sup>13</sup>. Проте такий підхід є застарілим і не відзеркалює правову дійсність сучасного публічного адміністрування в Україні. Зокрема, предмет сучасного адміністративного права України становлять не лише виконавчо-розпорядчі відносини, а й публічно-сервісні, пов'язані з наданням адміністративних послуг приватним особам<sup>14</sup>; договірні відносини, що складаються з приводу державно-приватного партнерства<sup>15</sup>, основним принципом яких є рівність державних та приватних партнерів (ч. 1 ст. 3 Закону України «Про державно-

приватне партнерство»<sup>16</sup>) та ін. Їх важливою рисою є те, що для них притаманна рівність учасників правовідносин, яка виражається у тому, що: кожен з них не знаходиться вище від іншого за правовим статусом у порядку підпорядкування; між ними не встановлюються зв'язки влади-підпорядкування; у цих відносинах відсутній примус; сторони наділені рівноцінними правами та обов'язками; приватні особи, що важливо, мають можливість вступати у ці відносини з власної доброї волі та утримуватись або відмовлятись від участі у них.

Отже, як бачимо, рівність сторін уже не є виключною ознакою приватноправових відносин, а тому не може використовуватись як аргумент на користь приватноправової природи експропріації.

**4. Майновий характер відносин.** Також на користь приватноправової концепції науковці (наприклад, А.М. Тихонов<sup>17</sup>) використовують характеристику відносин відчуження як майнових, оскільки вони стосуються володіння, користування і розпорядження майном (як-то земельними ділянками), які за загальним правилом регулюються цивільним законодавством<sup>18</sup>. Але з цього приводу зазначимо, що неможливо провести чітку межу між різними видами суспільних відносин, оскільки всі сфери життєдіяльності суспільства не відмежовані залізною огорожею одна від одної. Іншими словами, будь-які відносини, у які вступає людина, можуть стосуватись одразу багатьох сфер. Наприклад, названих вище питань володіння, користування і розпорядження майном стосуються відносини, що складаються з приводу: публічних закупівель<sup>19</sup>, які регулюються адміністративним

<sup>12</sup> Тихонов А.Н. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с выкупом земельного участка для государственных или муниципальных нужд : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.03. Екатеринбург, 2019. С. 31.

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галуцько В., Діхтєвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. С. 29–31. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). Київ : Видавництво «Юридична думка», 2004. 584с. URL: <https://lawbook.online/administrativnoe-pravo-ukrainyi/predmet-administrativnogo-prava-suchasne-52607.html>.

<sup>15</sup> Бондаренко Д.С. До питання адміністративно-правового регулювання державно-приватного партнерства за законодавством України. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2014. № 1. С. 152–157.

<sup>16</sup> Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2010. № 40. Ст. 524.

<sup>17</sup> Тихонов А.Н. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с выкупом земельного участка для государственных или муниципальных нужд : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.03. Екатеринбург, 2019. С. 31.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2016. № 9. Ст. 89.

правом<sup>20</sup>; конфіскації майна, яка охоплюється предметом кримінально-правового регулювання<sup>21</sup> тощо. Отже, маємо намір наголосити, що стосуватись права власності можуть відносини будь-якої правової природи та змісту, тому один лише факт такого стосунку не може слугувати критерієм для визначення правової природи експропріації чи будь-яких інших відносин.

До аналогічного роду аргументів можна віднести *факти переходу права власності, його припинення*<sup>22</sup> тощо, адже з їх приводу можуть виникати різноманітні відносини, включаючи «чисті» адміністративно-правові відносини державної реєстрації.

### Висновки

Таким чином, підсумовуючи викладене у статті, наголосимо на тому, що наявні

<sup>20</sup> Андрусенко С.І., Косяк В.П. Адміністративно-правове регулювання публічних закупівель у Національній гвардії України. *Юридичний електронний журнал*. 2017. № 2. С. 61–63. URL: [http://lsej.org.ua/2\\_2017/19.pdf](http://lsej.org.ua/2_2017/19.pdf).

Цибульник Н.Ю. Адміністративно-правове забезпечення публічних закупівель : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 22 с.

<sup>21</sup> Бідна О.І. Конфіскація за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.08. Харків, 2019. 23 с.

<sup>22</sup> Дудник Д.В. Відчуження земельних ділянок для суспільних потреб: цивільно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : спец. : 12.00.03. Харків, 2015. С. 50.

натепер аргументи на користь приватноправової природи відносин експропріації, які також використовуються з метою заперечення публічно-правової та обґрунтування змішаної концепції розуміння природи експропріації, не є актуальними, оскільки суперечать сучасним здобуткам правової науки, положенням нормативно-правових актів, практиці публічного адміністрування та, як наслідок, сутності відносин експропріації. Відповідно, сформульовані у дореволюційні часи приватноправова та змішана концепції розуміння правової природи експропріації не відповідають правовій дійсності і не повинні бути покладені в основу її нормативно-правового забезпечення, як це допоки має місце в Україні.

Натепер у нашій державі сформувались сприятливі передумови для вибору публічно-правової концепції як головної та впровадження її у практику нормативно-правового регулювання експропріації. Однак вона потребує якісно нового обґрунтування, оскільки сформульовані у дореволюційні часи аргументи не виглядатимуть переконливими без урахування сучасних правових реалій. Проведене у статті дослідження має стати для нього базисом.

## **Acts approved by the administrators of the Ukrainian country code top-level domains: legal nature and force**

*Bulat Nataliia*

*Postgraduate Student at the Department of Civil-Law Disciplines  
Odessa I. I. Mechnikov National University, Ukraine*

Despite widespread use of domain names, legal regulation of relations in this sphere at the legislative level is not sufficient. At the same time, the administrators of the Ukrainian country code top-level domains – Hostmaster Ltd (the Administrator of the .UA domain) and the association of companies “Ukrainian Network Information Center” (the Administrator of the .UKR domain) – approved acts to regulate relations concerned with domain names delegation. The legal nature of these acts is a controversial issue that requires comprehensive analysis and clarification.

The aim of the article is to determine the legal nature of the acts approved by the administrators of the Ukrainian country code top-level domains and to examine their legal force.

The author analyses the texts of the documents approved by both the Administrator of the .UA domain and the Administrator of the .UKR domain, theoretical convictions and court practice. The author also pays attention to information about the legal nature of the “Policy on particulars of registration of second-level private domain names in the .UA domain” published on the Hostmaster Ltd’s website and to an explanation concerning the legal nature of documents approved by the Administrator of the .UKR domain provided by the director of the association of companies “Ukrainian Network Information Center”.

The author concludes that the acts approved by the administrators of the Ukrainian country code top-level domains are parts of contracts and, because these documents’ provisions are common rules of behavior in domain names sphere, they may be used as a custom. Thus, as parts of contracts, these acts must be in accordance with legislation, and as a custom, their provisions may be applied when they are in accordance not only with the legislation but also with contracts concluded between certain persons.

## **Акти, прийняті адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня: правова природа та значення**

*Булат Наталія Миколаївна*

*аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін  
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, Україна*

### **Вступ**

Незважаючи на те, що поширеність використання доменних імен невідмінно зростає, регламентація відносин у цій сфері на законодавчому рівні є недостатньою. Разом із тим адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня .UA та .UKR – ТОВ «Хостмайстер» та об’єднанням підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (далі – ОП УМІЦ) відповідно прийма-

ються акти, правова природа яких носить дискусійний характер і потребує уточнення<sup>1</sup>.

Питання правової природи «Правил домену .UA» розглядали, зокрема,

<sup>1</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 102.



Н. Майданик<sup>2</sup>, В. Тугай<sup>3</sup>, М. Сосновський<sup>4</sup>, М. Пономарьов<sup>5</sup>. Однак пізніше адміністратор домену .UA прийняв «Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA»<sup>6</sup> та «Регламент публічного домену»<sup>7</sup>, що замінили «Правила домену .UA»<sup>8</sup>. Крім того, є низка документів, прийнятих адміністратором домену .УКР, правова природа та значення яких також потребує уточнення<sup>9</sup>. Усе це свідчить про необхідність визначення правової природи чинних актів, прийнятих адміністраторами доменів .UA та .УКР, і надання характеристики їхнього юридичного значення.

**Мета статті** – визначити правову природу актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня, та охарактеризувати значення цих документів.

<sup>2</sup> Майданик Н. Здійснення права на доменне ім'я в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2009. № 7 (79). С. 62–67.

<sup>3</sup> Тугай В. За іноземним досвідом. *Український юрист*. 2012. № 03.

<sup>4</sup> Сосновський М. Проблематика національного домену верхнього рівня та можливі шляхи державного регулювання. Всі «за» і «проти». *Інтелектуальна власність*. 2012. № 11. С. 44–48.

<sup>5</sup> Пономарьов М. Узагальнення судової практики розгляду судами справ у спорах, пов'язаних із використанням імен доменів. URL: <http://artimmer.com/ua/publicacii/uzagalnennya-sudovoi-praktyky/269-uzagal'nennya-sudovoi-praktiki-rozglyadu-sudami-sprav-u-sporax,-pov-yazanix-iz-vikoristannyam-imen-domeniv> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>6</sup> Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA (версія 1.0) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 1 квітня 2014 року. URL: [https://hostmaster.ua/policy/Reglament\\_UA\\_1.0\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/policy/Reglament_UA_1.0_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>7</sup> Регламент публічного домену (версія 3.5) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 24 січня 2020 року. URL: [https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld\\_3.5\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld_3.5_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>8</sup> Правила домену .UA. URL: <http://foresight-agency.com/contentimages/pravila-domena-ua.pdf> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>9</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 104.

## Виклад основного матеріалу

Якщо вести мову про зону .UA, слід зауважити, що на офіційному сайті ТОВ «Хостмайстер» (адміністратора домену .UA) серед документів щодо домену .UA розміщено «Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA» (далі – Регламент .UA)<sup>10</sup> та «Регламент публічного домену»<sup>11</sup>. Ці Регламенти розроблені спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами<sup>12</sup>. Як зазначається на сайті ТОВ «Хостмайстер», «Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA не є (в розумінні українського законодавства): нормативно-правовим документом, що встановлює права та обов'язки будь-яких третіх осіб; документом, що унормовує правовідносини між будь-якими особами. А є частиною договорів, укладених тільки між Адміністратором домену .UA та реєстраторами доменних імен»<sup>13</sup>. І хоча щодо «Регламенту публічного домену» такі роз'яснення відсутні, видається,

<sup>10</sup> Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA (версія 1.0) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 1 квітня 2014 року. URL: [https://hostmaster.ua/policy/Reglament\\_UA\\_1.0\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/policy/Reglament_UA_1.0_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>11</sup> Регламент публічного домену (версія 3.5) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 24 січня 2020 року. URL: [https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld\\_3.5\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld_3.5_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>12</sup> Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA (версія 1.0) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 1 квітня 2014 року. URL: [https://hostmaster.ua/policy/Reglament\\_UA\\_1.0\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/policy/Reglament_UA_1.0_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021); Регламент публічного домену (версія 3.5) : розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 24 січня 2020 року. URL: [https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld\\_3.5\\_UK.pdf](https://hostmaster.ua/registrator/docs/Reglament2ld_3.5_UK.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>13</sup> Регламент особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA. URL: <https://hostmaster.ua/policy/?ua> (дата звернення: 13.01.2021).

що правова природа цього документа є аналогічною<sup>14</sup>.

Слід зауважити, що до прийняття вищезгаданих Регламентів діяли «Правила домену .UA»<sup>15</sup>. Однак з часом ці Правила були замінені відповідними регламентами<sup>16</sup>.

І хоча всі ці документи діють як частина договорів, щодо їх правової природи немає однозначності<sup>17</sup>.

Так, Господарський суд міста Києва, розглядаючи справу № 910/30404/15, дійшов такого висновку: «Нормативно-правовим актом, яким регулюються відносини з приводу делегування (передачі в користування доменного імені певній особі, внесення будь-яких змін до запису про це доменне ім'я тощо) доменних імен у зоні .UA є «Правила домену .UA», видані ТОВ «Хостмайстер»<sup>18</sup>. Аналогічну позицію зайняв і Печерський районний суд міста Києва у справі № 757/45200/16-ц<sup>19</sup>. Натомість Київський апеляційний господарський суд у справі № 12/82 застосував «Правила домену .UA» як звичай: «Пунктом 1.2 Правил домену .UA

визначено, що такі Правила розроблені адміністратором домену .UA з дотриманням чинних правил ICANN (RFC#1591, ICP-1), з урахуванням рекомендацій ICANN, CENTR, US DoC, WIPO, а також міжнародного досвіду та є умовами надання адміністратором домену .UA третім особам послуг з адміністрування та технічного супроводу домену .UA. Тому такі Правила як джерело права є звичаєм, а саме правилом поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин (абз. 2 ч. 1 ст. 7 Цивільного кодексу України)»<sup>20</sup>. Така позиція має підтримку серед науковців. Зокрема, В. Тугай пише: «У справах про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності від їх неправомірного використання у доменних іменах судам доводиться використовувати не лише норми чинного законодавства, а й звичаї ділової практики (на підставі статті 7 Цивільного кодексу України). Такими звичаями є, наприклад, Правила домену .UA»<sup>21</sup>. Аналогічної точки зору дотримується Н. Майданик<sup>22</sup>.

М. Сосновський, досліджуючи правову природу «Правил домену .UA», дійшов такого висновку: «...Правила домену .UA, які по суті зачіпають права, свободи й законні інтереси громадян, не є нормативно-правовим документом»<sup>23</sup>.

Справді, будучи частиною договорів між Адміністратором домену .UA та реєстраторами, Регламент .UA (а свого часу «Правила домену .UA») зв'язує реєстраторів певними обов'язками, фактично диктуючи їх поведінку у відносинах з реєстрантами-контрагент-

<sup>14</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 103.

<sup>15</sup> Правила домену.UA. URL: <http://foresight-agency.com/contentimages/pravila-domena-ua.pdf> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>16</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 103.

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Рішення Господарського суду міста Києва від 25 лютого 2016 року у справі № 910/30404/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56276402> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>19</sup> Рішення Печерського районного суду міста Києва від 30 листопада 2016 року у справі № 757/45200/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64013904> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>20</sup> Постанова Київського апеляційного господарського суду від 21 січня 2009 року у справі № 12/82. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2898679> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>21</sup> Тугай В. За іноземним досвідом. *Український юрист*. 2012. № 03.

<sup>22</sup> Майданик Н. Здійснення права на доменне ім'я в мережі Інтернет. *Юридична Україна*. 2009. № 7 (79). С. 62–67.

<sup>23</sup> Сосновський М. Проблематика національного домену верхнього рівня та можливі шляхи державного регулювання. Всі «за» і «проти». *Інтелектуальна власність*. 2012. № 11. С. 44–48.



тами за договорами про реєстрацію доменних імен, зокрема, визначаючи умови реєстрації доменних імен. Однак навіть така ситуація, на нашу думку, не дає приводу вважати «Правила домену .UA» або Регламент .UA нормативно-правовими актами<sup>24</sup>. Так, як відомо, щоб мати статус нормативно-правового, акт має бути, по-перше, прийнятим уповноваженим органом, а по-друге, встановлювати норми права для невизначеного кола осіб і розраховуватися на неодноразове застосування<sup>25</sup>. З огляду на це можна констатувати, що ТОВ «Хостмайстер» не має повноважень на прийняття нормативно-правових актів, а Регламент .UA (так само як чинні раніше «Правила домену .UA») не встановлює норми права для невизначеного кола осіб і не розрахований на неодноразове застосування<sup>26</sup>. Адже на реєстрантів (які щодо договорів між Адміністратором домену .UA та реєстраторами є третіми особами) покладаються певні обов'язки не через нормативність Регламенту .UA, а через договори між ними та реєстраторами. Справді, як і в будь-якому іншому договорі приєднання (а у сфері делегування доменних імен ми зазвичай маємо справу з ланцюжком з двох договорів приєднання – договору акредитації між адміністратором і реєстратором і договору про реєстрацію доменного імені між реєстратором і реєстрантом), свобода договору дещо обмежується, проте це не дає підстав не вважати такі договори договорами<sup>27</sup>.

Отже, юридично коректно розглядати Регламент .UA, так само як чинні раніше «Правила домену .UA», як частину договору приєднання, умови якого встановлюються Адміністратором домену .UA та який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запро-

понованого договору в цілому<sup>28</sup>. Аналогічної точки зору дотримується, зокрема, М. Пономарьов, наголошуючи на тому, що «Правила домену .UA не є ні нормативно-правовим актом, ні іншим джерелом права, а визначаються лише як додаток до договору про надання послуг, який укладається між реєстраторами доменів та адміністратором»<sup>29</sup>. Така позиція також знайшла своє вираження у судовій практиці. Так, Апеляційний суд міста Києва, розглядаючи справу № 22-ц/796/9998/2014, зауважив: «Як видається із Правил домену .UA, <...> такі Правила є невід'ємною частиною договорів, які укладаються адміністратором домену .UA <...> з делегування та адміністрування доменних імен у домені .UA та конкретизують права і обов'язки сторін таких договорів. Таким чином, Правила домену .UA <...> є додатком до договорів, які укладаються адміністратором домену .UA і конкретизують права та обов'язки сторін таких договорів. Відповідно, такі Правила як додаток до договору є обов'язковими до застосування сторонами відповідних договірних відносин та не поширюють свою дію на осіб, які не є сторонами договору, відповідно, не породжують для них певні права та обов'язки»<sup>30</sup>.

Разом із тим положення Регламенту .UA можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, адже вони є усталеними правилами поведінки у сфері делегування доменних імен<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Там само.

<sup>29</sup> Пономарьов М. Узагальнення судової практики розгляду судами справ у спорах, пов'язаних із використанням імен доменів. URL: <http://artimmer.com/ua/publicacii/uzagalnennya-sudovoi-praktyky/269-uzagalnennya-sudovoi-praktiki-rozglyadu-sudami-sprav-u-sporax,-pov-yazanix-iz-vikoristannyam-imen-domeniv> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>30</sup> Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 12 серпня 2014 року у справі № 22-ц/796/9998/2014. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/40865812> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>31</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 103.

<sup>24</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 103.

<sup>25</sup> Там само.

<sup>26</sup> Там само.

<sup>27</sup> Там само.

Натомість є низка документів, прийнятих ОП УМІЦ (адміністратором домену .УКР), зокрема «Концепція розвитку домену .UA»<sup>32</sup>, «Тимчасова Концепція впровадження та розвитку домену .УКР»<sup>33</sup>, «Вимоги до договору між Оператором реєстру та Реєстраторами»<sup>34</sup>, «Положення про акредитацію Реєстраторів доменних імен у домені .УКР»<sup>35</sup>, «Тимчасові Правила реєстрації і користування доменними іменами в домені .УКР»<sup>36</sup>, «Технічний регламент домену .УКР»<sup>37</sup>, «Положення про Комісію з досудового вирішення доменних спорів»<sup>38</sup>, «Порядок розв'язання доменних спорів»<sup>39</sup>,

<sup>32</sup> Концепція розвитку домену .UA. URL: <http://uanic.net/konceptsiya-razvitiya-domena-ua> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>33</sup> Тимчасова Концепція впровадження та розвитку домену .УКР : схвалена рішенням Координаційної ради ОП «Український мережевий інформаційний центр», Протокол № 13 від 16 серпня 2013 року. URL: <http://uanic.net/konceptsiya-vnedreniya-i-razvitiya-domena-ukr> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>34</sup> Вимоги до договору між Оператором реєстру та Реєстраторами : затверджено рішенням Координаційної Ради ОП «Український мережевий інформаційний центр» від 23 вересня 2013 року. URL: [http://uanic.net/docs/documents-ukr/Vumogi%20do%20DogovorOR\\_1.0.pdf](http://uanic.net/docs/documents-ukr/Vumogi%20do%20DogovorOR_1.0.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>35</sup> Положення про акредитацію Реєстраторів доменних імен у домені .УКР (Редакція 1.0) : затверджено рішенням Координаційної Ради ОП «Український мережевий інформаційний центр» від 23 вересня 2013 року. URL: [http://uanic.net/docs/documents-ukr/Polozhenie-pro-accredit\\_2.5.1-a.pdf](http://uanic.net/docs/documents-ukr/Polozhenie-pro-accredit_2.5.1-a.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>36</sup> Тимчасові Правила реєстрації та користування доменними іменами в домені .УКР (версія 5.0) : схвалені рішенням Координаційної Ради ОП «Український мережевий інформаційний центр», Протокол № 16 від 17 жовтня 2013 року; зі змінами згідно з Протоколом № 17 від 31 січня 2014 року. URL: <http://uanic.net/pravila-registracii-i-polzovaniya-domennymi-imenami-v-domene-ukr> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>37</sup> Технічний регламент домену .УКР (Редакція 3.0) : затверджено Директором ОП «Український мережевий інформаційний центр» 7 листопада 2013 року. URL: [http://uanic.net/docs/documents-ukr/System%20of%20Registrations%20Technical%20Reglament\\_v3.0.pdf](http://uanic.net/docs/documents-ukr/System%20of%20Registrations%20Technical%20Reglament_v3.0.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>38</sup> Положення про Комісію з досудового вирішення доменних спорів : затверджено рішенням Координаційної ради ОП «Український мережевий інформаційний центр» від 28 лютого 2014 року, протокол № 18. URL: [http://uanic.net/docs/documents-ukr/Polozhennya\\_pro\\_Komisiyu\\_2.0.pdf](http://uanic.net/docs/documents-ukr/Polozhennya_pro_Komisiyu_2.0.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>39</sup> Порядок розв'язання доменних спорів : затверджено рішенням Координаційної ради ОП «Український мережевий інформаційний центр» від 28 лютого 2014 року, протокол № 18. URL: [http://uanic.net/docs/documents-ukr/Poryadok\\_sporiv\\_v2.0.pdf](http://uanic.net/docs/documents-ukr/Poryadok_sporiv_v2.0.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

«Порядок надання послуг з проведення фіксації і дослідження змісту вебсторінок у мережі Інтернет»<sup>40</sup>. Правова природа цих актів також є дискусійною<sup>41</sup>.

По-перше, вони були прийняті ОП УМІЦ у частині виконання ним функцій управління у межах делегованих йому повноважень органів влади<sup>42</sup>, як це впливає з Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про адміністрування домену “.UA”»<sup>43</sup> та укладеної на його виконання «Угоди про врегулювання відносин, пов'язаних з провадженням діяльності з адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет»<sup>44</sup>. Так, відповідно до цієї Угоди Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України уповноважило ОП УМІЦ впроваджувати та контролювати дотримання порядку розподілу адресного простору, правил реєстрації та використання імен доменів у доменах .UA та .УКР<sup>45</sup>.

По-друге, ці документи виражають публічний державний інтерес, що впливає власне

<sup>40</sup> Порядок надання послуг з проведення фіксації і дослідження змісту вебсторінок у мережі Інтернет : затверджено директором ОП «Український мережевий інформаційний центр» 01 серпня 2016 року. URL: [http://uanic.net/docs/Poryadok\\_fiksacii\\_Compentence\\_Center\\_01082016.pdf](http://uanic.net/docs/Poryadok_fiksacii_Compentence_Center_01082016.pdf) (дата звернення: 26.10.2020).

<sup>41</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 104.

<sup>42</sup> Там само.

<sup>43</sup> Про адміністрування домену “.UA” : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.07.2003 р. № 447-р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/447-2003-p> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>44</sup> Про врегулювання відносин, пов'язаних з провадженням діяльності з адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет : угода між Державним агентством з питань науки, інновацій та інформатизації України та Об'єднанням підприємств у галузі телекомунікацій, інформатизації та Інтернет «Український мережевий інформаційний центр» від 30 грудня 2013 року. URL: [http://uanic.net/docs/Ugoda\\_DKNI\\_UANIC\\_30122013\\_cory.pdf](http://uanic.net/docs/Ugoda_DKNI_UANIC_30122013_cory.pdf) (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>45</sup> Там само. П. 2.4.1.

з їх текстів<sup>46</sup>: «Метою створення такого документа («Концепції розвитку домену .UA») є досягнення консенсусу між зацікавленими сторонами Інтернет-співтовариства, які представляють інтереси громадськості, бізнесу та держави»<sup>47</sup>, «Концепція (впровадження та розвитку домену .УКР) визначатиме засади впровадження та розвитку домену .УКР на найближчі 10 років та створена на принципах партнерства між зацікавленими сторонами Інтернет-співтовариства, які представляють інтереси громадськості, бізнесу та держави»<sup>48</sup>. А у «Тимчасових Правилах реєстрації та користування доменними іменами в домені .УКР» йдеться про те, що «юрисдикцією цих Правил є юрисдикція України»<sup>49</sup>. Усе це свідчить, що акти ОП УМІЦ приймалися у межах делегованих державним органом повноважень<sup>50</sup>.

Утім, з іншого боку, ці документи були затверджені відповідними органами управління ОП УМІЦ, а не Державним агентством

<sup>46</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листопада 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 104.

<sup>47</sup> Концепція розвитку домену .UA. П. 1.2. URL: <http://uanic.net/konserciya-razvitiya-domena-ua> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>48</sup> Тимчасова Концепція впровадження та розвитку домену .УКР : схвалена рішенням Координаційної ради ОП «Український мережевий інформаційний центр», Протокол № 13 від 16 серпня 2013 року. П. 1.2. URL: <http://uanic.net/konserciya-vnedreniya-i-razvitiya-domena-ukr> (дата звернення: 26.10.2020).

<sup>49</sup> Тимчасові Правила реєстрації та користування доменними іменами в домені .УКР (версія 5.0) : схвалені рішенням Координаційної Ради ОП «Український мережевий інформаційний центр», Протокол № 16 від 17 жовтня 2013 року; зі змінами згідно з Протоколом № 17 від 31 січня 2014 року. П. 1.8. URL: <http://uanic.net/pravila-registracii-i-polzovaniya-domennymi-imenami-v-domene-ukr> (дата звернення: 13.01.2021).

<sup>50</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. *Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова*, 25–27 листопада 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 104.

з питань науки, інновацій та інформатизації України, та не є зареєстрованими у Єдиному державному реєстрі нормативно-правових актів<sup>51</sup>. Як прокоментував таку ситуацію директор ОП УМІЦ Ю. Гончарук, «ОП УМІЦ не є органом адміністративно-господарського управління <...> не наділений будь-якими владними повноваженнями. Документи, що ухвалюються Координаційною радою ОП УМІЦ та директором ОП УМІЦ (в межах повноважень) <...> носять насамперед характер документів, що є обов'язковими для виконання (дотримання) самим ОП УМІЦ. Крім цього, ці документи мають публічний характер та статус (на поточний момент): 1) договірного права (частинами договорів між учасниками); 2) кращої практики у господарському звичаї (усталена практика) або добровільних правил (кодексу) поведінки на певному ринку. З іншого боку, і в самих Концепціях розвитку доменів .УКР та .UA, а також у Концепції розвитку телекомунікацій в Україні, що затверджено Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 7 червня 2006 р. № 316-р, зазначається мета (ціль), що питання адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет мають бути законодавчо врегульовані, а правила реєстрації і користування доменними іменами мають врешті набути нормативного характеру»<sup>52</sup>.

Визначення правової природи актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня, є ключовим для характеристики значення цих документів.

По-перше, у них як у частинах договорів сторони «можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд»<sup>53</sup>. Утім сторони «не можуть відступити від положень

<sup>51</sup> Там само.

<sup>52</sup> Електронний лист директора ОП «Український мережевий інформаційний центр» Ю. Гончарука від 13.10.2016 р.

<sup>53</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV зі зм. та доп., внес. зг. із законами України; станом на 01.01.2021 р. Абз. 1 ч. 3 ст. 6. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 13.01.2021).

актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами»<sup>54</sup>.

По-друге, у зв'язку з тим, що документи, прийняті адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня, можуть застосовуватися як звичай ділового обороту, вони можуть поширювати свою дію на відносини у сфері делегування доменних імен між особами, що не є сторонами відповідних договорів. Але важливо наголосити, що у такому разі положення цих документів будуть застосовуватися, якщо вони не суперечать не лише актам цивільного законодавства, але і договору, сторонами якого є відповідні особи<sup>55</sup>.

### Висновки

Акти, прийняті адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня, не є за своєю природою нормативно-правовими. Вони діють як частина договорів і з огляду на те, що є усталеними правилами поведінки у сфері доменних імен,

можуть застосовуватися як звичай ділового обороту<sup>56</sup>. При цьому як у частинах договору у цих документах сторони «не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами»<sup>57</sup>. А як звичай ділового обороту положення актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня, можуть застосовуватися тільки тоді, коли ці положення не суперечать не лише актам цивільного законодавства, але і договору, сторонами якого є відповідні особи<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Булат Н.М. Правова природа актів, прийнятих адміністраторами українських національних доменів верхнього рівня. Матеріали 75-ї звітної наукової конференції професорсько-викладацького складу і наукових працівників економіко-правового факультету Одеського національного університету імені І.І. Мечникова, 25–27 листоп. 2020, Одеса / відп. ред. А.В. Смітюх; ред. кол.: Н.Л. Кусик, А.Л. Святошнюк, Т.В. Степанова та ін. Одеса : Фенікс, 2020. 226 с. С. 102–106. С. 105.

<sup>57</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV зі зм. та доп., внес. зг. із законами України; станом на 01.01.2021 р. Абз. 2 ч. 3 ст. 6. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 11.01.2021).

<sup>58</sup> Там само. Ч. 2 ст. 7.

<sup>54</sup> Там само. Абз. 2 ч. 3 ст. 6.

<sup>55</sup> Там само. Ч. 2 ст. 7.



**Theoretical and legal concept of “environmental activities”: conceptual framework****Holovko Alina***Aplicant at the Department of Theory of State and Law  
National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

In the article the author explores the conceptual foundations of the theoretical and legal concept of “environmental activities”. The available approaches to understanding environmental activities in the professional literature are analyzed. The key features of nature protection activity are singled out, and its author’s definition is offered. The correlation of the concept of “environmental activity” with other concepts of the theory of state and law, in particular with the ecological (environmental) function of the state, ecological state, ecological state policy is outlined. It is established that the theoretical and legal concept of “environmental activities” is a cognitive tool for deepening human knowledge about environmental activities as a complex, multifaceted state and legal phenomenon. Theoretical and legal concept of environmental protection is a form of thinking characterized by the reflection of natural relations and properties of environmental protection in the form of considerations about its general and specific features. Environmental activities should be understood as a purposeful, relatively stable, consciously volitional, regulated by law type of social activity of the state or other entities authorized by it, carried out using certain means, methods, techniques and aimed at ensuring environmental protection, environmental safety and environmental protection. human rights subject to ecological balance and in the context of sustainable development of modern society. The relationship between the concept of “environmental activities” and other concepts of the theory of state and law characterizes the relationship, relationship and dependence of environmental activities with ecological (environmental) function of the state, environmental state, environmental (ecological) government policy and more.

**Теоретико-правове поняття «природоохоронна діяльність»:  
концептуальні засади****Головко Аліна Леонідівна***здобувач кафедри теорії держави та права  
Національної академії внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Негативний глобальний вплив людини на природу, зумовлене ним різке погіршення стану довкілля у другій половині минулого століття й особливо на початку XXI ст., прояв кризових явищ у сфері взаємодії людини з навколишнім середовищем поставили під загрозу можливість сталого розвитку всієї людської цивілізації. Подальша деградація природних систем призвела до дестабілізації біосферних процесів, втрати їх цілісності та здатності підтримувати екологічну рівно-

вагу<sup>1</sup>. Здійснення природоохоронної діяльності набуває особливого значення в умовах, коли нестримний розвиток глобальної економіки перетворив навколишнє середовище на єдиний інтегрований ресурс, а суспільство постало перед вибором – продовжувати споживати природні ресурси в тих же обсягах, виснажуючи біосферну екологічну нішу та заповнюючи відходами землю, повітря і воду, чи перейти до нової філософії гармо-

<sup>1</sup> Екологічне право України : навчальний посібник / Н.С. Гавриш та ін.; за ред. І.І. Каракаша, Т.Є. Харитонові, А.І. Черемної. Одеса : Гельветика, 2018. 408 с. С. 9.

нізації життєдіяльності в навколишньому середовищі. Кризовий стан довкілля вимагає проведення ефективної природоохоронної діяльності із застосуванням розгалуженої системи правових, організаційних та еколого-економічних засобів<sup>2</sup>.

З огляду на це особливої актуальності набуває дослідження концептуальних засад теоретико-правового поняття «природоохоронна діяльність», що становить мету цієї статті. Для її успішного досягнення передбачається вирішити такі завдання: по-перше, проаналізувати наявні у фаховій літературі підходи до розуміння природоохоронної діяльності; по-друге, виокремити та охарактеризувати ключові ознаки природоохоронної діяльності, а також запропонувати її авторське визначення; по-третє, окреслити співвідношення поняття «природоохоронна діяльність» з іншими поняттями теорії держави та права, зокрема з екологічною (природоохоронною) функцією держави, екологічною державою, екологічною державною політикою тощо.

### Виклад основного матеріалу

Як і кожна наука, юридична наука (або її галузі), припускаючи наявність розвинутої й упорядкованої системи знань про державно-правові явища і процеси, повинна мати як обов'язковий атрибут та інструментарій пізнання розвинену систему категорій і понять, тобто поняттєво-категоріальний апарат, який визначається предметом цієї науки. У зв'язку з цим формулювання юридичних понять, зокрема поняття «природоохоронна діяльність», як і загалом поняттєво-категоріального апарату юридичної науки, є найважливішим завданням та її власним призначенням, інакше кажучи, константою її буття<sup>3</sup>.

Формування юридичних понять, по суті, не відрізняється від універсальної або загаль-

ної процедури формування наукового знання. Сутність цієї процедури – у формалізації знань у галузі державно-правових явищ. При цьому «продуктивність» теоретико-правового поняття природоохоронної діяльності залежить від того, наскільки достовірно воно визначає свій предмет в умовах практики застосування нормативно-правового матеріалу та сучасного стану розвитку юридичної науки. Утворення теоретико-правового поняття «природоохоронна діяльність» – це складний мисленнєвий процес, у якому використовуються такі засоби пізнання, як порівняння, аналіз і синтез, абстрагування, ідеалізація та узагальнення. Теоретико-правове поняття «природоохоронна діяльність» суперечливе за своєю природою. Оскільки поняття «природоохоронна діяльність» досить абстрактне, створюється враження відходу мислення в понятті природоохоронної діяльності від дійсності. Насправді теоретико-правове поняття «природоохоронна діяльність», відображаючи сутність, поглиблює знання людини про природоохоронну діяльність як складний, багатогранний державно-правовий феномен. Теоретико-правове поняття «природоохоронна діяльність» є засобом пізнання істини. Зміст теоретико-правового поняття «природоохоронна діяльність» змінюється у процесі генезису юридичної науки. Для розкриття змісту теоретико-правового поняття природоохоронної діяльності слід проаналізувати систему її ознак.

Серед багатьох доктринальних дефініцій поняття природоохоронної діяльності деякі є досить складними, інші ж є зовсім простими. Незважаючи на наявні варіації визначень, які представлені у фаховій літературі, всі вони узгоджуються в певних ключових аспектах. У найбільш загальному вигляді природоохоронну діяльність визначають як активний вплив суб'єкта на прийняття політичних та управлінських рішень з метою оптимізації взаємодії людини та навколишнього середовища, участь у заходах, що забезпечують збереження та відтворення природних ресурсів,

<sup>2</sup> Шевчук Ю.В. Конституційно-правові гарантії екологічних прав громадян в Україні : монографія. Київ : Геопрінт, 2006. 132 с. С. 4.

<sup>3</sup> Теорія держави та права : підручник / Є.О. Гіда та ін. ; За заг. ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 576 с. С. 23.



уникнення негативних наслідків виробничої діяльності стосовно природного середовища та здоров'я людини<sup>4</sup>.

Згідно з міркуваннями Л.В. Жарової, якщо еволюція сутнісного наповнення раціональності та нераціональності природокористування відбувається разом з поступом людства, то баланс між двома частинами природокористування – раціональною та нераціональною – досягається за допомогою природоохоронної діяльності. Цим, зокрема, пояснюється обсяг цього поняття. Природоохоронна діяльність включає: 1) міжнародну, державну, регіональну та місцеву адміністративно-господарську, технологічну, політичну, юридичну і суспільну діяльність, спрямовану на збереження, раціональне використання та відновлення природи в інтересах сучасного та майбутнього покоління; 2) систему заходів стосовно підтримки взаємодії між діяльністю людини та навколишнім природним середовищем, що забезпечує збереження і відновлення природних ресурсів, яке попереджає прямий або опосередкований вплив результатів діяльності суспільства на природу та людину; 3) планування діяльності, тобто систему заходів, спрямованих на найбільш повне вилучення ресурсів і використання природних умов, мінімальне їх питоме споживання на одиницю продукції<sup>5</sup>.

Викликає науковий інтерес точка зору С.В. Совгіри про те, що формування поняттєвого апарату в сфері природоохоронної діяльності триває й тепер. Так, поняття «природоохоронна діяльність» інтерпретується в різних аспектах: по-перше, як органічний складник екологічної культури людини та суспільства і характеризує сферу їх взаємодії з природою; в такому розумінні поняття природоохоронної діяльності має історичний характер і визначається дослідниками як сукупність

досягнень суспільства у його матеріальному та духовному розвитку, закріплених у звичаях, етичних нормах, в усталених стереотипах ставлення людини до природи, поведінці у природному середовищі; по-друге, як діяльнісний складник, що передбачає активні дії, спрямовані на покращення характеристик компонентів природного середовища, в тому числі відновлення їх якісних властивостей; у такій інтерпретації природоохоронна діяльність включає розробку, організацію і технологію проведення природоохоронних заходів; по-третє, як якісна характеристика формування рис особистості, що передбачає наявність у людини відповідних знань і переконань, підпорядкування практичної діяльності вимогам раціонального природокористування; в такому розумінні природоохоронна діяльність є показником свідомого, відповідального ставлення особистості до природи<sup>6</sup>.

Наведені аргументи дають підстави С.В. Совгірі зробити висновок про те, що природоохоронна діяльність – це цілеспрямована діяльність суспільства, його управлінських структур, спрямована на формування тих якостей людини, які необхідні для гармонійних відносин суспільства та природи, що здійснюється з використанням системи методів, інструментів, важелів впливу з метою збереження якості навколишнього природного середовища та забезпечення сталого розвитку<sup>7</sup>. Подібна точка зору з деякими варіаціями знайшла підтримку й розвиток у позиції Н.М. Кривокульської, яка до того ж відзначає, що природоохоронна діяльність передбачає здійснення активних дій, спрямованих на покращення характеристик елементів навколишнього природного середовища, в тому числі й відновлення їх якісних рис<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Андрос О.Є. Екологістські рухи в сучасному політичному процесі : монографія. Київ : Стило, 2012. 206 с. С. 17–18.

<sup>5</sup> Жарова Л.В. Природоохоронна діяльність: питання теорії та методології впровадження. *Продуктивні сили України*. 2009. № 1. С. 73–82. С. 75.

<sup>6</sup> Совгіра С.В. Методологія природоохоронної діяльності. *Вісник Черкаського університету. Серія: Педагогічні науки*. 2011. № 196. Ч. II. С. 158–161. С. 158.

<sup>7</sup> Совгіра С.В., Гончаренко Г.Є., Люленко С.О. Технологія та організація природоохоронних робіт : підручник. Київ : Науковий світ, 2011. 319 с. С. 10.

<sup>8</sup> Кривокульська Н.М. Організація управління і регулювання природоохоронної діяльності : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.02.03. Львів, 2006. 24 с. С. 7.

На думку В.В. Костицького, проблема охорони довкілля як діяльності, пов'язаної з охороною і збереженням життєвого простору людини (ноосфери), нині постала з особливою гостротою, а тому охоплює і консервативну охорону природи, і раціональне використання природних ресурсів. Охорона довкілля включає, окрім названих двох форм (охорона природи, охорона та використання природних ресурсів), ще й забезпечення екологічної безпеки, тобто таку експлуатацію антропогенних об'єктів і таку організацію урбанізованих територій і всього процесу суспільного виробництва, які виключають загрозу для життя і здоров'я людини та збереження її генофонду. Разом ці три види людської діяльності становлять охорону навколишнього природного середовища (охорону довкілля). Таким чином, у XXI ст. суспільство стало елементом соціоекологічної системи «суспільство – довкілля». Останнє являє собою єдність недоторканої та рукотворної природи, а також антропогенного середовища. Тому в сучасному глобалізованому світі охорона навколишнього природного середовища (охорона довкілля) включає охорону природи, раціональне використання природних ресурсів і забезпечення екологічної безпеки<sup>9</sup>.

Відповідно до позиції В.І. Андрейцева охорона навколишнього природного середовища – система заходів держави та зобов'язань юридичних і фізичних осіб щодо ефективного використання природних ресурсів, збереження якості навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки<sup>10</sup>. Схожу позицію підтримує та розвиває М.Т. Гаврильців, яка відзначає, що поняття «охорона навколишнього природного

середовища» та «охорона природи» за своєю суттю є тотожними, оскільки на практиці охорона навколишнього природного середовища здійснюється шляхом охорони земель, надр, вод, атмосферного повітря та інших природних об'єктів і ресурсів. У більшості країн світу відносини у сфері охорони навколишнього природного середовища є предметом державного регулювання, зміст якого визначається екологічною політикою держави. Природоохоронна діяльність в Україні, як і в більшості країн світу, є предметом державного регулювання. У вітчизняному законодавстві закріплено, що державній охороні та регулюванню використання на території України підлягають: навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов і процесів; природні ресурси як залучені в господарський обіг, так і ті, що не використовуються в національній економіці в цей період (земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ); ландшафти та інші природні комплекси. Це дає підстави М.Т. Гаврильців резюмувати, що природоохоронна діяльність – це державна діяльність, яка полягає в активних діях взаємодіючих органів держави, котрі спрямовані на охорону навколишнього природного середовища, раціональне використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини<sup>11</sup>.

Варто наголосити на тому, що у вітчизняних нормативно-правових актах, таких як Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. № 1264-ХІІ та Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку видів діяльності, що належить до природоохоронних заходів» від 17 вересня 1996 р. № 1147, відсутнє нормативно-правове визначення поняття «природоохоронна діяльність». Відповідно до останнього нормативно-правового акта до природоохоронних заходів належать:

<sup>9</sup> Костицький В.В. Економіко-правовий механізм охорони навколишнього природного середовища: теорія та практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2004. 52 с. С. 13, 38.

<sup>10</sup> Андрейцев В.І. Охорона навколишнього природного середовища. *Велика українська юридична енциклопедія* : у 20 т. Т. 14 : Екологічне право / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова), А.П. Гетьман (заст. голови) та ін. Харків : Право, 2018. С. 569–570.

<sup>11</sup> Гаврильців М.Т. Адміністративно-правові засади діяльності органів виконавчої влади у сфері забезпечення природоохоронної функції держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Львів, 2011. 20 с. С. 7, 14.

охорона і раціональне використання водних ресурсів; охорона атмосферного повітря; охорона і раціональне використання земель; охорона і раціональне використання мінеральних ресурсів; охорона і раціональне використання природних рослинних ресурсів; охорона і раціональне використання ресурсів тваринного світу; збереження природно-заповідного фонду; раціональне використання і зберігання відходів виробництва і побутових відходів; ядерна і радіаційна безпека; наука, інформація і освіта, підготовка кадрів, екологічна експертиза, організація праці, забезпечення участі у діяльності міжнародних організацій природоохоронного спрямування, впровадження економічного механізму забезпечення охорони навколишнього природного середовища<sup>12</sup>.

За результатами опрацювання та узагальнення теоретичних конструкцій стосовно характеристики змісту поняття «природоохоронна діяльність» визначимо її найбільш істотні ознаки:

1. Природоохоронна діяльність є різновидом соціальної діяльності держави або інших уповноважених нею суб'єктів, серед яких – органи місцевого самоврядування, засоби масової інформації, інші інститути громадянського суспільства, окремі люди (фізичні особи) тощо. Діяльність – це специфічна для людини форма активності (здатність до дії), спрямована на перетворення навколишнього світу відповідно до певної мети. Природоохоронна діяльність є справою не лише самої держави, а й громадянського суспільства. Разом із тим саме державна діяльність превалює в ході формування та реалізації природоохоронної діяльності, оскільки для сучасної держави це не лише суб'єктивне право, а і юридичний обов'язок. Він може бути прямо визначений у конституційно-правових нормах або формуватися шляхом тлумачення норм права, які покладають на державу обов'язки забезпе-

чення екологічних прав та інтересів суспільства, захисту довкілля, збереження біорізноманіття тощо.

2. Природоохоронна діяльність має свідомо-вольовий характер, тобто цей вид соціально значущої активності відображає суспільну свідомість і виражає волю держави та інших уповноважених нею суб'єктів. Основною характеристикою природоохоронної діяльності є її усвідомленість. Змістом волі виступають природоохоронний та інші інтереси, зумовлені потребами людини, держави та суспільства з підтримання сталого екологічного розвитку, екологічної рівноваги в країні та окремих її регіонах. Природоохоронна діяльність повинна ґрунтуватися на єдності особистісного та суспільного начал, які взаємозумовлюють і врівноважують один одного.

3. Природоохоронна діяльність є відносно стабільною, тобто цей вид соціальної активності здатний функціонувати, не змінюючи своєї сутності, протягом тривалого періоду. Це зумовлено тим, що природоохоронна діяльність стосується такої важливої сфери життєдіяльності суспільства, як охорона навколишнього середовища, забезпечення екологічної безпеки й захисту екологічних прав людей. Разом із тим зміст природоохоронної діяльності може трансформуватися в результаті зміни публічної влади, її суб'єктів (глави держави, парламенту, уряду) в певній країні. Відносній стабільності природоохоронної діяльності сприяє те, що в сучасних умовах вона здійснюється відповідно до основних напрямів діяльності держави і знаходить своє відображення у програмах функціонування уряду, державних, регіональних і галузевих програмах, концепціях, основних напрямках і сценаріях розвитку.

4. Природоохоронна діяльність формується та здійснюється за допомогою спеціальних засобів, методів, способів і у певних формах, тобто цей вид соціальної активності реалізується завдяки правовим і неправовим засобам; імперативному та диспозитивному методам; заборонам, дозволам, обмеженням, стимулам,

<sup>12</sup> Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку видів діяльності, що належить до природоохоронних заходів» від 17 вересня 1996 р. № 1147. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1147-96-п#top> (дата звернення: 20.12.2020).

заохоченням, примусу, сертифікації, ліцензуванню, оцінці впливу на довкілля, а також втілюється в реальну дійсність у правових і неправових формах. Через публічну юридичну сутність природоохоронної діяльності переважним залишається імперативний метод регулювання суспільних відносин у сфері охорони навколишнього середовища, забезпечення екологічних прав людини й екологічної безпеки суспільства та держави, тобто застосування обов'язкових до виконання природоохоронних вимог. Разом із тим сучасному природоохоронному праву відомий і диспозитивний метод правового регулювання, завдяки застосуванню якого визначаються лише межі суб'єктів природоохоронної діяльності, що надає їм можливість вільно й самостійно регулювати свої взаємини у встановлених межах.

5. Природоохоронна діяльність урегульована правом, тобто цей вид людської активності впорядковується нормами об'єктивного права. З огляду на соціальну роль права, його широкі регулятивні можливості, правову сферу життя суспільства доречно віднести до групи великих мікросистем. З урахуванням поліфункціонального характеру об'єктивного права необхідно звернути увагу на те, що правовими можуть стати і економічні, і політичні, і екологічні суспільні відносини. Право безпосередньо не впливає на природні об'єкти, його дія виявляється у правовому регулюванні поведінки суб'єктів природоохоронних відносин. У праві визначається міра можливої та належної поведінки суб'єктів природоохоронних відносин, що гарантує оптимальне забезпечення охорони навколишнього середовища, екологічної безпеки та екологічних прав людини.

6. Природоохоронна діяльність є цілеспрямованою, тобто вона зорієнтована на забезпечення: по-перше, охорони навколишнього середовища (довкілля), зокрема сукупності природних і природно-антропогенних умов (земля, вода, ліси, надра, атмосферне повітря, рослинний і тваринний світ), що оточують людину та є необхідними для її життя

та діяльності; по-друге, екологічної безпеки, тобто стану навколишнього середовища, за якого не допускається погіршення екологічної обстановки і виникнення небезпеки для здоров'я людей; по-третє, екологічних прав людини, тобто різновиду суб'єктивних прав, встановлених і гарантованих нормами об'єктивного права, що являють собою сукупність юридичних можливостей, спрямованих на задоволення екологічних потреб та інтересів за умови дотримання екологічної рівноваги та в контексті сталого розвитку сучасного суспільства. Природоохоронна діяльність є формою забезпечення гармонійної взаємодії суспільства з природою. При цьому природоохоронна діяльність у контексті сталого розвитку вимагає створення сприятливих умов для збереження довкілля і природно-ресурсного потенціалу держави та поступу суспільства. Такі особливості визначають додатковий елемент державності – природоохоронний.

Таким чином, під природоохоронною діяльністю запропоновано розуміти цілеспрямований, відносно стабільний, свідомо-вольовий, урегульований правом різновид соціальної діяльності держави або інших уповноважених нею суб'єктів, що здійснюється за допомогою певних засобів, методів, способів і спрямований на забезпечення охорони навколишнього середовища, екологічної безпеки та екологічних прав людини за умови дотримання екологічної рівноваги та в контексті сталого розвитку сучасного суспільства.

У межах теоретико-правової характеристики природоохоронної діяльності особливої важливості набуває осмислення її співвідношення з іншими державно-правовими явищами та процесами, зокрема екологічною (природоохоронною) функцією держави, екологічною державою та державною екологічною (природоохоронною) політикою. Адже саме природоохоронна діяльність має забезпечувати реалізацію екологічної функції держави та її екологічної політики. Так, із сутністю природоохоронної діяльності, її



правових засад тісно пов'язана природа екологічної (природоохоронної) функції держави. Поява останньої зумовлена поглибленням протиріч між суспільством і природою та необхідністю розширення державно-правового втручання у сферу відносин з охорони довкілля. Екологічна функція зумовлена соціальним обов'язком держави забезпечувати екологічний добробут й екологічну безпеку громадян.

Нині глобалізаційні процеси, на відміну від трансформаційних рубежів історії людства, здійснюються в досить напруженій світовій обстановці. Тому на порядок денний вийшло питання про перетворення сучасної держави на екологічну державу. Під екологічною державою розуміється політико-правова характеристика, принцип державного ладу, що визначає спрямованість на забезпечення екологічних інтересів громадянського суспільства та обов'язок щодо їх дотримання. Своєю чергою сутність державної екологічної політики інтерпретується як сукупність засобів впливу держави та інших політичних інститутів на систему «суспільство – довкілля» з метою своєчасного вирішення протиріч, що виникають у ній, забезпечення сприятливого для життя людини і суспільства навколишнього природного середовища та екологічної безпеки для нинішнього і майбутніх поколінь.

## Висновки

Отже, теоретико-правове поняття «природоохоронна діяльність» є пізнавальним інструментом поглиблення людських знань про природоохоронну діяльність як складний, багатогранний державно-правовий феномен. Теоретико-правове поняття природоохоронної діяльності – це форма мислення, що характеризується відображенням закономірних відношень і властивостей природоохоронної діяльності у вигляді міркувань про її загальні та специфічні ознаки. Під природоохоронною діяльністю варто розуміти цілеспрямований, відносно стабільний, свідомо-вольовий, урегульований правом різновид соціальної діяльності держави або інших уповноважених нею суб'єктів, що здійснюється за допомогою певних засобів, методів, способів і спрямований на забезпечення охорони навколишнього середовища, екологічної безпеки та екологічних прав людини за умови дотримання екологічної рівноваги та в контексті сталого розвитку сучасного суспільства. Співвідношення поняття «природоохоронна діяльність» з іншими поняттями теорії держави та права характеризує взаємне відношення, зв'язок і залежність природоохоронної діяльності з екологічною (природоохоронною) функцією держави, екологічною державою, екологічною (природоохоронною) державною політикою тощо.

**Grounds for ending of marriage in states of the world: comparative and law research***Hrytsyshyna Larysa**Postgraduate Student**Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law, Ukraine*

The paper is dedicated to issues of identification and determination of essence of grounds for ending of marriage. The essence and peculiarities of functioning of ending of marriage institution in such states as USA, Great Britain, Nigeria and Australia are viewed with the using of comparative and law method. There is determined that divorce is a ground for ending of marriage in all states that are analyzed by us, whereas the death of one of the couple is the ground for the ending of marriage in particular states only. However, annulment of marriage is legislative ground for ending of marriage in particular states. Comparative legal analysis also made it possible to establish that in each country the institution of divorce has certain features. In particular, in the United States, it is exclusively a court order to terminate a marriage and keep family law primarily in the hands of the states; lack of legal unification in the field of termination of marital relations in Great Britain; atypical for other countries reasons for divorce, the form and manner of legal representation of the death of one of the spouses as grounds for divorce and too cumbersome court proceedings for divorce in Nigeria; the close relationship between secular and ecclesiastical regulation of the institution of divorce and the emphasis on the procedural component in Australia. Therefore, it is concluded that the legal regulation and procedural aspect of the institution of divorce of each country is formed under the influence of such factors as customary law, the level of civilization of its culture and religiosity, the degree of interdependence of secular and ecclesiastical authorities, geopolitical positions and interests, administrative-territorial structure, the country's membership in a particular system of law, the level of "involvement" of the country in international relations and international legal regulation of socio-economic life in general and legal relations in the field of family and marriage in particular.

**Підстави припинення шлюбу у країнах світу: порівняльно-правове дослідження***Грицишина Лариса Валеріївна**аспірантка**Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, Україна***Вступ**

Одним із головних завдань будь-якої держави є посилення та охорона інституту сім'ї як базової суспільнотворчої та державотворчої одиниці. Як правило, таке завдання виконується із застосуванням, крім іншого, належного нормативно-правового забезпечення регулювання сфери сімейних відносин. Однак доволі часто цього інструменту та навіть «віртуозного» володіння ним стає не досить, щоб зберегти шлюб: шлюбно-сімейні відносини базуються здебільшого не стільки на суспільно-економічних та приватно-еконо-

мічних інтересах, скільки на емоційно-психологічних домінантах, тобто на притаманних людському біологічному виду чутливих елементах – почуттях любові, поваги, прив'язаності, кохання тощо. Якщо з часом із будь-яких причин зазначені чутливі елементи послаблюються або нівелюються, шлюб руйнується. І такий стан речей потребує окремого блоку законодавчого регулювання – нормативно-правового забезпечення процесу припинення шлюбно-сімейних відносин.

Українське законодавство також регулює питання припинення шлюбу, встановлюючи для цього такі підстави,



як розлучення та смерть одного із подружжя або оголошення його померлим (ст. 104 Сімейного кодексу України)<sup>1</sup>. Такий підхід загалом відповідає тенденціям цивілізованого світу, однак навіть серед найбільш розвинутих та успішних держав можемо відшукати ті, чия практика застосування підстав припинення шлюбу варіюється від загальноприйнятих норм. Розгляд практики припинення шлюбу в окремих країнах, законодавство котрих, на нашу думку, містить певні особливості, специфічні характеристики, не притаманні іншим країнам загалом і вітчизняному сімейному законодавству зокрема, дасть змогу здійснити різностороннє порівняльно-правове дослідження підстав припинення шлюбу й виокремити найбільш виразні домінуючі ознаки законодавчого забезпечення у сфері сімейно-шлюбних правовідносин певної країни з метою подальшої раціональної екстраполяції цих домінуючих на національне сімейне законодавство.

Отже, з огляду на викладене, **метою** цієї статті є порівняльно-правове дослідження підстав припинення шлюбу у різних країнах світу.

### Виклад основного матеріалу

Практика функціонування інституту припинення шлюбу у Сполучених Штатах Америки (далі – США) видається нам цікавою щонайменше із двох причин: по-перше, припинення шлюбу у цій країні є можливим лише за рішенням суду, незалежно від причин, що призвели до руйнації сім'ї, по-друге, у США закони, що регулюють питання сім'ї та шлюбу, перебувають переважно в компетенції окремих штатів, а не федерації.

І хоча норми сучасного американського сімейного права регулюють суспільні відносини, аналогічні тим, що регулюються українським сімейним законодавством, зокрема,

щодо укладання шлюбу та його розірвання, а в питаннях припинення шлюбу спостерігається демократизація правового регулювання, перехід до більш ліберального розуміння розлучення (донедавна в США шлюб міг бути припинений лише на одній із чітко визначених підстав)<sup>2</sup>, усе ж певні елементи інституту припинення шлюбу у США суттєво відрізняються від вітчизняних аналогів.

Насамперед ідеться про відсутність у законодавстві США прямої норми, котрою би закріплювалася смерть одного із подружжя як підстава припинення шлюбу. Разом із тим інша підстава, закріплена п. 2 ст. 104 Сімейного кодексу України, – розірвання шлюбу – детально викладена у зведеному вигляді в Уніфікованому акті про шлюб та розлучення (1970 р.). Зокрема, у § 302 указано, що ухвала суду про розірвання шлюбу буде прийнята за умов: 1) дотримання дев'яностоденного терміну доміцилу або військової служби однієї зі сторін на території США (у різних штатах цей термін варіюється від шести тижнів до двох років і застосовується у разі встановлення підсудності справи про розлучення суду такого штату<sup>3</sup>); 2) безповоротного руйнування шлюбу, доказами чого мають слугувати: окреме проживання сторін упродовж більш ніж 180 днів та серйозні суперечки в шлюбі, що негативно впливають на ставлення однієї або обох сторін до нього; 3) вирішення у судовому порядку питань опіки та утримання дитини та/або одного із подружжя<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Давидова Н.О. Інститут шлюбу в американському праві. *Фінансове право*. 2012. № 1. С. 228–234.

<sup>3</sup> Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. 5th ed. St. Paul, MN : West, 2011. 735 p.

<sup>4</sup> Uniform Marriage and Divorce Act drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Law and by it approved and recommended for enactment in all the states at its Annual Conference Meeting in its seventy-ninth year at St. Louis, Missouri, August 1–7, 1970. With Amendments Approved August 27, 1971, and August 2, 1973. With prefatory note and comments approved by the American Bar Association February 5, 1974. URL: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-54?CommunityKey=c5a9ecec-095f-4e07-a106-2e6df459d0af&tab=librarydocuments>.

<sup>1</sup> Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III / Верховна Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14?find=1&text=припинення+шлюбу#w1\\_1](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14?find=1&text=припинення+шлюбу#w1_1).

Фахівці зазначають<sup>5</sup>, що найбільш поширеною перешкодою для припинення шлюбу шляхом його розірвання виступає вирішення у судовому порядку питань опіки, утримання та пов'язаних із цим майнових аспектів: якщо суд не має юрисдикції розглядати зазначені питання або якщо один із подружжя не підпадає під юрисдикцію цього конкретного суду, то суд не зможе винести відповідної ухвали<sup>4</sup>. Таким чином, юридичні та бюрократичні питання припинення шлюбу шляхом його розірвання можуть бути пролонговані у часі.

Крім того, така пролонгованість припинення шлюбу може мати місце у зв'язку із тим, що закони багатьох штатів передбачають деяку відстрочку перед винесенням рішення про розлучення. Типовий період такої відстрочки для бездітних пар становить два місяці та шість місяців для сімейних пар з дітьми<sup>6</sup>. Але у деяких штатах очікування рішення може тривати до двох років.

Європейською країною, практика функціонування інституту припинення шлюбу котрої привертає увагу, є Великобританія. Особливостями її правової системи регулювання досліджуваного інституту є, по-перше, різні алгоритми припинення шлюбу в Англії, Уельсі та Шотландії й Північній Ірландії, тобто відсутність юридичної уніфікації у сфері припинення шлюбних стосунків, а по-друге, позиціонування анулювання (визнання недійсним) шлюбу як *підстави його припинення*. Крім того, законодавство Великобританії, як і законодавство розглянутих нами вище країн, але на відміну від вітчизняного законодавства, не визначає смерть одного із подружжя як підставу припинення шлюбу.

Перш ніж припинити шлюб на будь-якій із встановлених законодавством Великобританії підставі, подружжя повинно вирішити питання утримання дітей, зокрема їх фінансо-

вої підтримки, догляду за ними та юридично оформити цю домовленість, а також (найчастіше у судовому порядку) вирішити питання розподілу майна. Крім того, подружжя, яке прийняло рішення про припинення шлюбу шляхом *розлучення*, повинне переконатися, що виконуються такі умови: 1) шлюб укладено більше, ніж рік тому (за умови законної сепарації ця умова може не дотримуватися); 2) шлюб юридично визнано у Великобританії (це стосується й одностатевих шлюбів); 3) Великобританія – постійне місце проживання хоча б одного із подружжя<sup>7</sup>.

Лише після виконання всіх зазначених вище вимог подружжя (партнери) можуть розпочати юридичну процедуру розлучення або анулювання шлюбу. Для цього подружжю під час подання заяви на розлучення щонайперше необхідно буде довести, що шлюб розпався остаточно й усі засоби для його порятунку вичерпано. Для цього потрібно навести одну із причин (у юриспруденції Великобританії такі причини називають «фактами»): 1) *перелюб* (статеві стосунки одного із подружжя з особою протилежної статі); (якщо розлучення відбувається за законодавством Шотландії, то суд не вимагатиме жодних інших доказів того, що перелюб мав місце і є причиною розлучення, крім як фактичних даних, у разі спільної згоди подружжя на розлучення, і вимагатиме додаткові докази щодо твердження про перелюб, якщо одна зі сторін не згодна розлучитися<sup>8</sup>). Однак перелюб не може бути названо причиною розлучення, якщо після виявлення факту зради подружжя продовжувало спільно проживати упродовж 6 місяців<sup>7</sup>;

2) *нерозумна поведінка*, що охоплює фізичне насилля, систематичні образи або погрози, пияцтво або наркоманію, відмову від оплати витрат на спільне проживання<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Оскільки чинний варіант Уніфікованого акта про шлюб та розлучення нині містить ще коментарі членів комісії, що упродовж 1970–1974 рр. працювали над удосконаленням цього Закону, то ми послуговуємось не лише текстом його норм, але й зазначеними коментарями.

<sup>6</sup> California Family Code, 1969. URL: <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-2339.html>.

<sup>7</sup> Marriage, civil partnership and divorce. Gov.UK. URL: <https://www.gov.uk/browse/births-deaths-marriages/marriage-divorce>.

<sup>8</sup> Adultery. Advice for Scotland. URL: <https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/family/relationship-problems-s/getting-divorced-s/>.

У Шотландії нерозумну поведінку вбачають у психічній чи фізичній жорстокості, включно із насильством чи жорстоким поводженням, і менш очевидні речі – домінування над партнером, заборона партнеру виходити з дому або розмовляти із сусідами та друзями<sup>9</sup>. У разі, якщо нерозумна поведінка проявилася у вигляді насилля, сторона, яка ініціює розлучення, може отримати юридичну допомогу та допомогу на покриття судових витрат від держави;

3) *дезертирство* – один із подружжя покинув іншого щонайменше на 2 роки, перш ніж офіційно розпочати процес розлучення;

4) *сепарація* – якщо подружжя зможе довести, що упродовж останніх 2 років (у Шотландії цей термін становить 1 рік<sup>10</sup>) вони проживали не як подружжя (наприклад, харчувалися та спали окремо) і надасть спільну письмову згоду на розлучення, то воно може подавати заяву на розлучення. Якщо сепарація тривала 5 років (2 роки – у Шотландії) і більше, то спільної згоди на розлучення суд не вимагатиме<sup>7</sup>.

Іще однією причиною розлучення, котра є чинною для Шотландії та Північної Ірландії, але не зазначається у загальному законодавстві Великобританії, є *зміна статі* одним із подружжя. Якщо сторона-трансгендер надасть суду сертифікат, де зазначається, що він/вона змінили стать чи перебувають у відповідному процесі, то шлюб буде припинено шляхом розлучення<sup>11</sup>.

Передумовами припинення шлюбу на підставі *анулювання* (визнання шлюбу нікчемним) є: 1) проживання у Англії чи Уельсі щонайменше упродовж 1 року; 2) наявність постійного житла в Англії чи Уельсі не

менше, ніж упродовж 6 місяців<sup>7</sup>. Заява про припинення шлюбу на підставі анулювання може бути подана як упродовж першого року шлюбу, так і в будь-який час після весілля. Однак у такому разі подружжю доведеться надати додаткові пояснення щодо затримки їхнього рішення про анулювання шлюбу.

Анулювання шлюбу може бути визнане і застосоване судом як підстава припинення шлюбу за таких умов:

1) шлюб ніколи не був юридично чинним, і сторони зможуть довести хоча б одну із нижче перерахованих позицій:

– одному або обом із подружжя на момент одруження було менше, ніж 16 років;

– один із подружжя на момент укладення шлюбу уже був одруженим або перебував у цивільному партнерстві;

– шлюб був укладений із примусу, без добровільної згоди;

– між подружжям не було статевих стосунків від моменту весілля (ця умова не є чинною для одностатевих пар);

– один із подружжя мав венеричні захворювання на момент одруження;

– жінка на момент одруження була вагітна від іншого чоловіка;

2) один із подружжя перебуває у процесі зміни статі;

3) шлюб був законним, але у разі його укладання виконувалася хоча б одна з умов нікчемності шлюбу<sup>7</sup>.

Припинення шлюбу як на підставі розлучення, так і на підставі анулювання не відбудеться, допоки подружжя не легалізує цього факту.

Однією із країн, законодавство котрої закріплює, подібно до законодавства України, дві виключні підстави для припинення шлюбу – смерть одного із подружжя та розлучення – є Нігерія. Однак сімейне законодавство Нігерії, зокрема Акт про шлюбні справи (1970), встановлює низку особливостей припинення шлюбу.

Серед таких особливостей перш за все треба зазначити нетипові для законодавств

<sup>9</sup> Un reas on a blebe havi our. Advice for Scotland. URL: <https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/family/relationship-problems-s/getting-divorced-s/>.

<sup>10</sup> Living separate lives for one year and you both agree to the divorce. Advice for Scotland. URL: <https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/family/relationship-problems-s/getting-divorced-s/>.

<sup>11</sup> If you're applying for an interim gender recognition certificate. Advice for Scotland. URL: <https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/family/relationship-problems-s/getting-divorced-s/>.

інших країн причини, що можуть призвести до розлучення. До таких причин відповідно до Розділу 15 Акту про шлюбні справи належать:

- навмисна та наполеглива відмова відповідача здійснити шлюб (вступити у статеві відносини);

- перелюб відповідача після вступу у шлюб і неприпустиме з точки зору позивача подальше спільне проживання;

- відповідач покинув позивача на період щонайменше 1 рік, що передує моменту подання заяви (петиції) про розлучення;

- сепароване проживання (поза межами одного домогосподарства) не менше 2 років, що передували моменту подання петиції, за згоди відповідача на розлучення та не менше 3 років, навіть якщо відповідач не згодний припинити шлюб;

- одна зі сторін шлюбу упродовж не менше 1 року не виконувала подружніх обов'язків або повернула подружні права, прийняті відповідно до законодавства;

- з моменту укладення шлюбу відповідач упродовж не менше 2 років зловживав алкоголем і/або систематично перебував у стані алкогольного сп'яніння внаслідок надмірного вживання заспокійливих, наркотичних або стимулюючих препаратів;

- залишення відповідача позивачем упродовж 5 років без розумних засобів підтримки;

- перебування відповідача упродовж трьох і більше років з моменту укладення шлюбу та на момент подання петиції про розлучення у в'язниці за злочин, що тягне за собою смертну кару або карається позбавленням волі від 5 років;

- перебування відповідача упродовж 1 року, що передує даті подання петиції про розлучення, у в'язниці за спробу вбивства позивача або умисного заподіяння серйозної шкоди чи тяжкого поранення заявнику, або намір заподіяти йому серйозну шкоду чи тяжке тілесне ушкодження;

- систематична та умисна несплата встановлених у судовому порядку аліментів від-

повідачем позивачеві упродовж двох років, що передували даті подання петиції<sup>12</sup>.

Інша особливість нігерійської практики функціонування інституту припинення шлюбу проявляється у формі та способі законодавчої репрезентації такої підстави припинення шлюбу, як смерть одного із подружжя. Так, відповідно до Розділу 16 Акту про шлюбні справи суд видасть указ про припинення шлюбу з причини презумпції смерті одного із подружжя за умови, що позивач представить докази того, що упродовж 7 років, що передували даті подання заяви про припинення шлюбу, інший із подружжя був постійно відсутній, і що заявник (позивач) не мав підстав вважати, що інша сторона шлюбу на той час була жива, і якщо не буде встановлено та доведено факт, що інша сторона шлюбу на будь-який момент часу упродовж цього періоду була жива<sup>12</sup>.

Третьою особливістю функціонування інституту припинення шлюбу у Нігерії, на котрій вважаємо за необхідне наголосити, є процесуальний складник припинення шлюбу. Йдеться про те, що судовий процес щодо припинення шлюбу є доволі тривалим та громіздким, адже вважається, що це є запобіжним заходом проти розлучення (як і укладання шлюбу) з примусу. Крім того, процес припинення шлюбу, зокрема шляхом розлучення, в обов'язковому порядку передбачає залучення адвоката. Адвокат не лише допоможе з оформленням та поданням до суду позовних документів, але й зорієнтує у питаннях опіки над дітьми, їх матеріального утримання, розподілу майна тощо, сприятиме у збиранні доказів правоти позивача щодо розлучення тощо. Сам судовий процес є відкритим із залученням свідків у разі потреби, навіть якщо закінчиться на користь позивача, то постанова суду про розлучення набуде чинності лише через 3 місяці з моменту прийняття судового рішення<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Matrimonial Causes Act of Nigeria, 1970. URL: <http://lawsofnigeria.placng.org/laws/M7.pdf>.

<sup>13</sup> How to get a divorce in Nigeria. URL: <https://lawpadi.com/get-divorce-nigeria/#:~:text=Under%20the%20Matrimonial%20Causes%20Act,habitual%20drunkenness%2C%20criminal%20acts%20etc.>



На нашу думку, необхідно акцентувати увагу на практиці функціонування інституту припинення шлюбу такої країни, як Австралія. Практика цієї країни у контексті нашого дослідження є цікавою з тієї точки зору, що її сімейне законодавство вирізняється на тлі законодавств розглянутих нами вище країн такою особливістю, як спільна точка дотику між державним та церковним (зокрема, католицької церкви) регулюванням інституту шлюбу, зокрема, процесу його припинення. Цією точкою дотику є необхідність юридичного припинення шлюбу навіть за умови припинення шлюбу Трибуналом католицької церкви<sup>14</sup>. При цьому процес припинення шлюбу церквою є доволі складним, оскільки католицька церква не визнає повторного шлюбу людини, якщо її партнер від першого шлюбу ще живий, а також шлюбу розлученої людини із тим, хто ще не був одружений. Такий стан справ також призводить до певного конфлікту між церковною та світською владою, оскільки анулювати (тобто визнати нікчемним) шлюб, укладений за церковним законом, практично неможливо. Однак з позицій правової системи Австралії анулювання шлюбу не є підставою його припинення, оскільки за умови анулювання шлюб визнається незаконним, тобто таким, що не існував<sup>14</sup>. Законними підставами припинення шлюбу в Австралії, згідно із Законом про сімейне право Австралії (1975), є *розлучення та смерть* одного із подружжя<sup>15</sup>. При цьому такий законодавчий акт не містить прямої норми, котра би вказувала на смерть одного із подружжя як на підставу припинення шлюбу. Натомість ст. 55 Закону про сімейне право Австралії вказує, що немає потреби у набутті чинності судового рішення про розірвання шлюбу у разі смерті одного із подружжя<sup>15</sup>.

Водночас розлучення як підстава припинення шлюбу в австралійському законодавстві прописана доволі детально, але

з акцентом на процесуальний складник. Так, п. 1 ст. 48 Закону про сімейне право Австралії вказує, що заява до Суду у сімейних справах про розлучення повинна подаватися лише на тій підставі, що шлюб розпався безповоротно. Однак рішення суду про розірвання шлюбу шляхом розлучення буде прийняте лише тоді, якщо суд переконається, що сторони після подання заяви про розлучення розсталися і жили окремо упродовж щонайменше 12 місяців.

Суд не прийме рішення про розлучення, якщо переконається, що є обґрунтована ймовірність відновлення спільного проживання. При цьому окремим вважатиметься проживання сторін, навіть якщо вони продовжували ділити одне житлове приміщення та виконувати одна для одної певні побутові справи, не живучи при цьому як подружжя (ст. 49)<sup>15</sup>. Якщо після подання заяви про розлучення та сепарації сторони на певний час відновили спільне проживання, однак упродовж 3 місяців після цього знову розійшлися, періоди окремого проживання до та після спільного проживання для процесуальних цілей можуть розглядатися як безперервний період, але період спільного проживання не враховуватиметься як частина періоду окремого проживання (ст. 50)<sup>15</sup>.

Крім того, суд не прийме рішення про розлучення, якщо:

- паралельно із заявою про розлучення було подано заяву про визнання шлюбу нікчемним, поки одну із заяв не буде відкликано заявником (ст. 52);
- шлюб було укладено до набуття чинності Закону про сімейне право Австралії або поза межами Австралії (ст. 53)<sup>15</sup>.

За загальним правилом, судові рішення про розлучення набирає чинності через 1 місяць після його прийняття; але залежно від обставин та цілей суд може прийняти рішення про продовження або зменшення строку набрання чинності рішенням про розлучення. Якщо судові рішення про розлучення було оскаржене іншою стороною, то рішення апеляцій-

<sup>14</sup> FamilyLaw.URL:<https://www.gotocourt.com.au/family-law/annulment-of-marriage/>.

<sup>15</sup> Family Law Act of Australia 1975.No. 53, 1975 as amended. URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00355>.

ного суду набирає чинності через 1 місяць після прийняття рішення апеляційного суду або припинення апеляції.

Однак рішення суду не набуде чинності, допоки він не переконається, що: 1) у подружжя немає дітей, які не досягли 18 років; 2) що єдиними дітьми подружжя, які не досягли 18 років, є лише ті діти, які зазначені у рішенні суду; 3) за будь-яких обставин щодо дітей вжито заходів для їх належного утримання, догляду за ними та їх розвитку<sup>15</sup>.

### **Висновки**

Таким чином, вищевикладений аналіз практики функціонування інституту припинення шлюбу в різних країнах дає змогу сформулювати низку висновків: 1) в усіх проаналізованих країнах підставою для припинення шлюбу є розлучення, але не в усіх смерть одного із подружжя; крім

того, в окремих країнах анулювання шлюбу є законодавчо визначеною підставою для його припинення; 2) нормативно-правове регулювання та процесуальний аспект інституту припинення шлюбу кожної окремої країни формується під впливом таких факторів, як звичаєве право, цивілізаційний рівень розвитку її культури та релігійності, ступінь взаємозалежності світської та церковної влади, геополітичні позиції та інтереси держави, адміністративно-територіальний устрій, належність країни до тієї чи іншої системи права, рівень «втягнення» країни у міжнародні відносини та міжнародне правове регулювання суспільно-економічного буття загалом та правових відносин у сфері сім'ї та шлюбу зокрема.

Перспективи подальших розвідок вбачаємо у дослідженні співвідношення особливостей вітчизняної та зарубіжної практики функціонування інституту припинення шлюбу.



## **Improving the WTO dispute settlement mechanism and its effectiveness in ensuring compliance with the TRIPS Agreement**

***Hudkov Illia***

*Student at the International Law Faculty*

*Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The author of the article identified the main, most acute and urgent problems of the legal mechanism for resolving disputes within the WTO, and also formulated proposals for the modernization and renewal of this legal apparatus. The author reveals the direct dependence of the effectiveness of the implementation of the TRIPS agreement on the resolution of the problems existing in the WTO legal mechanism. To achieve the goals of the article, the author outlined the main difficulties that arise in the implementation of the WTO's main functions, on the basis of which it is possible to determine the directions of reforming this international institution. Analyzing the documents of the World Trade Organization and a number of scientific sources, the author came to the conclusion that after 25 years of activity of this organization and the disputes settlement within its framework, it becomes clear that the system is significantly outdated and needs to be updated. Due to the presence of serious problems in the dispute settlement mechanism, the further activities of the WTO as a single institution for the regulation of international trade disputes are being questioned. An important aspect is that these problems are exacerbated by the spread of geostrategic development, which only confirms the need to update and reform the legal mechanism of the WTO. Subsequently, the author analyzed the issue of non-observance of certain deadlines for carrying out the mandatory procedures necessary to resolve the dispute. The author examines, using the example of the most important instruments that the WTO offers, both for the preliminary and for the direct settlement of international trade disputes, the problem of the absence of sanctions for violation of the WTO procedural rules, which demonstrates the imperfection in the legal mechanism of the instruments that are necessary to ensure compliance with the requirements of the international settlement procedure. Finally, the author substantiated that in the context of the global crisis caused by the coronavirus pandemic, this issue of improving the dispute settlement mechanism within the WTO is of paramount importance, since in case of delay this can lead to serious economic losses both for participants in international trade and for the entire world community as a whole.

### **Introduction**

The issue of modernization of the WTO legal mechanism is one of the most pressing in the global crisis caused by the coronavirus pandemic. But no less important is the effectiveness of this mechanism in ensuring compliance with the TRIPS Agreement, which in the context of equal access to low-cost essential drugs and vaccines to prevent the spread of coronavirus is undoubtedly relevant and important for the world community.

### **Analysis of recent research and publications.**

Research in the field of procedural features of the implementation of the dispute settlement mechanism within the WTO is carried out by both domestic scientists: D. Chebisov<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Chibisov D.M. Procedure of dispute resolution within the framework of the World Trade Organization: theory and practice. *Actual problems of politics* : collection. Science. pr. /redkol. : S.V. Kivalov (ed.), L.I. Kormich (deputy ed.), Yu.P. Alenin etc. MES of Ukraine, NU OYUA. Odessa : Phoenix, 2011. Issue. 42. P. 135–144.

I. Guzhva<sup>2</sup>, A. Dukhnevych<sup>3</sup>, A. Garkusha<sup>4</sup>, and foreign scientists: V. Shumilov<sup>5</sup>, L. Zaitseva<sup>6</sup>, Van den Bossche Peter<sup>7</sup>. However, the specifics of improving the dispute settlement mechanism within the WTO and its effectiveness in ensuring compliance with the TRIPS Agreement in the scientific literature are still given insufficient attention, which necessitates further research.

The **purpose of the article** is to analyze current issues of the WTO legal mechanism, proposals for its improvement and updating, as well as analysis of the effectiveness of this mechanism in ensuring compliance with the TRIPS Agreement.

### The presenting of main material

Before analyzing proposals on reforming the mechanism for resolving disputes in the WTO should consider the main problems, which arise in the course of its implementation. In general, for the settlement of disputes in the WTO responsible dispute settlement body (hereinafter – DSB). DSB has exclusive competence to establish dispute settlement panels of experts to review the case and also take or reject shaped decisions. This allows to carry out monitoring of implementation rules and guidelines and, if necessary, use reprisals in case if the country is not performing established rules. One of the most important

tools for the prior settlement of international trade disputes, which offers WTO is consultation. Bilateral consultations are the first stage of a formal settlement of a dispute (Article 4 of Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (hereinafter – DSU). Parties are given the opportunity to discuss the problem and find a satisfactory solution for both sides without resorting to judicial proceedings (Article 4.5 of the DSU). If the same are required consultations have not led to a satisfactory solution within 60 days, the complainant may require the adjudication by a panel (Article 4.7 of the DSU). Request for consultations formally initiates a dispute in the WTO and triggers the application of the Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes<sup>8</sup>. After analyzing the practical aspect of dispute resolution, it was found that after the consultation stage, a significant number of disputes remain unresolved and do not reach the stage of establishing panels. So, since the beginning of 2000, the number of cases remaining at the consultation stage is about 113 cases, which is about 27% of the total number<sup>9</sup>. In my opinion, consultations, as one of the elements of the WTO's legal dispute settlement mechanism, played an important role in the WTO dispute settlement procedure, but over time the procedure changed and they became the stage at which member states discontinue dispute resolution. In the status “in consultations” case may de-facto remain for an unlimited amount of time, for example the case of the Korea-United States “Measures Concerning the Testing and Inspection of Agricultural Products”<sup>10</sup> which since 1995 is at the stage of consultations. Such facts give reason to conclude about the low

<sup>2</sup> Guzhva I.Y. Mechanism for resolving trade disputes in the WTO: theoretical aspects and modern practice in Ukraine and the world. *Scientific Bulletin of the International Humanities University. Series: Economics and Management*. 2015. Vip. 13. P. 8–13.

<sup>3</sup> Dukhnevych AV. Tendencies, prospects of agro-industrial complex development in the conditions of Ukraine's participation in the WTO. *Journal of the Bar Academy of Ukraine*. 2011. No. 1. P. 1–5.

<sup>4</sup> Garkusha A.O. Evolution of the mechanism of revision of disputes in the GATT/SOT and the current state of affairs. *Actual problems of sovereign administration : zb. sciences. pr. / heads. ed. V.V. Korzhenko. Kharkiv. 2008. Number 2. P. 34.*

<sup>5</sup> Shumilov, V.M. Law of the World Trade Organization (WTO): textbook for undergraduate and graduate programs. 2nd ed., Rev. and add. Moscow : Yurayt Publishing House, 2019. 219 p.

<sup>6</sup> Zaitseva L.I. Procedural features of consideration of disputes by arbitration groups of the world trade organization. *Bulletin of the Irkutsk State Technical University*. 2015. 72 p.

<sup>7</sup> Van den Bossche Peter. The law and policy of the WTO: text, cases and material / Peter Van den Bossche and Werner Zdouc. Third edition. Cambridge. 2013. 206 p.

<sup>8</sup> Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. URL: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm) (Last accessed: 15 November 2020).

<sup>9</sup> WTO chronological list of disputes cases. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm) (Last accessed: 15 November 2020).

<sup>10</sup> Korea – Measures Concerning the Testing and Inspection of Agricultural Products. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds3\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds3_e.htm) (Last accessed: 17 November 2020).

effectiveness of this method. At the same time, according to L.I. Zaitseva, “the reason for the low efficiency of consultations lies not in the method itself, but in the specifics of interstate relations and the specifics of emerging disputes”<sup>11</sup>. Thus, I believe that the need for consultations as the first stage of consideration is obvious, but the question arises about the problem of non-compliance with certain deadlines for the mandatory procedures necessary to resolve the dispute. The problem of the absence of sanctions for violation of the WTO procedural rules demonstrates the imperfection in the legal mechanism of the instruments that are necessary to ensure compliance with the requirements of the procedure for the settlement of international trade disputes. This problem also arises at the stage of consideration of the dispute by the panels. The procedure for considering a case in WTO panels is the main stage in resolving economic disputes, since at this stage the parties determine the severity of the problem, and also formulate recommendations that the parties must subsequently implement. This stage of the WTO dispute resolution procedure can be divided into three stages: appointing of the panels, panel’s adjudication of the dispute and the submission of a report, application of specialized procedures. Paying attention to recent events, namely the blocking by the United States of appointments of members of the Appellate Body since July 2017, it should be noted that this case demonstrated the imperfection of the Appellate Body’s work as an essential component of the WTO legal mechanism. There is no doubt that without a functioning appellate body, any party to a dispute could try to block the collegium’s decisions (by appeal), so – if no action is taken – this could undermine the WTO dispute settlement process as a whole. After analyzing the US Trade Policy Agenda 2018<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Zaitseva L.I. Procedural peculiarities of consideration of disputes by arbitration groups of the world trade organization. *Bulletin of Irkutsk State Technical University*. 2015. 72 p.

<sup>12</sup> 2018 US Trade Policy Agenda. URL: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017> (Last accessed: 20 November 2020).

and the US Annual Report 2017<sup>13</sup>, I identified the following complex issues of the WTO dispute settlement mechanism:

1) Disregard for the 90-day deadline for appeals. The appellate body, in the exercise of its powers and in the performance of the duties that were entrusted to it, does not comply with Article 17.5 of the DSU, according to which “In no case shall the proceedings exceed 90 days”. This raises concerns about transparency, inconsistency with “prompt dispute settlement” and uncertainty about the validity of the 90 days report.

2) Continued service by persons who are no longer AB members (Article 15 of the DSU). Under the DSU, it is the Dispute Settlement Body, not the Appellate Body, that has the authority and responsibility to decide whether a person whose term of appointment has expired should continue serving.

3) Issuing Advisory Opinions on issues not necessary to resolve a dispute. During the work of the WTO, a certain negative trend has been established “of WTO reports to draw conclusions that are unnecessary for dispute settlement or on issues not represented in the dispute”. It should be noted that the analyzed report refers to “one extraordinary case”, when more than two thirds of the analysis of the Appellate Body – 46 pages – were in the nature of an obiter dictum.

4) Appellate Body Review of facts and review of a Member’s domestic law de novo. According to Article 17.6 DSU, appeals are limited to “issues of law that are covered in the panel report and legal interpretations, developed by the Commission.” However, as practice shows, the Appellate Body is constantly reviewing the issue of establishing the facts according to different legal standards and comes to conclusions that are not based on the factual conclusions of the panel or indisputable facts. According to the United States (2017 US Annual Report), this is especially true for the review by the appellate body of the panel’s findings regarding the significance of domestic law, should be fact.

<sup>13</sup> 2017 US Annual Report. URL: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017> (Last accessed: 20 November 2020).

5) Appellate Body claims its reports are entitled to be treated as precedent. In the 2018 US Trade Policy Program, the US states that the Appellate Body has argued that its reports are in fact precedent and that the panels must comply with the Appellate Body's previous reports in the absence of "cogent reasons". But such claims have no basis in the WTO rules. It should be noted here that the Appellate Body reports can provide valuable clarification of the covered agreements, Appellate Body reports are not themselves agreed text nor are they a substitute for the text that was actually negotiated and agreed. Having considered the main problems of the WTO legal mechanism, it is necessary to proceed to the analysis of proposals for its improvement.

After analyzing the Europe Union 2018 report<sup>14</sup> on the improvement of the multilateral trading system and the activities of the international organization WTO, I identified the proposals that, in my opinion, are the most relevant for today:

1) Comprehensive amendment to the provisions of concern regarding the functioning of the Appellate Body. This amendment could include the following elements: Article 17.5 of the DSU and the issue of 90 days. Changing the 90-days rule in Article 17.5 of the DSU by providing an enhanced transparency and consultation obligation for the Appellate Body. In particular, Article 17.5 could be amended to provide that "In no case shall the proceedings exceed 90 days, unless the parties agree otherwise". The Appellate Body would need to consult with the parties early in appellate proceedings or even before the appeal is filed, if it estimates that the report will be circulated outside 90 days. If there is no agreement of the parties on the exceeding of this timeframe there could be a mechanism pursuant to which the procedure or working arrangements for the particular appeal could be adapted to ensure the meeting of the 90-day timeframe. This may also include publishing the report in the language of appeal only for purposes of meeting the 90-day

<sup>14</sup> 2018 Europe Union Trade report. URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0379\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0379_EN.html) (Last accessed: 23 November 2020).

time limit. Translation into other WTO languages and official circulation and adoption will take place later. However, it should be clear that these changes – such as the duty to consult – cannot affect the negative consensus procedure in Article 17.14 of the DSU, nor the effect of the later reports of the Appellate Body.

2) An increase in the number of members of the Appellate Body from 7 to 9. This would enhance the efficiency of the Appellate Body while improving the geographical balance of the Appellate Body following the accession of important members since 1995. In addition, the internal organization of the Appellate Body could be improved. For example, three divisions out of three members could hear an appeal at any time without overlapping in the composition of these divisions.

3) Ensuring that membership of the Appeals Body is a full-time job. At present, *de jure*, according to the decision of the DSB, this is part-time work. This would improve the efficiency of the Appellate body. And it must also be accompanied by appropriate changes in the conditions of employment – remuneration, pension, etc. Expanding the resources of the Appellate Body Secretariat can be seen as a side event. This will not require changing the DSU.

4) Transitional Rules for Severance Members of the Appellate Body. By codifying a rule in Article 15 in the DSU, thereby addressing the chief about US concerns that this rule was not approved by WTO members. For example, the DSU may anticipate that a member of the appellate body who is retiring must complete an appeal in which a hearing has already occurred during that member's term.

5) Findings unnecessary for the resolution of the dispute. Modifying Article 17.12 of the DSU, according to which the Appellate Body shall address each of the issues raised on appeal. For instance, it could be added to the extent this is necessary for the resolution of the dispute. This would address concerns about Appellate Body making long "advisory opinions", or "obiter dicta", not necessary to resolve the dispute.



Indirectly, this would also address the concern related to Article 17.5 DSU.

6) The meaning of municipal law as the issue of fact. It should be noted that the legal issues that are highlighted in the panel's report and legal interpretations do not include the significance of municipal events. Although they include and should include their legal characteristics in accordance with WTO legislation. For this purpose, a footnote may be added to Article 17.6 DSU.

7) The issue of precedent. Providing for regular exchanges between the Appellate Body and WTO Members, on top of the Members' right, in Article 17.14 of the DSU, to express views on Appellate Body reports when they are adopted. This would provide an additional channel of communication where concerns with regard to some Appellate Body approaches could be voiced for example treating previous rulings as precedents, no evolution of case-law. Indeed, the WTO Membership would have a chance to comment on more systemic issues or on trends in jurisprudence in meetings unrelated to the adoption of particular Appellate Body reports. At the same time, this change would not be inconsistent with the independence of the Appellate Body members, especially if they were not, in any event, eligible for re-appointment. Adequate transparency and ground rules for such meetings could also be put in place, in order to avoid undue pressure on Appellate Body members.

8) Independence of members of the Appellate Body. Providing for one single but longer (6–8 years) term for Appellate Body members. This would address the EU concern with respect to the independence of the Appellate Body. It would also improve the efficiency of the Appellate Body. There would be certainty about the length of one's term and a longer term would allow to benefit from the experience on the job.

Also noteworthy is the effectiveness of this mechanism in ensuring compliance with the TRIPS agreement, which is of undoubted importance for the entire world community in the context of establishing equal access to affordable essential drugs and vaccines in order

to prevent the spread of coronavirus. Taking into account the unfavorable epidemic situation, the discussion of ways to expand access to necessary medicines, the possibility of importing medicines at a lower price, as well as issues of their reproduction is in the first place. K. Tronczynski insists on this: "Despite the existing differences in the political, economic and social spheres, the countries of Eastern Europe are characterized by common problems associated with expanding the population's access to essential medicines. Moreover, regardless of whether it is a WTO member country, it must have a harmonious system of regulation of the domestic pharmaceutical market. At the same time, it is necessary to have a clear understanding that the domestic pharmaceutical market is closely related to the global one. In this regard, there is a need to harmonize the mechanisms regulating the domestic pharmaceutical market with international rules trade, which will ultimately contribute to expanding access of the population to essential medicines<sup>15</sup>". But even after the Doha Round, where the implementation of the TRIPS Agreement was considered, the situation with the WTO trade negotiations remains tense. In my opinion, against the background of many years of absence of real progress in reaching the package agreements of the round, there is growing confidence in the impossibility of reaching a consensus on the entire set of measures to liberalize trade, envisaged by the Doha Plan 10 years ago. The implementation of TRIPS directly depends on the legal mechanism of the WTO, which is reflected in the procedural aspects of the rule-making activity. Thus, blocking the negotiating function of the WTO confirms the need for flexibility in approaches to negotiations. This reflects the concept of a flexible multilateral treaty where members interested in solving the problem of implementing the TRIPS Agreement, which is not yet ready for full multilateral consensus. After

<sup>15</sup> Tronczynski K. Medicines and public health patents. URL: <https://www.apteka.ua/article/12757> (Last accessed: 24 November 2020).



examining the EU 2018 proposals<sup>16</sup> to improve the WTO activities, I have identified the most relevant and effective proposals in order to strengthen the negotiating function and assist in strengthening political participation and support of multilateral negotiations:

1) Multilateral negotiations. In areas where multilateral consensus has not been reached, multilateral negotiations should be actively supported and pursued, which should remain open to membership for all members, and whose results will be applied on a most-favored-nation basis.

2) Study the possibility of making changes to the agreement of the WTO with a view to creating a new application, which contains a set of multilateral agreements, which are used on the basis of the greatest assistance and which can be modified by using a simplified process.

3) Role of the Secretariat: A proposal for a ministerial decision should be put forward that strengthens the role of the WTO Secretariat in supporting various negotiation processes as well as monitoring.

4) Building political support: WTO Members should explore ways to build greater political support and participation in the WTO, including options for the frequency of ministerial conferences, and ways to revitalize senior officials' processes. In my opinion, the implementation of these very proposals provides an opportunity to improve the negotiation function of the WTO

and strengthen the political participation of WTO members, which will lead to the effective implementation of the TRIPS Agreement.

## Conclusions

Unfortunately, the multilateral trading system is facing its deepest crisis since its inception. For the first time, the main provisions of the WTO are under threat, which not only regulate the rules of international trade, but also ensure the effective operation of the WTO dispute settlement mechanism. Therefore, there is an urgent need to focus on modernizing this important international institution. In my opinion, the issue of applying the proposals I have analyzed in this article to resolve explicit and obvious, but at the same time no less acute problems in the dispute resolution system within the WTO is exceptional and urgent. And in the context of the global crisis caused by the coronavirus pandemic, this issue becomes of paramount importance, since in case of delay it can lead to serious economic losses both for participants in international trade and for the entire world community as a whole. The implementation of proposals to improve the situation in the implementation of the TRIPS Agreement is equally important and directly depends on the improvement of the negotiating functions and the legal mechanism of the WTO. And in the context of establishing equal access to affordable essential medicines and vaccines, in the context of the spread of the coronavirus pandemic, is of utmost importance.

<sup>16</sup> 2018 Europe Union Trade report. URL: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0379\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0379_EN.html) (Last accessed: 23 November 2020).

## **Nullum crimen, nulla poena sine lege in the practice of the Constitutional courts of Ukraine and Germany**

**Demchuk Pavlo**

*Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Criminology  
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

This article is about the principle of legality under the criminal law on the decisions of the Ukrainian Constitutional Court and the Federal Constitutional Court of Germany. There were several reasons for choosing the German legal order for comparative study. This is justified by the similarity of legal systems. Germany, just as Ukraine, belongs to the continental legal system. There are a few hard cases involving the application of the provisions of the principle of legality and exceptions to it are connected with Germany – the Nuremberg trials, the decision of the European Court of Human Rights in case *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*.

The international human rights obligations of Germany and Ukraine are similar. These include The European Convention on Human Rights, The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights. All of these acts contain the principle “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

The comparison is carried out on two levels – constitutional formalisation of the legality principle’s provisions and the practice of its application by the Constitutional Courts. The constitutional provisions are a fundamental stage for criminal law creation and application.

The legality principle application in Germany allows concluding the broad interpretation of its requirements. They concern both the expanded interpretation of the prohibition of retroactive application of the criminal law and the requirements to the rules of interpretation and formulation of criminal law provisions. Decisions of the Constitutional Court of Ukraine are gradually developing the requirements of the principle of legality in criminal law. Noncompliance with the requirements of the predictability and certainty of criminal law led to the unconstitutionality of two articles of the Criminal Code of Ukraine.

### **Nullum crimen, nulla poena sine lege у практиці органів конституційної юстиції України та Німеччини**

**Демчук Павло Володимирович**

*аспірант кафедри кримінального права та кримінології*

*Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

#### **Вступ**

Визначеність та передбачуваність положень кримінального закону закладають передумови для того, щоб людина могла поклатися на його положення із тим, щоб визначати, яка її поведінка є дозволеною, а яка матиме кримінально-правові наслідки. Ці міркування є одними із цінностей, що становлять підва-

лини принципу “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”<sup>1</sup>.

З огляду на те, що порівняльний метод – це метод, що полягає у зіставленні двох чи більше таких, що можуть бути порівняні, об’єктів та виділення в них загального, спільного, схо-

<sup>1</sup> Hall Jerome. “Nulla Poena Sine Lege”. Articles by Maurer Faculty. 1378. 1937. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1378>.

жого, відмінного та унікального<sup>2</sup>, його використання для дослідження принципу законності зумовлюється необхідністю критичного аналізу змісту його вимог у національному кримінальному праві. Предмет дослідження вибраний із тим, щоб через рішення органу конституційного контролю оглянути рівень розробленості принципу законності у національній доктрині.

Методи порівняльних досліджень у кримінальному праві є досить поширеними. У частині дослідження принципів кримінального права до них зверталися В.О. Гацелюк, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, О.С. Олійник, М.І. Хавронюк, С.І. Хилюк та інші науковці.

**Метою статті** є вироблення рекомендацій щодо розширення змісту конституційного принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege* у національній доктрині через порівняння практики органів конституційної юстиції України та Німеччини.

### Виклад основного матеріалу

Розкриваючи питання принципу законності в кримінальному праві, неможливо оминати розробки Пауля Йоганна Анзельма фон Феєрбаха, який у праці “*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden reinlichen Rechts*” визначив три складники цього принципу: *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону), *nulla poena sine crimine* (немає покарання без злочину), *nullum crimen sine poena legalis* (немає злочину без встановленого в законі покарання)<sup>3</sup>. У сучасних дослідженнях до принципу законності відносять такі гарантії, як: заборона зворотного застосування кримінального закону, заборона істотної або обтяжуючої аналогії; чітка визначеність законів, що включає передбачуваність покарання та доступність конкретної норми,

що визначає покарання; вираження кримінального закону у писаній формі<sup>4</sup>.

Принцип законності в кримінальному праві Німеччини має конституційне походження, адже у § 2 ст. 103 Основного закону Федеративної Республіки Німеччина визначено, що діяння може мати наслідком покарання лиш у тих випадках, якщо караність таких дій була встановлена законом до його вчинення<sup>5</sup>.

Принцип законності в кримінальному праві України також має конституційне походження, однак не настільки чітко формалізований. Стаття 58 визначає, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом’якшують або скасовують відповідальність особи; ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення<sup>6</sup>.

Залежно від елемента принципу законності, який досліджується в рішенні конституційного суду, аналізовані рішення розділимо на дві категорії: щодо визначеності та точності кримінального закону; щодо правил зворотної дії кримінального закону. До окремого підвиду останньої категорії можна віднести рішення, у яких досліджувалися питання застосування кримінального закону до осіб, які на момент вчинення певного діяння діяли відповідно до закону, який був згодом визначений як «неправовий». Таких рішень немає в практиці КСУ, тому пропонуємо розпочати дослідження із них.

Предметом конституційного контролю в рішенні ФКС Німеччини від 24 жовтня 1996 року була відповідність засудження партійних керівників НДР за злочини, що були пов’язані із розстрілом громадян під час спроби переходу кордону між Східною та

<sup>2</sup> Хавронюк М.І. Компаративний метод у сучасному кримінально-правовому дослідженні: мета застосування. Право.ua. 2017. № 1. С. 5–9, с. 7. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/pravo\\_2017\\_1\\_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/pravo_2017_1_3).

<sup>3</sup> Dubber M.D., & Hörnle T. Criminal Law: A comparative approach. 2016. P. 73.

<sup>4</sup> Rauter Thomas. Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege. Springer International Publishing AG. Springer Nature. 2017. P. 20.

<sup>5</sup> Basic Law for the Federal Republic of Germany. 1949. URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (дата звернення: 21.10.2020).

<sup>6</sup> Конституція України. 1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 21.10.2020).

Західною Німеччиною, положенням § 2 статті 103 Основного Закону. Захист стверджував, що обвинувачені діяли відповідно до законів, що були чинними на території НДР, та не порушували їх. У рішенні наголошено на тому, що правова ситуація, коли ФРН повинна здійснювати свої повноваження щодо кримінальних справ на основі права держави, що не тільки не дотримувалася принципів демократії і поділу влади, але і не поважала основних прав, може привести до конфлікту між обов'язковими приписами Основного Закону щодо верховенства права і абсолютною заборонаю зворотної дії, що містяться в § 2 статті 103. Тому у цій винятковій ситуації необхідності об'єктивного правосуддя, яке також включає необхідність поваги прав людини, визнаних міжнародним співтовариством, суд позбавлений можливості погодитися із такими аргументами захисту<sup>7</sup>.

Така аргументація є застосуванням формули Г. Радбруха: «Конфлікт між справедливістю і правопевністю міг би бути вирішений так, що позитивне й гарантоване приписами і силою право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Винятки становлять лише ситуації, коли суперечність чинного закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як «несправедливе право» має поступитися справедливості»<sup>8</sup>. Європейський суд з прав людини погодився із такою аргументацією та встановив відсутність порушення статті 7 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

У рішенні від 26 лютого 1969 р. предметом розгляду було ретроактивне продовження строків давності щодо злочинів, за скоєння яких загрожує довічне ув'язнення. ФКС Німеччини визнав, що це не буде порушенням вимог § 2 статті 103 Основного Закону здебільшого через те, що ці положення визнача-

ють умови визнання діяння караним, а положення про термін давності притягнення до кримінальної відповідальності регулюють тривалість переслідування визнаної караною поведінки<sup>9</sup>.

Ситуація продовження строків давності відома кримінальному праву України. Законом України від 08.04.2014 року № 1183-VII було доповнено частину 5 статті 49 КК України тим, що строки давності не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114-1<sup>10</sup>. На необхідність додаткового обґрунтування пропонованих змін звертало увагу Головне науково-експертне управління у висновку на проєкт закону. Видається, що парламентарі відкинули ці зауваження. Тому у разі, коли у судовій практиці виникатиме питання ретроактивного збільшення строків давності, визначених у статті 49 КК України, такий закон буде відповідати принципу верховенства права, оскільки аналіз природи кримінально-правової норми дозволяє ствердити, що вона регламентує лише законодавчий строк кримінального переслідування певного діяння, а не його караність.

Через заборону ретроактивного притягнення до кримінальної відповідальності було обґрунтоване рішення ФКС Німеччини від 15 грудня 2015 року щодо європейського ордеру на арешт. У ньому суд зазначив, що, незважаючи на сферу дії гарантії § 2 статті 103 Основного Закону, яка поширюється на матеріальне кримінальне право, а положення про екстрадицію є процесуальним правом, може виникнути ситуація, за якої громадянин Німеччини відповідатиме за дії, які не мали суттєвого зв'язку з іноземною державою, яка запитує дозвіл на екстрадицію, і не були визнані злочинними в Німеччині, на час їх вчинення, – це буде рівнозначним

<sup>7</sup> Рішення у справі «Streletz, Kessler and Krenz v. Germany». § 22. 2001. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59353> (дата звернення: 30.10.2020).

<sup>8</sup> Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право. *Проблеми філософії права*. 2004. Т. 2. С. 89.

<sup>9</sup> Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. / Сост. Юрген Швабе, Торстен Гайсслер. Пер. с нем. под руков. Ф. Тишendorфа. Москва: Инфотропик Медиа. 1048 с. С. 980.

<sup>10</sup> Закон України від 08.04.2014 року № 1183-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1183-18#n6>.



ретроспективному застосуванню кримінального закону. Тому суд виключив допустимість екстрадиції у випадках, які не мають істотного зв'язку з країною, яка вимагає екстрадиції (діяння відбулося повністю або частково на території цієї держави, і там же настали наслідки або їх частина). Якщо ж ці умови не виконуються, належить, щоб діяння було злочином згідно з німецьким законодавством<sup>11</sup>.

Заборони зворотного застосування кримінального закону стосувалися Рішення КСУ від 26.02.2019 року № 1-р/2019. Автори подання порушували питання про те, що власники, які придбали активи перш ніж була запроваджена кримінальна відповідальність за ст. 368-2 КК України, були позбавлені можливості довести правомірність підстав для набуття таких активів у власність через те, що вони не могли знати про необхідність збереження таких доказів<sup>12</sup>. КСУ не вдавався до аналізу цих аргументів, однак указав, що розгляд питання щодо неприпустимості зворотної дії в часі статті 368-2 Кодексу вимагає врахування приписів інших його статей, а саме частини другої статті 4, частини другої статті 5<sup>13</sup>.

Якості кримінального закону стосувалися рішення Другого Сенату від 3 липня 1962 р., у якому вказано, що значення положень § 2 статті 103 Основного Закону не вичерпується заборонаю призначення покарання за аналогією, з посиланням на правовий звичай або зворотну силу, вони на понятійному рівні передбачають застереження про закон для кримінально-правових норм. Законами за змістом § 2 статті 103 Основного Закону є не тільки закони у формальному сенсі, а й правові постанови інших органів, які прийняті в рамках повноважень і відповідають умовам, передбаченим в § 1 статті 80 Основного Закону. Обвинуваченому може бути призна-

чено покарання виключно на підставі положень закону або прийнятої в рамках законних повноважень постанови правового характеру, що обґрунтовують караність. Якщо законодавець досить чітко визначає, що повинно бути покараним, і якщо він далі встановлює вид і розмір покарання у формальному законі і делегує іншому органу лише право на визначення складу злочину, то правова безпека і свобода окремої людини охороняються відповідно до мети і змістом ст. 104 Основного Закону<sup>14</sup>.

Аналізоване рішення нашою хує на рефлексії щодо легітимності визначення окремих ознак складів злочинів у бланкетних диспозиціях, що відсилають на підзаконні нормативно-правові акти. Вона не є новою в Україні. О.О. Дудоров зазначав, що принцип законності у разі, коли бланкетна диспозиція норми КК відсилає до підзаконного нормативного акта, зобов'язує правозастосувача з'ясувати, на підставі якого закону цей акт прийнято і чи відповідає останній відповідному закону. Втрата чинності кореспондуючими приписами регулятивного законодавства, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, унеможливує застосування останніх<sup>15</sup>.

Бланкетні диспозиції побічно були предметом аналізу КСУ в рішенні від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000. Досить цікавою є аргументація суду «від зворотного», а саме, що «кримінальний закон, який визначає діяння як злочин, може містити посилання на положення інших нормативно-правових актів. Якщо ці положення надалі змінюються, загальний зміст кримінального закону, в такому разі диспозиція його норм, змін не

<sup>11</sup> Albi A., & Bardutzky S. National constitutions in European and global governance. Volume 1. 2019. С. 448.

<sup>12</sup> Конституційне подання 59 народних депутатів України. 2017. URL: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/m\\_s\\_1\\_p\\_2919\\_1.rar](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/m_s_1_p_2919_1.rar) (дата звернення: 15.12.2020).

<sup>13</sup> Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

<sup>14</sup> Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. / Сост. Юрген Швабе, Торстен Гайсслер. Пер. с нем. под руков. Ф. Тишендорфа. Москва : Инфотропик Медиа. 1048 с. С. 975–976.

<sup>15</sup> Дудоров О.О. Бланкетність у кримінальному праві: проблеми і перспективи. *Запорізькі правові читання* : тези доповідей щорічної Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15–16 травня 2008 року / За заг. ред. С.М. Тимченка і Т.О. Коломощ. Запоріжжя : ЗНУ, 2008. С. 372–378. URL: <https://crimpravo.com/naukovistatti-kryminalne-pravo/blanketnist-u-kryminalnomu-pravi.html#i-3>.



зазнає. Протилежне означало б можливість зміни кримінального закону підзаконними актами, зокрема постановами Верховної Ради України, указами Президента України та актами Кабінету Міністрів України, що суперечило б вимогам пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України»<sup>16</sup>. У попередніх пунктах суд послідовно вказує, що справді розміри мінімальної заробітної плати в Україні встановлювались не тільки законами, але й підзаконними актами. На недоліках обґрунтування цього рішення також наголошує О.К. Марін, який звертає увагу на недоцільність його застосування у судовій практиці, зокрема, через втрату юридичної сили акта, який підлягав тлумаченню та зміні ситуації із нормативним регулюванням мінімального розміру заробітної плати<sup>17</sup>. Така ситуація, коли суд був змушений обґрунтувати рішення штучно створеними поняттями, щоб не допустити негативної ситуації в правозастосуванні вкотре наголошує на питанні прив'язки до твердої величини в цілях визначення грошових розмірів у КК України.

У Рішенні ФКС Німеччини від 20.03.2002 року було визнано неконституційною можливість покладення покарання майнового характеру відповідно до положень 43а Кримінального кодексу. Вказана стаття дозволяла судді додатково до позбавлення волі на певний строк або довічного позбавлення волі накласти на засудженого у спеціально визначених законом випадках майновий штраф, який визначався відповідно до оцінки майна засудженого<sup>18</sup>. Мотивами суду було те, що для особи, до якої застосовується покарання майнового характеру неприйнятним з правової точки зору чином, ускладнюється можли-

вість передбачити вид і розмір санкції, яку він повинен очікувати як реакції держави на його злочин<sup>19</sup>. Таким чином, суд акцентує увагу, що не лише ознаки складу злочину повинні бути визначені законом, а й свобода розсуду судді у призначенні покарання повинна бути регламентована певними межами.

Питання справедливості та правил призначення покарання поставали в Рішенні КСУ від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання). У ньому суд зазначив, що окремим виявом справедливості є питання відповідності покарання скоєному злочину; категорія справедливості передбачає, що покарання за злочин повинно бути домірним злочину. Це означає не тільки те, що передбачений законом склад злочину та рамки покарання відповідатимуть один одному, а й те, що покарання має перебувати у справедливому співвідношенні із тяжкістю та обставинами скоєного і особою винного<sup>20</sup>. У цій справі хоч основним доводом був дискримінаційний підхід у законі щодо осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості порівняно з іншими обвинуваченими, але це рішення вирізняється тим, що в ньому вказано на можливу несправедливість закону, а також на необхідність дотримання правил призначення покарання із тим, щоб забезпечити його справедливість.

Як і в рішеннях Європейського суду з прав людини, ФКС Німеччини вказує на те, що кримінальне право не може повністю відмовитися від застосування загальних понять, які будуть однозначно визначені в законі і які потребують судового тлумачення. У зв'язку з цим § 2 статті 103 Основного Закону вимагає дотримання певних рамок опису діяння в законі. Не можна в загальному сказати, яким ступенем визначеності повинен володіти окремий склад злочину. Це залежить від осо-

<sup>16</sup> Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

<sup>17</sup> Марін О. Ще раз про зворотню дію кримінального закону у часі в аспекті опосередкованої криміналізації. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2018. Вип. 67. С. 205–212, с. 207. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu\\_yu\\_2018\\_67\\_22](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu_yu_2018_67_22).

<sup>18</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. 2002. URL: <https://lexetius.com/StGB/43a,2> (дата звернення: 30.10.2020).

<sup>19</sup> Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. / Сост. Юрген Швабе, Торстен Гайсслер. Пер. с нем. под руков. Ф. Тишendorфа. Москва : Инфотропик Медиа. 1048 с. С. 995.

<sup>20</sup> Рішення КСУ від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення: 15.12.2020).

бливостей відповідного складу злочину і від обставин, які привели до такого правового регулювання. Закон повинен тим точніше визначати умови караності, чим суворіше підлягає призначенню покарання<sup>21</sup>.

Якість кримінального закону оцінювалася у рішенні КСУ від 11 червня 2020 року № 7-п/2020. У ньому суд вказав, що в статті 375 КК України не встановлено критеріїв, за якими можна визначити, який вирок, рішення, ухвала або постанова судді (суддів) є «неправосудними», а також не розкрито змісту сполучення слів «завідомо неправосудний», що уможливорює неоднозначне розуміння складу злочину, кваліфікацію якого здійснено за цією нормою<sup>22</sup>. Цей аргумент слід проаналізувати у сукупності із вищенаведеним рішенням ФКС Німеччини щодо можливості в кримінальному законі існування понять, що потребують ситуативного тлумачення, а також практики ЄСПЛ, що наявність усталеного судового тлумачення свідчить про дотримання гарантій принципу законності в кримінальному праві<sup>23</sup>. Зміст словосполучення «завідомо неправосудний» знаходить здебільшого усталену дефініцію у судовій практиці, а також доктрині кримінального права. Верховний Суд у ході касаційного провадження міг сформулювати правовий висновок, який би розвіяв усі сумніви щодо змісту цього поняття.

Водночас слід звернути увагу на іншу частину цього рішення, а також на аргумент ФКС Німеччини щодо мірила визначеності кримінально-правової норми. КСУ вказав, що, виходячи з гарантованого Конституцією України принципу незалежності суддів, оспорювані положення Кодексу, якими визначено діяння, що є злочинами, суб'єктом яких

є суддя, має бути сформульовано законодавцем так, щоб державний орган, будь-яка посадова особа були не в змозі використати їх як спосіб впливу на суддю та втручання у здійснення ним правосуддя<sup>24</sup>. Справді, наявність усталеної практики тиску на суддів через реєстрацію кримінальних проваджень за ст. 375 КК України внаслідок невизначеності її формулювань свідчить про необхідність підвищення рівня якості цієї статті.

## Висновки

Незважаючи на те, що принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* має досить лаконічне конституційне закріплення, ФКС Німеччини активно розвиває його зміст та застосовує положення цього принципу, забезпечуючи неухильне дотримання прав та свобод людини. Органом конституційної юстиції Німеччини сформульовані важливі правила, які обґрунтовано належить перейняти в національне кримінальне право України щодо застосування положень принципу законності, а саме:

- конкретизація ознак окремих злочинів у підзаконних нормативно-правових актах повинна здійснюватися лише на підставі належного уповноваження законодавцем іншого органу на прийняття такого акта;
- вимоги правової визначеності кримінально-правових положень та матеріальної справедливості часто перебувають у конкуренції, їх одночасне задоволення неможливе, тому перевагу має права визначеність, крім випадків кричущої несправедливості;
- абсолютна визначеність положень кримінального закону неможлива, неминучою є судова інтерпретація положень кримінального закону, яка обмежується змістом слова закону, при тому ця межа повинна оцінюватися з точки зору адресата норми;
- визначеність положень кримінального закону залежить від особливостей складу

<sup>21</sup> Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. / Сост. Юрген Швабе, Торстен Гайсслер. Пер. с нем. под руков. Ф. Тишendorфа. Москва : Инфотропик Медиа. 1048 с. С. 983.

<sup>22</sup> Рішення Конституційного Суду України від 11 червня 2020 року № 7-п/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

<sup>23</sup> Рішення у справі «Кокінакіс проти Греції». Заява № 14307/88, пар. 40, 52. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57827>.

<sup>24</sup> Рішення Конституційного Суду України від 11 червня 2020 року № 7-п/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text> (дата звернення: 30.10.2020).

злочину та обставин, що призвели до існування такого правового регулювання, чим суворіше покарання – тим більш точно повинен бути визначений склад злочину;

– суддівський розсуд у разі призначення покарання повинен бути регламентований правилами призначення покарань, а також межами можливих санкцій.

На жаль, практика Конституційного Суду України щодо застосування положень принципу законності в кримінальному праві для оцінки якості кримінально-правових норм ще перебуває на етапі формування. Перед судом поставали важливі дилеми між якістю кримінально-правових норм, необхідністю дотримання споконвічних засад кримінальної юстиції та запитом суспільства на боротьбу з корупцією. Аналіз рішень суду, що дотичні до принципу законності в кримінальному праві, свідчить про те, що вони формуються на підставі визнаних постулатів міжнародного права, практики Європейського суду з прав людини. З іншого боку, наявні проблеми юридичної аргументації неконституційності положень кримінального закону суд воліє радше залишити поза межами тексту, основні аргументи, щоб читач самостійно доповнив мотивувальну

частину рішення. На це вказують також судді КСУ в окремих думках.

Переїняття прогресивної міжнародної практики сприятиме вирішенню однієї із чільних проблем національного кримінального права – невизначеності та неточності понять, які використовує законодавець у КК України. Різне змістове наповнення термінів «істотна шкода», «тяжкі наслідки», інших не визначених у законі та судовій практиці понять, необхідність тлумачення відкритих переліків у з'ясуванні окремих ознак елементів складів злочинів є порушенням вимог принципу законності в кримінальному праві.

Належить переконливо стверджувати, що на якість застосування вимог принципу законності в кримінальному праві впливає не лише розробленість цього інституту в доктрині або ж у судовій практиці. Першочергове значення має правова свідомість як населення, до якого потенційно можуть застосовуватися положення кримінального закону, так і тих, хто уповноважений на його застосування. Адже, як відомо, основні правові концепції народжуються в дискурсі, і саме від якості цього дискурсу залежить якість захисту прав людини та основоположних свобод в Україні.

## **Judicial bodies in the fight against crime in the western regions of the Ukrainian SSR 1944–1953**

*Dumanivska Alla*

*Court Administrator*

*Lviv District Administrative Court, Ukraine*

The provisions of the scientific article highlight the role of the judiciary in the fight against crime in the western Ukrainian region in the first postwar decade. The political and legal peculiarities of general criminal cases have been studied. It is noted that the procedural rights of the accused, including the right to defense, were violated. The principle of adversarial parties was also formal. The participation of the defense and the prosecutor in the trial is considered. It has been established that only those lawyers who had special permission to participate in such cases were appointed during the trial of criminal cases in court. The Soviet regime tried to remove disobedient, “uncontrolled” lawyers from the bar, and those who continued their activities too zealously were prosecuted. The judge “carefully” listened to the prosecutor’s position. If the defendant had the misfortune to fall under the flywheel of a political campaign, even the testimony of witnesses could not affect the severity of the sentence. A witness in the courtroom could easily turn into an accused. Any criminal case could be given a political character.

It is investigated that the political situation that developed in the postwar period in the western Ukrainian region left its mark on the judicial practice in criminal cases. The tasks assigned to him by the Soviet authorities were carried out by a judge through the consideration of criminal cases in court with the application of severe punishment.

It was noted (in the USSR and the Ukrainian SSR) during 1945–1953 that repression of general criminal cases intensified, which was accompanied by the adoption of a number of legal acts by which the authorities legalized severe measures against persons accused of speculation, hooliganism, home brewing, and theft of socialist property. During the campaign against illegal abortions, the Decree of July 8, 1944 established criminal liability for abortion. The judges were, of course, unofficially asked to supply as many forced “builders of communism” as possible to the Gulag. This was reflected in the severity of the sentences, even for minor violations of the so-called socialist legitimacy.

### **Судові органи в боротьбі з кримінальною злочинністю в західних областях Української РСР 1944–1953 рр.**

*Думанівська Алла Ярославівна*

*судовий розпорядник*

*Львівського окружного адміністративного суду, Україна*

#### **Вступ**

Відомо, що судові органи в правовій демократичній державі відіграють вирішальну роль у забезпеченні і захисті прав, свобод людини і громадянина. Тому опрацювання історико-правового досвіду як позитивного, так і негативного буде корис-

ним для завдань реформування судової системи України.

В історії судової системи України особливе місце посідає період 1944–1953 рр. У західноукраїнському регіоні, як і загалом по Союзу РСР, він характеризується причетністю судової системи до масових репресій проти «ворогів народу» та загальнодержав-



них кампаній «боротьби за ...» та «боротьби з ...». Разом із тим на теренах західних областей УРСР судова система мала певні регіональні особливості, зокрема кадрові, національні тощо.

Історія радянської судової системи в Україні була і є предметом зацікавлення науковців колишнього радянського і пострадянського періодів, зокрема вітчизняних, а також низки науковців зарубіжних країн. Проте дослідженню судової системи у західних областях України у перше повенне десятиріччя приділено, на наш погляд, не досить уваги, зокрема відсутні спеціальні праці з цієї тематики.

**Мета статті** полягає у ґрунтовному вивченні архівних джерел, за допомогою яких досліджено боротьбу суддів з кримінальною злочинністю у західних областях Української РСР 1944–1953 рр.

### Виклад основного матеріалу

Теоретичне ознайомлення з радянським законодавством без знання реальної практики роботи радянських судів може наштовхнути на помилкове, ілюзорне уявлення про радянське кримінальне правосуддя.

На нашу думку, радянський закон лише формально надавав підсудному низку процесуальних прав. Зокрема, кримінальний закон спеціально визначав можливі випадки відводу судді, якщо підсудний чи його захисник доведуть, що є обставини, які викликають сумніви у його неупередженості.

Щоправда, самі радянські судді не надто переймалися цією фікцією – однією з багатьох у реаліях «першої у світі держави робітників і селян». Наприклад, під час судового розгляду справи з обвинувачення громадян Табінського і Головки за ст. 2 Указу від 7 квітня 1948 р. «Про кримінальну відповідальність за виготовлення і продаж самогону» судом Миколаївського району Львівської області не було роз'яснено підсудному

його прав, а особливо права на відвід судді<sup>1</sup>. Думається, ця інформація потрапила до архівів лише тому, що перевіряюча інстанція повинна була, згідно з наявною практикою «боротьби за ...», виявити якийсь, зазвичай дрібний недолік.

Формальним був і принцип змагальності сторін. Так, наприклад, у справі № 574 з обвинувачення гр. Яйко за ст. 4 Указу від 4 червня 1947 р. «Про кримінальну відповідальність за крадіжку державного і суспільного майна» судом м. Самбір розглянуто справу без участі захисника та ненадання останнього слова підсудному<sup>2</sup>.

Відповідно до ст. 91 Конституції УРСР 1937 р. (і ст. 111 Конституції СРСР 1936 р.) обвинувачений отримав право на захист. Однак радянські юристи-теоретики і практики на такому праві обвинуваченого не наполягали. Радянський режим намагався усунути з адвокатської колегії неслухняних, «непідконтрольних» адвокатів, а тих, котрі надто ревно продовжували свою діяльність, притягали до ... кримінальної відповідальності. Серед архівних матеріалів зберігся лист за № 09-1418 від 6 жовтня 1949 р. МЮ СРСР до суддів Дрогобицької області, де йшлося про те, що «деякі особи, котрі були виключені із колегії адвокатів, займались підпільною діяльністю, обслуговували громадян з цивільних і кримінальних справ». То ж суддів зобов'язали «виявляти підпільних адвокатів і передавати матеріали органам прокуратури

<sup>1</sup> Узагальнення практики розгляду кримінальних справ народними судами Дрогобицької області по Указу ПВР від 7 квітня 1948 р. «Про кримінальну відповідальність за виготовлення і продаж самогону». Обобщения практики работы народных судов (по Дрогобычской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 20 января – 20 декабря 1948 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 50. Арк. 86–88.

<sup>2</sup> Довідка-огляд роботи народного суду м. Самбір з розгляду кримінальних і цивільних справ, що надійшли в Дрогобицький обласний суд з касаційними скаргами і протестами в I і II кварталах 1950 р. Обобщения практики работы народных судов (Дрогобычской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 11 мая – 13 июля 1950 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 49. Арк. 31–33.



для притягнення їх до кримінальної відповідальності»<sup>3</sup>.

До того ж будь-якій кримінальній справі могло бути надано політичного характеру. У радянському кінематографі цю обставину переконливо передає монолог В. Шарапова у лігві «Черной Кошки»: А не было ли у тебя умысла на теракт?

Так би мовити першою скрипкою будь-якого судового процесу був прокурор. Радянський формально «незалежний» суд уважно прислухався до позиції прокурора, а подекуди навіть і боявся його. Про це свідчать й архіви. Так, прокурор Добромильського району Дрогобицької області не був присутній у судових засіданнях щодо 50 справ, але нітрохи не був збентежений цією обставиною. Із пояснювальної записки секретаря суду М. Волошина від 26 червня 1949 р. випливає, що «районний прокурор без надання офіційної вимоги під час відсутності судді зайшов у канцелярію суду і, погрожуючи арештом, вимагав у секретаря видати йому всі справи»<sup>4</sup>.

Вважати радянських суддів якоюсь фрондою чи опозицією радянським прокурорам не доводиться взагалі. Приміром, «виправдувальні» покази підсудного суддею часто не бралися до уваги і навіть не перевірялись. Навіть якщо підсудний заявляв про уже понесене ним покарання! Наприклад, у справі № 4 за обвинуваченням Б. Рипило судом Сколівського району Дрогобицької області від 17 грудня 1949 р. фігуранта засуджено за ч. 1 ст. 5 Указу від 26 червня 1940 р. до чотирьох місяців позбавлення волі за самовільне залишення робочого місця. У судовому засіданні підсудний заявив про вже понесене ним покарання за цей злочин. Однак покази

<sup>3</sup> Розпорядження Управління МЮ УРСР по Дрогобицькій області до всіх народних судів. Розпорядження Управління Міністерства юстиції УРСР по Дрогобычесской области: 10 январа – 31 декабра 1949 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 31. Арк. 20–61.

<sup>4</sup> Докладная УМЮ по Дрогобычесской области. Доклады о состоянии работы органов юстиции и судов (Дрогобычесской области): 31 марта – 24 декабря 1949 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 39. Арк. 46–53.

підсудного судом не було взято до уваги і не перевірено<sup>5</sup>.

Якщо підсудний мав нещастя потрапити під маховик тієї чи іншої політичної кампанії, навіть покази свідків не могли вплинути на тяжкість винесеного карального вироку. Так, наприклад, у справі № 588 за обвинуваченням громадян Вореги і Головка за ч. II ст. 98 КК на досудовому слідстві не було допитано свідків, вказаних обвинуваченими<sup>6</sup>. Зауважимо, що свідок у залі судового засідання радянського суду міг легко перетворитися на обвинуваченого. Так, у справі № 543 з обвинувачення гр. Гринько за ст. 2 Указу від 7 квітня 1948 р. «Про кримінальну відповідальність за виготовлення і збут самогону» судом порушено ст. 61 КПК, оскільки безпідставно відкрито кримінальну справу проти свідка Є.П. Готівняк, причому його оштрафували на 100 крб. і вибрали міру запобіжного заходу –тримання під вартою<sup>7</sup>.

Посилення кримінальної політики щодо загальнокримінальних справ у післявоєнному Союзі РСР супроводжувалось прийняттям низки нормативно-правових актів. Отже, дещо поріділий під час війни контингент ув'язнених у виправно-трудовах таборах знову посилено поповнювався дешевою робочою силою.

<sup>5</sup> Довідка про якість роботи народного судді Сколівського району за даними Дрогобицького обласного суду. Обобщения практики работы народных судов (Дрогобычесской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 11 мая – 13 июля 1950 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 49. Арк. 11–15.

<sup>6</sup> Довідка-огляд роботи народного суду Самбірського району з розгляду кримінальних і цивільних справ, що поступили в Дрогобицький обласний суд з касаційними скаргами і протестами в 1-му і 2-му кварталі 1950 р. Обобщения практики работы народных судов (Дрогобычесской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 11 мая – 13 июля 1950 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 49. Арк. 6–11.

<sup>7</sup> Довідка-огляд роботи народного суду Старосамбірського району з розгляду кримінальних та цивільних справ (по Дрогобычесской области). Обобщения практики работы народных судов (Дрогобычесской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 11 мая – 13 июля 1950 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 49. Арк. 16–20.

Забезпечити конвеєр нових надходжень державних рабів була покликана радянська судова система.

Відповідно до Постанови РНК УРСР № 1633 від 1 грудня 1944 р. «Про посилення боротьби зі спекуляцією і розкраданням товаро-матеріальних цінностей» Народного комісара юстиції УРСР Бабченка зобов'язали забезпечити розгляд у судах справ цієї категорії протягом 10 днів<sup>8</sup>.

Виявлення продуктів харчування у кількості, що перевищувала тижневий раціон сім'ї, яка проживала в місті, вважалося доказом спекуляції. Продаж особистих речей домашнього вжитку також розглядався як спекуляція. Продаж речей не з метою збагачення, а виключно для підтримання бюджету сім'ї ставав достатньою підставою для засудження за Законом від 22 серпня 1932 р. «Про боротьбу зі спекуляцією» з призначенням покарання від 5 до 10 років концтаборів. Для кращого розуміння проблеми наведемо приклади із радянської судової практики. Так, суддею Гребінченко суду Рудківського району Львівської області було засуджено гр. Воробей на три роки позбавлення волі з поразкою в правах за ст. 127 КК (спекуляція). Підсудна, щоб вижити, перепродувала промислові товари у м. Львові.

Намагання окремих народних суддів виявити похвальні людські якості, як-от співчуття до обвинувачених, суворо обривалися властями. Ось декілька прикладів. Суддя Савенко в м. Дрогобичі розглянула справу з обвинувачення за спекуляцію гр. Пульвер за продаж на базарі камінців для запальничок і жіночих гребінців. Суддя, мотивуючи вердикт тяжкими умовами життя обвинуваченого та його сім'ї, замість засудити до позбавлення волі за спекуляцію застосував покарання у вигляді штрафу в сумі 3000 руб. На

<sup>8</sup> Постанова РНК УРСР №1633 від 1 грудня 1944 р. «Про посилення боротьби зі спекуляцією і розкраданням товаро-матеріальних цінностей». *Збірник чинних законів, указів Президії Верховної Ради і постанов уряду Української РСР. У 3-х т.* Київ : Державне вид-во політичної літератури УРСР, 1949. Том 1. С. 102–103.

думку керівника Управління юстиції у Дрогобицькій області, «суддя ухвалив ліберальний вирок»; то ж копієчну (ще до грошової реформи 1947 р.) справу було спрямовано на розгляд до Верховного суду УРСР<sup>9</sup>.

У Наказі № 18/42 від 21 вересня 1946 р. Міністерства юстиції СРСР «Про посилення боротьби зі спекуляцією» наголошувалося суддям на безумовному виконанні Постанови Ради Міністрів Союзу РСР від 13 вересня 1946 р. «Про посилення боротьби зі спекуляцією»<sup>10</sup>.

Післявоєнне активне застосування в західних областях УРСР Указу «Про боротьбу із хуліганством» від 10 серпня 1940 р. спричинило наплив справ такої категорії до судів і засудження великої кількості осіб, дії котрих часто нічого спільного із хуліганством не мали. Так, наприклад, за 1945 р. у суди Дрогобицької області надійшло 24 справи про хуліганство<sup>11</sup>, а за перше півріччя 1952 р. розглянуто 84 справи про хуліганство<sup>12</sup>. До засуджених за цією статтею застосовувалось покарання у вигляді позбавлення волі на термін до п'яти років з відбуванням покарання у виправно-трудовах таборах.

Після закінчення Другої світової війни у СРСР–УРСР виготовлення, зберігання та торгівля самогоном, відповідно до ст. 132 КК УРСР, каралися позбавленням

<sup>9</sup> Звіт про роботу Управління НКЮ УРСР у Дрогобицькій області. Отчеты управления Народного комиссариата юстиции УССР по (Дрогобычской) области о работе за IV квартал 1944 года: 25 декабря 1944 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп.1. Спр. 2. Арк. 39–50.

<sup>10</sup> Приказы, директивы и инструкции НКЮ СССР и УССР, Верховного суда СССР: 6 марта 1946 г. – 23 декабря 1946 г. ДАВО (Державний архів Волинської області). Ф. Р-18. Оп. 2. Спр. 9. Арк. 142–153.

<sup>11</sup> Доклад о работе Управления НКЮ УССР при Дрогобычском областном исполнительном комитете депутатов трудящихся, народных судов и нотариальных контор за второе полугодие 1945 г. Отчеты и доклады Управления Народного комиссариата юстиции УССР по (Дрогобычской) области за I и II полугодие 1945 г.: 22 апреля – 2 февраля 1945 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп.1. Спр. 6. Арк. 54–68.

<sup>12</sup> Обобщения практики работы народных судов (по Дрогобычской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 1953 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 85. Арк. 2–39.

волі на строк до двох років з конфіскацією всього майна або штрафом до п'ятисот карбованців<sup>13</sup>.

Владні структури, навпаки, вимагали вжиття якомога рішучіших репресивних заходів. Так, Указом Президії Верховної Ради СРСР від 7 квітня 1948 р. «Про кримінальну відповідальність за виготовлення і продаж самогону» запроваджувалася кримінальна відповідальність за самогоноваріння<sup>14</sup>.

В архівах збереглися справи, пов'язані із застосуванням цього Указу. Так, у справі з обвинувачення гр. Ю. Геніка за ст. 1 Указу ПВР СРСР від 7 квітня 1948 р. судом Стрілківського району обвинуваченого за виявлені 1 (один) літр самогону і закваску засуджено до 6 (шести) років виправно-трудоих таборів з конфіскацією майна<sup>15</sup>.

У справі № 658 з обвинувачення гр. І. Ветрикуш за ст. 2 згаданого Указу судом Комарнівського району Дрогобицької області підсудного засуджено до виправних робіт терміном на шість місяців з відрахуванням 25% із заробітної плати з випробувальним терміном на три роки умовно. Однак за протестом районного прокурора вирок суду за «м'якістю» було скасовано<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Особлива частина. Розділ V «Господарські злочини». Кримінальний кодекс УРСР. (Затв. ЦВК Української РСР 8 червня 1927 р.): офіц. текст із змінами і доп. на листопад 1949 р., з постатейними матеріалами і додатками. Київ : Держ. вид-во політ. літер. УРСР, 1950. С. 40–46.

<sup>14</sup> Указ Президії Верховної Ради СРСР від 7 квітня 1948 р. «Про кримінальну відповідальність за виготовлення і продаж самогону». Кримінальний кодекс УРСР. (Затв. ЦВК Української РСР 8 червня 1927 р.): офіц. текст із змінами і доп. на листопад 1949 р., з постатейними матеріалами і додатками. Київ : Держ. вид-во політ. літер. УРСР, 1950. С. 129.

<sup>15</sup> Обобщение судебной практики по (уголовным) делам о спекуляции, рассмотренным народными судами Дрогобычской области во 2-м и 3-м кварталах 1952 г. Обобщения судебной практики по отдельным категориям уголовных дел, рассмотренных народными судами (Дрогобычской) области: 7 сентября – 1 декабря 1952 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 69. Арк. 83–85.

<sup>16</sup> Довідка-огляд роботи народного суду Комарнівського району з розгляду кримінальних та цивільних справ. Обобщения практики работы народных судов (Дрогобычской) области по рассмотрению отдельных категорий уголовных и гражданских дел: 11 мая – 13 июля 1950 г. ДАЛО (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 49. Арк. 28–30.

Після завершення воєнних дій в УРСР в умовах післявоєнної розрухи та загального зубожіння населення закономірно спостерігалось збільшення скоєння корисливих злочинів.

ПВР СРСР водночас видала два укази від 4 червня 1947 р. «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і суспільного майна» і «Про посилення охорони особистої власності громадян». Новими указами радянський режим вимагав застосування судами суворих і довготривалих заходів покарання за крадіжку будь-якого майна, незалежно від його вартості<sup>17</sup>.

Надмірну жорсткість указів, особливо там, де йшлося про фізичне виживання «злодія» чи його родини, розуміли всі, включаючи і суддів. Деякі з них навіть намагалися запобігти застосуванню покарань, встановлених Указом. Вони використовували право на власний розсуд під час ухвалення рішень, та почали знаходити шляхи для того, щоб запобігти винесенню суворих вироків, яких вимагав закон<sup>18</sup>. До прикладу, вирок суду Глустенського району Тернопільської області від 7 серпня 1947 р. С.Д. Лещинина було засуджено за ч. 2 ст. 1 Указу від 4 червня 1947 р. за крадіжку 130 снопів у односельчан – до одного року виправно-трудоих робіт із стягненням щомісяця 25% коштів (згідно зі ст. 46 КК УРСР)<sup>19</sup>.

У справі з обвинувачення гр. Марчука за ст. 3 Указу від 4 червня 1947 р. (обвинувачено за крадіжку з колгоспного поля 22 снопів жита) суд Березнівського району Рівненської області дії підсудного кваліфікував відповідно до ст. 154 КК і застосував до нього

<sup>17</sup> Семенов Н. Советский суд и карательная политика. Мюнхен, 1952. 150 с.

<sup>18</sup> Соломон П. Советская юстиция при Сталине / Перевод с англ. Л. Максименкова. 2-е изд. Москва : Российская полит. энциклопедия (РОССПЭН); Фонд первого Президента России Б.Н. Ельцина, 2008. С. 394.

<sup>19</sup> Докладные записки о результатах ревизии Тернопольского облуправления МЮ УССР и судов (Тернопольской области) за 1949 год. ДАТО (Державний архів Тернопільської області). Ф. Р-10. Оп. 3. Спр. 38. Арк. 34–39.



заходи покарання у вигляді штрафу в розмірі 200 крб.<sup>20</sup>.

Однак більшість суддів поспішили приєднатися до кампанії, остереігаючись звичних для таких обставин заходів контролю, та стали використовувати і статті Кримінального кодексу УРСР і статті указів. Так, уже 16 липня 1947 р. (тобто через півтора місяці після виходу указів. – *А.Д.*) під час перевірки суду Березнівського району Рівненської області встановлено, що «за п. «в» і «г» ст. 170 КК (за крадіжку) цим судом було розглянуто дев'ять справ, за якими засуджено 12 осіб, з них п'ять осіб засуджено до позбавлення волі від двох до шести років, ще п'ять осіб – від року до двох років позбавлення волі. За Указом від 4 червня 1947 р. судом розглянуто п'ять справ, за якими було засуджено вісім осіб до п'яти років концтаборів»<sup>21</sup>.

Паралельне застосування (відносно ліберальних) статей Кримінального кодексу і (надміру жорсткого) Указу тривало майже три місяці, після чого була прийнята Постанова Пленуму Верховного суду СРСР № 12/6 від 22 серпня 1947 р., яка заборонила всім судам щодо майнових злочинів застосовувати статті Кримінального кодексу, а натомість було запропоновано кваліфікувати всі майнові злочини згідно з указами від 4 червня 1947 р.<sup>22</sup>.

Поряд з боротьбою з кримінальною злочинністю йшла кампанія боротьби з незаконними абортами (пізніше аборти у СРСР були декриміналізовані). Указом від 8 липня 1944 р. встановлювалася кримінальна відповідальність за незаконний аборт. Винні жінки каралися одним роком примусових робіт, а у разі повторного – ув'язненням терміном до

трьох років; лікарі – від трьох до п'яти років ув'язнення<sup>23</sup>.

Після передачі справи з абортарію до прокуратури райпрокурор протягом 24 годин мав вирішити питання про порушення кримінальної справи і передати матеріали слідчому для проведення слідства. Після закінчення слідства всі справи щодо незаконних абортів передавалися до суду для розгляду по суті протягом 10-денного терміну<sup>24</sup>.

Однак з огляду на практично повну відсутність протизаплідних засобів, аборт був майже єдиним механізмом внутрішньосімейного регулювання. Його заборона, хоч і могла надати швидкий ефект, була досить жорстким заходом, що грубо втручався в приватне життя жінки. Попри все, кількість нелегальних абортів зростала. Так, за перше півріччя 1952 р. у Дрогобицькій області із 61 зафіксованого випадку абортів 55 жінок потрапили в тяжкому стані до лікарні, одна жінка померла. Зокрема, великий наплив справ спостерігався у судах Ходорівського, Жидачівського, Старо-Самбірського, Стрілківського, Сколівського районів.

Тим часом зростали негативні наслідки від шкоди, заподіяної здоров'ю жінок виконаними нелегальними абортами. Прикладом може служити розглянута справа № 61 щодо громадян Оводової, Кузьменко і Дерій, засуджених судом Дрогобицького району за ч. III ст. 143 КК., котрі, не маючи медичної освіти, в антисанітарних умовах робили аборти, внаслідок чого потерпілі померли від зараження крові<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Особлива частина. Розділ VII «Злочини проти життя, здоров'я, волі і гідності особи». Кримінальний кодекс УРСР. (Затв. ЦВК Української РСР 8 червня 1927 р.): офіц. текст із змінами і доп. на листопад 1949 р., з постановними матеріалами і додатками. Київ : Держ. вид-во політ. літер. УРСР, 1950. С. 46–50.

<sup>24</sup> Шипік Н.Ф. Реалізація пронаталістської політики у повоєнні роки на прикладі Сталінської області. *Наукові праці Черноморського державного університету імені Петра Могили. Сер.: Історія.* 2009. Том 115. Випуск 102. С. 56–62.

<sup>25</sup> Матеріали обобщення судебної практики по делам, предусмотренным ст.ст. 143, 143-1, 143-2, 143-3 УК УССР, рассмотренным нарсудами (Дрогобычской) области в первом полугодии 1952 г. Обобщения судебной практики по отдельным категориям уголовных дел, рассмотренных народными судами (Дрогобычской) области: 7 сентября – 1 декабря 1952 г. ДАЛЮ (Державний архів Львівської області). Ф. Р-1371. Оп. 1. Спр. 69. Арк. 53–56.

<sup>20</sup> Акт ревизии народного суда Березновского района. Наряд № 26. Акты ревизий народных судов (Ровенской области): январь–декабрь 1949 г. ДАРО (Державний архів Рівненської області). Ф. Р-104. Оп. 4. Спр. 22. Арк. 1–13.

<sup>21</sup> Акт ревизии народного суда Березновского района. Акты ревизий народных судов (Ровенской области): 27 января – декабрь 1947 г. ДАРО (Державний архів Рівненської області). Ф. Р-104. Оп. 4. Спр. 11. Арк. 369–375.

<sup>22</sup> Из практики Пленума Верховного суда СССР. *Социалистическая законность.* 1948, июль (№ 7). С. 63–64.

**Висновки**

У підсумку відзначимо такі міркування. У своєму протистоянні кримінальній злочинності радянський суддя був несамоостійним. Під час винесення вироків судді звично користувалися не буквою закону, а «актуальною» на

той чи інший відрізок часу партійною чи урядовою постановою. Партійний диктат довлів над кодексами і презумпціями, чергова кампанія не залишала суддям права на «добросердя» та «лібералізм». Проте навіть у цих умовах спостерігаємо «не типові» вирoki. Можливо, давався ознаки і т.зв. корупційний складник (?).



**Ethical principles of interaction of a judge with litigants***Kondratova Iryna**Postgraduate Student**Academy of Advocacy of Ukraine, Ukraine*

The fundamental ethical principles of interaction of a judge with litigants have been singled out and discussed in this article as components of the system. It is substantiated that such principles should include, in particular, but not limited to, the principle of respect, equality and non-discrimination of litigants, the principle of impartiality of a judge and the principle of publicity.

It is noted that the relevance of the ethical principles of activity of a judge is conditioned today by the meticulous public attention to the conduct of judges, through the prism of assessment of which a public view of fair trial, independent judiciary, and hence trust in judiciary are being formed.

A conclusion on the leading role of the principle of respect has been drawn on the basis of the analysis of the current legislation and national rules of judicial ethics, as well as international standards governing the ethics of conduct of a judge in a court. Respect is a necessary component of interaction of a court with all litigants. A judge may demand respect for himself/herself only by showing due respect to others. Violation of this dogma results in violation of other principles, in particular, the principle of impartiality of a judge in the administration of justice.

It is proved that the interaction of a judge with litigants from the standpoint of ethical principles includes: 1) verbal communication, which involves verbal expression of the judge's opinion, which should be ethical in its form, content and intonation; 2) non-verbal communication, in which body language, gestures (kinesics) and facial expressions (mimics) play a significant role.

It is stated that the ethics of verbal communication with litigants mostly lies in the field of control of a judge who is aware of the meaning of own words and understands the message of such words. Instead, the peculiarity of non-verbal communication is its mostly unconscious nature. It can be that a judge does not even know that his/her facial expression, posture or gesture have cast doubt on his/her impartiality. This may be due to different cultural or national peculiarities of litigants, or other non-legal circumstances.

Analyzing different manifestations of verbal and non-verbal communication, it is argued that the judge should not try to be pleasant or hit the taste of litigants. The ethics of the conduct of a judge, which involves control over his/her words, gestures, movements, emotions, is intended to establish litigants' trust in the actions and decisions of a judge.

**Етичні засади взаємодії судді з учасниками судового процесу***Кондратова Ірина Дмитрівна**аспірантка**Академії адвокатури України, Україна***Вступ**

Ефективність діяльності судової системи, належна реалізація функції правосуддя є запорукою розвитку демократичного суспільства та держави, в якій сповідується принцип вер-

ховенства права. Критерії оцінки зазначених показників є різними та в різний історичний час суспільного розвитку можуть змінюватися. Сучасний етап державотворення характеризується прискіпливою увагою громадськості до поведінки суддів, крізь призму

оцінки якої формується суспільне уявлення про справедливе судочинство, незалежну судову владу, а отже, і довіра до неї. Тому питання етики діяльності судді нині є актуальними та набувають широкої популярності серед представників різних професійних кіл: суддів, які намагаються удосконалити етичні стандарти своєї поведінки; журналістів, які висвітлюють проблеми сфери судової діяльності; громадських активістів, які пильнують «чистоту» суддівського корпусу; і, безумовно, наукову спільноту, яка прагне розвинути знання про етику суддів, судового процесу та сфери правосуддя загалом.

Суддівську етику прийнято розглядати з урахуванням двох сфер: під час реалізації суддею функції правосуддя та щодо поведінки судді поза судом. Крім того, до уваги беруться суб'єкти, з якими взаємодіє суддя. Зокрема, насамперед на увагу заслуговує питання суддівської етики в контексті взаємодії судді з учасниками судового процесу, які є його ключовими фігурами, від реалізації прав і виконання обов'язків яких залежить його рух і результат.

**Метою** нашої статті є виокремлення та системний аналіз ключових етичних засад взаємодії судді з учасниками судового процесу.

### Виклад основного матеріалу

Варто розпочати з того, що до учасників судового процесу національне законодавство відносить різних суб'єктів, які поділяються за своїм процесуальним статусом. Наприклад, у цивілістичному судочинстві (цивільному, господарському, адміністративному) учасниками судового процесу є учасники справи, представники, інші учасники (помічник судді, секретар судового засідання, судовий розпорядник, свідок, експерт, експерт з питань права, перекладач, спеціаліст). У кримінальному судочинстві виокремлюють сторону обвинувачення, сторону захисту, потерпілого з його представником, інших учасників кримінального провадження, коло

яких визначене у параграфі 5 гл. 3 Кримінального процесуального кодексу України. Загалом, різноманітність складу учасників судового процесу, що закономірно супроводжується їх різними правами, обов'язками та правилами поведінки, може специфікувати етику поведінки судді стосовно конкретної особи. Наприклад, як витікає з висновків Консультативної ради європейських суддів, свої особливості мають відносини суддів із прокурорами<sup>1</sup>, а також з адвокатами<sup>2</sup>. Очевидно, що такий підхід зумовлений диференціацією не лише процесуальних, а насамперед професійних статусів згаданих осіб, які накладають свій відбиток на етику загалом судового процесу. Водночас законодавчо закріплені засади організації судової влади демонструють, що діяльність судді у судовому процесі спрямовують фундаментальні положення, основу яких становить етичний складник та які є незмінними незалежно від статусу учасників судового провадження.

Так, норми Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплюють, що, здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу (ст. 6), що кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів незалежним, безстороннім і справедливим судом (ст. 7), що правосуддя здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі та інших ознак (ст. 9) тощо.

Якщо звернутися безпосередньо до формалізованих етичних норм, то очевидною є їх кореляція з наведеними вище законодавчими

<sup>1</sup> Висновок № 12 (2009) Консультативної ради європейських суддів та Висновок № 4 (2009) Консультативної ради європейських прокурорів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про відносини між суддями та прокурорами в демократичному суспільстві. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6).

<sup>2</sup> Висновок № 16 (2013) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про відносини між суддями та адвокатами. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6).

приписами. Зокрема, Бангалорські принципи поведінки суддів, які встановлюють стандарти етичної поведінки кожного судді, закріплюють і конкретизують такі показники, як незалежність, об'єктивність, чесність і неупередженість, дотримання етичних норм, рівність, компетентність та старанність<sup>3</sup>.

Положення Кодексу суддівської етики, затвердженого XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013 року (далі – Кодекс), у розділі II «Поведінка судді під час здійснення правосуддя» також передбачають вимоги щодо незалежності судді під час здійснення правосуддя, його старанності, неупередженості, безсторонності, професійності, стриманості у коментарях<sup>4</sup>.

На особливу увагу з позиції етики заслуговують норми Кодексу, в яких йдеться про повагу до учасників судового процесу. Їх декілька, і вони у різній інтерпретації підкреслюють обов'язок судді поважати всіх без винятку суб'єктів судового провадження, що, на нашу думку, вказує на провідну роль у діяльності судді принципу здійснення судочинства на засадах поваги. Цей принцип закріплено у процесуальному законодавстві. Наприклад, у ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України, яка передбачає, що основними засадами (принципами) цивільного судочинства, серед іншого, є повага до честі і гідності всіх учасників судового процесу. Відповідно до ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України до загальних засад кримінального провадження належить повага до людської гідності.

О.З. Хотинська-Нор цілком слушно зазначає, що повага є морально-етичною категорією. Це морально-етичний принцип, який вимагає ставлення до іншої людини як до особистості. Вона цілком слушно підкреслює, що «повага інших починається з поваги

до себе («я поважаю себе, тому не дозволю іншим себе зневажати»). Та навпаки: повага інших дає привід для поваги самого себе («я поважаю інших, тому що я поважаю себе»)<sup>5</sup>. Тому насамперед повага є необхідною складовою частиною взаємодії суду з усіма учасниками судового процесу. Демонструючи свою повагу до учасників судового провадження, суддя вправі очікувати та вимагати поваги до себе з їхньої сторони. І хоча поважати суд є обов'язком учасників судового процесу, що забезпечується відповідними заходами примусу, прояви зневаги з боку судді навряд чи породжуватимуть позитивні емоції, провокуючи учасників на відповідну реакцію. Це стає очевидним завдяки наявній дисциплінарній практиці. Проте перш ніж до неї звернутися, повернемося до відповідних положень кодексу.

Отже, серед норм Кодексу акцент на повагу до учасників судового процесу зроблено у таких:

– ст. 8, яка передбачає, що суддя повинен здійснювати судочинство в межах та в порядку, визначених процесуальним законом, і виявляти при цьому тактовність, ввічливість, витримку й повагу до учасників судового процесу та інших осіб;

– ст. 9, відповідно до якої суддя під час здійснення правосуддя не повинен допускати проявів неповаги до людини за ознаками раси, статі, національності, релігії, політичних поглядів, соціально-економічного становища, фізичних вад тощо та дозволяти це іншим;

– ст. 11, згідно з якою суддя повинен проявляти повагу до права на інформацію про судовий розгляд та не допускати порушення принципу гласності процесу<sup>6</sup>.

Із наведеного видається, що повага до учасників судового процесу нерозривно пов'язана з такими принципами, як рівність,

<sup>3</sup> Бангалорські принципи поведінки суддів. 19.05.2006. Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006. № 2006/23. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text).

<sup>4</sup> Кодекс суддівської етики, затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22.02.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text>.

<sup>5</sup> Хотинська-Нор О.З. Деонтологічні засади взаємодії адвоката та суду в процесу здійснення судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Вип. 51. Т. 2. С. 161–164.

<sup>6</sup> Кодекс суддівської етики, затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22.02.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text>.

недискримінація учасників провадження, а також гласність судового процесу. Окреме місце в цьому логічному ряді слід відвести безсторонності (неупередженості) судді, яка є складником права на справедливий суд, закріпленого у ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. І хоча безсторонності судді відведені окремі норми Кодексу, слід визнати, що будь-які порушення засад рівності учасників судового процесу, їх дискримінація стане приводом сумніватися у незаангажованості судді, його об'єктивності та неупередженості.

У Бангалорських принципах поведінки суддів зазначається, що суддя має усвідомлювати та уявляти собі різноманітність суспільства та різницю, що випливає з багатьох джерел... Під час виконання своїх судових обов'язків суддя не повинен словами чи поведінкою демонструвати прихильність чи упередженість до будь-якої особи чи групи осіб, керуючись причинами, що не стосуються справи<sup>7</sup>.

Консультативна рада європейських суддів із цього приводу також наголошує, що судді повинні виконувати свої обов'язки, уникаючи фаворитизму та проявів упередженості чи симпатії. ...Вони повинні демонструвати однаково необхідну увагу стосовно всіх осіб (сторін, свідків, адвокатів тощо) без розрізнення, в основі якого можуть бути незаконні підстави або неналежне виконання суддівських функцій. ...Судді також повинні виконувати свої функції, керуючись принципом рівноправного ставлення до сторін, уникаючи будь-якої упередженості або будь-якої дискримінації, підтримуючи рівновагу між сторонами та забезпечуючи справедливий розгляд справи для кожної зі сторін<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Бангалорські принципи поведінки суддів. 19.05.2006. Резолюція Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006. № 2006/23. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text).

<sup>8</sup> Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про принципи та правила, які регулюють поведінку суддів, зокрема питання етики, несумісної поведінки та неупередженості. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/58F4A4DD76AACFD0C2257D87004971A6).

Хоча наведене вважається догмою для суддівської спільноти, окремі її представники демонструють інші підходи у своїй діяльності.

Так, наприклад, як витікає з рішення Першої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 27 листопада 2020 року № 3279/1дп/15-20, суддя Київського окружного адміністративного суду Б., розглядаючи справу, яка стосувалася видачі неповнолітній особі паспорта у вигляді книжки замість ID-картки, «проявила неповагу до учасників судового процесу, зневажливо коментуючи зміст позовної заяви у непроцесуальний спосіб, оцінюючи докази, якими вона обґрунтована, корегуючи пояснення позивача, його доньки та представника, допускаючи зневажливі висловлювання на їхню адресу, демонструючи зверхність та вказуючи на необізнаність позивача у чинному законодавстві, підвищуючи тон». Такий висновок був зроблений на підставі аналізу технічних записів судового засідання, які продемонстрували, що суддя вживала образливі, зневажливі, зверхні висловлювання стосовно позивача, його неповнолітньої доньки та представника. До прикладу, вона повідомила позивача: «Я буду слухати тільки те, що стосується фактичних даних. Ваші фантазії з приводу існування десь якогось комп'ютера і так далі...в мене немає часу дослуховувати ці фантазії, тим більше, вони не стосуються розгляду цієї справи». А стосовно неповнолітньої, яка не змогла відповісти на її питання, виявила явне роздратування та допустила зневажливе і зверхнє висловлювання, зазначивши, що вона навчається в одинадцятому класі і досі не може сформулювати свою думку<sup>9</sup>. Як наслідок, суддю притягнули до дисциплінарної відповідальності, застосувавши до неї дисциплінарне стягнення у вигляді подання про тимчасове, строком на шість місяців відсторонення від здійснення правосуддя з позбавленням права на отримання доплат

<sup>9</sup> Рішення Першої дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 27.11.2020 № 3279/1дп/15-20. URL: <https://hcj.gov.ua/doc/doc/4866>.



до посадового окладу судді та обов'язковим направленням судді до Національної школи суддів України для проходження курсу підвищення кваліфікації з питань застосування норм Кодексу адміністративного судочинства України і суддівської етики та подальшим кваліфікаційним оцінюванням для підтвердження здатності судді здійснювати правосуддя у відповідному суді.

Слід зазначити, що в контексті оцінки обставин зазначеної справи дисциплінарний орган надав досить важливий з позиції дотримання суддівської етики та проявів поваги-неповаги до учасників судового процесу коментар: «суддям треба пам'ятати, що присутні у залі засідання особи постійно вивчають і оцінюють поведінку суддів, кожен жест судді, дію, погляд, слово. Саме тому в судовому засіданні суддя повинен говорити якомога менше і суто в межах, визначених процесуальним законом, не поводитися зверхньо, не моралізувати, не проводити порівнянь, вміти слухати і своєчасно ставити запитання, з'ясовуючи лише необхідні деталі для розгляду справи по суті. Під час дослідження обставин справи у судовому засіданні він не повинен висловлювати свою оцінку, критичні зауваження»<sup>10</sup>.

Наведений приклад демонструє не лише взаємозв'язок принципів поваги, рівності, недискримінації, а й що взаємодія судді з учасниками судового процесу з позиції дотримання етичних засад включає:

1) вербальну комунікацію, яка передбачає словесне вираження суддею своєї думки, що повинно бути етичним за своєю формою, змістом, інтонацією;

2) невербальну комунікацію, в якій значне місце відводиться мові тіла та жестів (кінезиці), виразу обличчя (міміці).

Ось як з цього приводу зазначається у Коментарях щодо Бангалорських принципів поведінки суддів: «Упередженість може виявлятися у словесній або фізичній формі. Прикладом можуть бути епітети, образливі звертання, принизливі прізвиська, створення

негативних стереотипів, невдалі жарти на основі стереотипів (які стосуються, наприклад, статі, приналежності до певної культури або раси і т. ін.), погрози, залякування або ворожі дії, які дають можливість зробити висновок про наявність зв'язку між расовою або національною приналежністю та злочином, а також згадки про певні особисті якості, що не стосуються справи. Забобонність чи упередженість також можуть виявлятися у жестах, вигляді чи поведінці у суді або поза ним. Манера поведінки може вказувати на недовіру до свідка і тим самим впливати неналежним чином на суд присяжних. Вираз обличчя може сприйматися сторонами у справі, адвокатами, які беруть участь у справі, присяжними, представниками ЗМІ та іншими особами як свідчення упередженості. Забобонність чи упередженість можуть бути скеровані проти тієї чи іншої сторони, свідка або адвоката»<sup>11</sup>.

Слід зазначити, що етика вербальної комунікації з учасниками судового процесу здебільшого лежить у полі контролю судді, який усвідомлює зміст сказаних ним слів і розуміє посліл, який у них закладено. Недарма дослідники зазначають, що люди, які свідомо вибирають професію, об'єктом якої є людина, мають орієнтуватися на здатність до комфортного, компліментарного, морального, конструктивного спілкування, формувати у себе відповідні комунікативні здібності до такого спілкування. Як один зі шляхів формування професійної компетентності компліментарного спілкування (тобто комунікативних здібностей) вони розглядають кодекси професійної етики<sup>12</sup>.

Натомість особливістю невербальної комунікації є її переважно несвідомий харак-

<sup>11</sup> Коментарі щодо Бангалорських принципів поведінки суддів. Управління ООН з наркотиків та злочинності. 2007. С. 67. URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/komentari-bangalorski-9818fbb11.pdf>.

<sup>12</sup> Лозовий В.О. Юридична етика як один із орієнтирів конструктивного спілкування у правовому просторі. URL: <http://dspace.khntusg.com.ua/bitstream/123456789/944/1/%D0%9B%D0%BE%D0%B7%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9%20%D0%92.%20%D0%9E.%2022-32.pdf>.

<sup>10</sup> Там само.

тер. Суддя може не підозрювати, що його міміка, поза чи жест стали приводом до сумнівів у його безпристрасності. Це може бути пов'язано з різного роду культурними чи національними особливостями учасників судового процесу, іншими обставинами неюридичного характеру. Наприклад, жести дослідники поділяють на універсальні, національні, субнаціонально марковані та індивідуально специфічні: «універсальні – стиснутий кулак на адресу опонента (знак погрози) чи, наприклад, знизування плечима (знак здивування), співрозмовник опирається головою на долоню (знак нудьги). Національні жести – «ОК» – кільце, утворюване пальцями руки: в англійських країнах означає «все гаразд»; у Франції інтерпретується як «нуль», «нічого»; в Японії він має значення «гроші». У деяких країнах Середземномор'я цим символом виражається нетрадиційна сексуальна орієнтація особи (переважно чоловіка)»<sup>13</sup>.

Велике значення в контексті суддівської етики має міміка судді. Вираз обличчя судді для учасників судового провадження не лише є психологічним сигналом умовно комфортної чи дискомфортної комунікації. Наприклад, такий мімічний рух з боку судді, як підморгування, може бути витлумачений як знак прихильності до когось або, навпаки, як зневажливе ставлення, або ж як натяк на певні обставини. Тому суддя повинен уникати таких проявів.

Однією з найменш контрольованих свідомістю форм невербальної поведінки людини є її поза – розташування тіла та рухи. Поза, яку займає суддя у судовому процесі, повинна забезпечувати офіційний і урочистий характер здійснення правосуддя. Нині навряд чи можна уявити суддю із закинутими на стіл ногами. Проте доволі часто трапляється надмірна жестикуляція з боку судді, що може бути виявом його невпевненості, емоціональної нестабільності, а подекуди і відкритим

проявом агресії. У цьому аспекті суддівська етика трансформується у дотримання правил судового етикету.

Водночас слід підтримати позицію тих науковців, які вважають, що головне в комунікативних властивостях особистості судді – не прагнення бути приємним у спілкуванні, а вміння своїм виглядом і діями показати здатність, бажання досконало розібратися у всіх обставинах справи. «Саме це зумовлює повагу до судді і до правосуддя загалом, є стимулом для учасників процесу ретельно, докладно викладати факти, власну оцінку, своє розуміння тих чи інших фактів. ...у комунікативних якостях судді мають бути відсутні надмірна жестикуляція, дратівливість, брутальність, глузування, зайва повчальність, суддя обов'язково повинен володіти такими якостями, як тактовність, ввічливість, стриманість у манерах поведінки, емоціях, мові»<sup>14</sup>.

Насамкінець слід зазначити, що розглянуті нами в межах цієї публікації питання етики взаємодії суду з учасниками судового процесу не вичерпують себе, оскільки сам процес взаємодії є складним і багатограним, а суддівська етика охоплює широкий спектр писаних і неписаних правил, вимог і заборон морального характеру. Крім того, як ми зауважували на початку, етику поведінки судді під час здійснення правосуддя специфікують професійні статуси окремих учасників судового процесу (адвоката та прокурора). Проте здійснений нами аналіз дає певне уявлення про основні етичні засади, які є універсальними та які визначають, спрямовують поведінку судді у судовому процесі, а також спонукає до їх подальших наукових розробок.

## Висновки

Підсумовуючи, зауважимо, що до вихідних етичних засад взаємодії суду з учасниками судового процесу слід віднести такі прин-

<sup>13</sup> Ольхович О.В. Невербальна комунікація як складник міжкультурної компетентності. *Наукові записки. Серія «Філологічна»*. 2009. Вип. 11. С. 81–90.

<sup>14</sup> Зуєва Л.Є. Вплив соціального контексту на тлумачення поняття «суддівська добросесність». *Науковий вісник Ізмаїльського державного гуманітарного університету. Серія «Педагогічні науки»*. 2017. Вип. 36. С. 92–98.

ципи, як принцип поваги, принцип рівності та недискримінації, принцип безсторонності (неупередженості) судді, принцип гласності. Це універсальні принципи, які скеровують поведінку судді під час здійснення правосуддя незалежно від суб'єктного складу учасників судового процесу, професійного статусу окремих із них. Вони перебувають у тісному взаємозв'язку: порушення одного доволі часто призводить до порушення іншого.

Взаємодія судді з учасниками судового процесу з позиції дотримання етичних засад

включає: 1) вербальну комунікацію, яка передбачає словесне вираження суддею своєї думки, що повинно бути етичним за своєю формою, змістом, інтонацією; 2) невербальну комунікацію, в якій значне місце відводиться мові тіла та жестів (кінесиці), виразу обличчя (міміці). Судді повинні свідомо використовувати всі їх форми та контролювати свої емоції, але не маючи на меті сподобатися, а прагнучи забезпечити довіру учасників судового процесу до своїх дій і рішень.

## Signs of in vitro embryos as special objects of civil rights

**Krushelnytska Hanna**

*Candidate of Juridical Sciences,*

*Senior Lecturer at the Department of Civil Law Disciplines*

*National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

The scientific article is devoted to the study of general and special features of in vitro embryos as objects of civil rights in order to clarify their legal regime. In particular, the ability of in vitro embryos to meet the needs of people in the field of reproductive health is considered, as in Ukraine the only purpose of artificial creation of embryos outside the human body is the treatment of infertility. The article is justified the possibility of determining the monetary value of in vitro embryos, which consists of the costs incurred by patients of the in vitro fertilization program to create embryos, including preimplantation hormone therapy, medical and genetic diagnosis, if necessary – reward reproductive cell donors and others. To confirm this position, the author gives examples from world judicial practice. The possibility of in vitro embryos being in a limited civil circulation is being studied, given the strictly defined by the legislator circle of persons who can own, use and dispose of them. The article deals with some features of things that are also inherent in in vitro embryos, including materiality and individual certainty, because each embryo is irreplaceable. In addition, the author examines the specific features of in vitro embryos as objects of civil rights, which are the biological activity of embryos, viability, the ability under certain conditions to develop into a separate full-fledged human body, as well as the status of genetic information. Attention is drawn to the fact that the in vitro embryo, unlike other human biomaterials, contains its own unique genome, which distinguishes it from other similar objects, as well as genetic information about two parents, from whose reproductive cells it actually was formed. It is justified that the presence of these features does not allow to equate in vitro to embryos things and apply to them the legal regime of things, despite the fact that such embryos may be a contractual relationship for the provision of medical services, medical genetic diagnostics, cryopreservation, donation, etc. In this regard, it is proposed to develop a special legal regime for in vitro embryos, which takes into account the specifics of the studied object of civil rights.

### Ознаки ембріонів in vitro як особливих об'єктів цивільних прав

**Крушельницька Ганна Леонідівна**

*кандидат юридичних наук,*

*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін*

*Національної академії внутрішніх справ, Україна*

#### Вступ

У зв'язку із розвитком медицини, зокрема у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій, увагу вчених-правників усе більше привертає такий об'єкт дослідження, як ембріони, створені в умовах in vitro, тобто у лабораторному посуді. Зокрема, у правовій доктрині склалося три основні під-

ходи до розуміння правового статусу ембріона in vitro: як суб'єкта права, як об'єкта права та як явища sui generis. Водночас з практичної точки зору з огляду на правовідносини, які складаються щодо створення, використання та розпорядження ембріонами in vitro, правовий статус останніх близький до об'єктів цивільних прав. Саме для підтвердження такої позиції видається необхідним встановити, чи



притаманні ембріонам *in vitro* загальні ознаки об'єктів цивільних прав, а також дослідити наявність специфічних ознак, які виділяють ембріони *in vitro* серед інших об'єктів біологічного походження та вимагають розроблення для них особливого правового режиму.

З огляду на викладене **метою статті** є дослідження загальних та спеціальних ознак ембріонів *in vitro* як об'єктів цивільних прав.

### Виклад основного матеріалу

Обстоюючи позицію, що ембріони *in vitro* є об'єктами цивільних прав, необхідно визначити, до якого саме виду об'єктів цивільних прав вони належать.

Так, у ст. 177 ЦК України визначено, що об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага.

На думку Ю.Ф. Дружиніної, ембріон *in vitro* відповідає всім ознакам індивідуально визначеної, рухомої, неподільної та споживчої речі<sup>1</sup>. Такої ж позиції дотримується А.С. Шабанова, вказуючи, що ембріони людини *in vitro* належать до речей і за своїми ознаками є індивідуально визначеними, рухомими, складними, споживчими, неподільними або подільними речами<sup>2</sup>. Є.С. Калініна зазначає, що ембріон *in vitro* є предметом матеріального світу (має речове зовнішнє вираження), перебуває у володінні людини і слугує задоволенню її потреб, зокрема у сфері охорони здоров'я<sup>3</sup>. З точки зору В.О. Трубіної ембріон є похід-

ним репродуктивним біоматеріалом, який відносять до речей, обмежених в обороті<sup>4</sup>.

Із таким підходом категорично не погоджується Д.О. Белова, зазначаючи, що ембріон не може бути віднесено до категорії речей і майна в цілому, оскільки він не має точної вартісної оцінки, грошового еквіваленту, адже це суперечить основам моралі<sup>5</sup>. Також у рішенні Європейського суду з прав людини «Парілло проти Італії» (2015) згадується, що ембріонам *in vitro* недопустимо надавати економічну цінність, тому їх не можна кваліфікувати як речі<sup>6</sup>.

На думку Н.М. Квіт, варто уникати віднесення ембріонів *in vitro* до речей, і вітчизняне законодавство повинно трактувати їх як результат реалізації пацієнтом/пацієнтками їхніх репродуктивних прав<sup>7</sup>.

Виваженої позиції дотримується І.В. Спасибо-Фатєєва, вказуючи, що такі об'єкти, як ембріони *in vitro*, існують поза людським організмом, не є нерозривно пов'язаними із суб'єктом, дозволяють вирішувати проблеми фізичної особи, зокрема у сфері репродуктивного здоров'я, і через попит у медицині є тим благом, яке фігурує у правовому середовищі<sup>8</sup>.

Для з'ясування сутності ембріона *in vitro* видається необхідним дослідити спершу основні притаманні їм ознаки, серед яких доцільно виділити загальні, характерні для всіх об'єктів цивільних прав, та спеціальні, властиві лише ембріонам *in vitro*.

Так, однією із найважливіших, як зазначає Ю.Є. Ходико, загальних ознак об'єктів цивільних прав, що дає можливість визначити об'єктами цивільних прав і матеріальні,

<sup>1</sup> Дружиніна Ю.Ф. Правовой режим эмбриона *in vitro*. *Журнал российского права*. 2017. № 12. С. 134.

<sup>2</sup> Шабанова А.С. Правовой режим эмбриона человека *in vitro*: общие документы по правам человека и национальное право. *Journal of Legal and Economic Studies*. 2019. № 3.

<sup>3</sup> Калинина Е.С. К вопросу об эмбрионе *in vitro* как объекте гражданских прав. *Енисейские правовые чтения* : сборник научных статей по материалам XIII Международной научно-практической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых, г. Красноярск, 25–27 апреля 2019 г. Красноярск : Общественный комитет по защите прав человека. Красноярск. 2019. С. 67.

<sup>4</sup> Трубина В.А. Ткани и органы человека как объекты гражданских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2020. С. 15.

<sup>5</sup> Белова Д.А. Правовая природа эмбриона *in vitro*. *Lex Russia*. 2019. № 151. С. 124–125.

<sup>6</sup> Постанова ЄСПЛ від 27 серпня 2015 р. у справі «Парілло проти Італії» (скарга № 46470/11). *Прецеденти Європейського Суду з прав людини*. 2015. № 12.

<sup>7</sup> Квіт Н.М. Цивільно-правові форми створення та використання біобанків в Україні : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2020. С. 10.

<sup>8</sup> Спасибо-Фатєєва І.В. Види об'єктів цивільних прав. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 15.

і нематеріальні блага, є їх здатність задовольняти певні потреби людей, виступати для них певними предметними цінностями<sup>9</sup>. Тобто йдеться саме про необхідність наявності в об'єкта цивільних прав відкритих корисних властивостей, де користь розуміється як полегшення, допомога, підспір'я, покращення, вигода, благополуччя<sup>10</sup>. Ембріонам *in vitro* притаманна вказана ознака, оскільки метою їх створення є лікування безпліддя. Зокрема, у Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженому Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787 (далі – Порядок застосування ДРТ), визначено, що допоміжні репродуктивні технології – це методики лікування безпліддя, за яких запліднення репродуктивних клітин, створення ембріонів та їх розвиток до перенесення у матку пацієнтки відбувається в умовах *in vitro* (у спеціальному лабораторному посуді). Таким чином, корисні властивості ембріонів *in vitro* полягають у застосуванні їх для лікування безпліддя та можливості реалізувати право людини на репродукцію.

Ще однією характерною ознакою об'єктів цивільних прав, крім особистих немайнових благ, є можливість їх грошової оцінки. Саме з цією ознакою пов'язано найбільше дискусій стосовно визнання ембріонів *in vitro* об'єктами цивільних прав. Противники цієї позиції вказують, що вартісна оцінка ембріонів *in vitro* як потенційного людського життя призводить до перетворення їх на товар та суперечить нормам моралі.

Водночас досить обґрунтованою є думка про те, що ембріони *in vitro* мають грошовий еквівалент, оскільки їх створення оплачується пацієнтами програми штучного запліднення, які можуть нести затрати у тому числі на отримання донорської сперми та ооцитів, гормональну преімплантаційну підготовку орга-

нізму жінки до запліднення, на зберігання кріоконсервованих репродуктивних клітин та ембріонів *in vitro* тощо<sup>11</sup>.

Доцільно звернути увагу на те, що в Канаді та США вже з'являються судові рішення, що підтверджують тезу про можливість встановлення грошового еквіваленту ембріонів *in vitro*. Зокрема, суд у Садбері (Онтаріо, Канада) у 2018 році визнав за жінкою право власності на ембріон, який визначив своїм рішенням саме як «власність». Крім того, суд навіть розрахував грошову вартість ембріона, виходячи із витрат, які пара заплатила клініці для створення ембріона із донорських репродуктивних клітин. Судом було встановлено, що колишнє подружжя витратило 2875 доларів за ембріон, тому відсоток чоловіка становить половину цієї суми – 1438 доларів<sup>12</sup>. Отже, по суті суд указав на можливість отримання чоловіком від колишньої дружини грошової компенсації за частку у праві власності на ембріон, виходячи з позицій, що кріоконсервований ембріон *in vitro* є неподільною річчю.

Так само у 2019 році Апеляційний суд штату Огайо в США ухвалив рішення у справі за позовом до клініки репродуктивної медицини університетських лікарень у Клівленді після того, як приблизно 4000 ембріонів і незапліднених яєць були знищені через несправність морозильної камери<sup>13</sup>. Судом було встановлено, що знищені ембріони є «власністю», отже, позивачі мають право на грошову компенсацію, що складається з понесених затрат на створення ембріонів та їх зберігання тощо, а також на відшкодування моральної шкоди у зв'язку із непоправною втратою майна.

Таким чином, незважаючи на потенційну можливість ембріона *in vitro* розвинутися у людське життя, на стадії до імплантації

<sup>9</sup> Ходико Ю.Є. Співвідношення об'єкта цивільних правовідносин (прав) та об'єкта цивільно-правового договору. *Юридична Україна*. 2009. № 3. С. 55.

<sup>10</sup> Сліпченко С.О. Поняття об'єкта цивільного права за ЦК України. *Право України*. 2007. № 12. С. 80–84.

<sup>11</sup> Robertson J.A. Ethical and legal issues in human embryo donation. *Fertility and sterility*. 1995. No. 64(5). P. 885–894.

<sup>12</sup> Erin Lepine. Can an embryo be treated as “property”? 2018. URL: <https://nelliganlaw.ca/blog/family-law/can-an-embryo-be-treated-as-property/> (дата звернення: 05.01.2021).

<sup>13</sup> Richard Vaughn. 24 May 2019 Ohio Appeals Court Affirms Embryos are not Persons. 2019. URL: <https://www.iflg.net/ohio-appeals-court-denies-embryo-personhood/> (дата звернення: 30.12.2020).

у матку пацієнтки їх можна оцінити, оскільки вартість ембріона *in vitro* складається із цілком реальних затрат пацієнтів, які вони понесли у зв'язку зі створенням ембріона *in vitro* із власних або донорських репродуктивних клітин.

Водночас уникнути трактування ембріонів *in vitro* як звичайного товару можна за допомогою визначення третьої ознаки, притаманної об'єктам цивільних прав, у тому числі ембріонам *in vitro* – оборотоздатності. Оскільки під оборотоздатністю прийнято розуміти здатність об'єкта перебувати у цивільному обороті, слід відзначити, що у доктрині цивільного права під цивільним оборотом зазвичай мають на увазі правомірне відчуження або перехід об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої<sup>14</sup>. Статтею 178 ЦК України визначено, що об'єкти цивільних прав можуть перебувати у вільному обороті, бути обмежено оборотоздатними (належати лише певним учасникам обороту чи перебувати в обороті тільки за спеціальним дозволом) або взагалі вилученими із цивільного обороту. Із комплексного аналізу вітчизняного законодавства можна зробити висновок, що ембріони *in vitro* є обмежено оборотоздатними об'єктами цивільних прав, оскільки вони можуть належати визначеному колу суб'єктів, зокрема пацієнтам програми запліднення *in vitro*, а також закладам охорони здоров'я, які відповідають вимогам, передбаченим Порядком застосування ДРТ. При цьому вказаний Порядок допускає укладення угоди між пацієнтами програми запліднення *in vitro* та закладами охорони здоров'я про кріоконсервацію невикористаних ембріонів та зберігання кріоконсервованих ембріонів у відповідних кріосховищах. Крім того, Порядком застосування ДРТ передбачено можливість укладення угоди щодо донації кріоконсервованих ембріонів *in vitro*, внаслідок якої право власності на них переходить від пацієнтів, для лікування безпліддя яких ембріони було ство-

рено, до визначеної безплідної подружньої пари-реципієнта або жінки-реципієнта, яка не перебуває у шлюбі (у разі адресного донорства) або ж до закладу охорони здоров'я для використання в інших осіб для лікування безпліддя (у разі анонімного донорства). Таким чином, очевидно, що подібне добровільне відчуження ембріонів *in vitro* свідчить про відсутність нерозривного зв'язку із суб'єктами – пацієнтами програми запліднення *in vitro* та можливість переходити від одного суворо визначеного законодавством учасника цивільного обороту до іншого.

Варто визначити ще кілька ознак, які притаманні ембріонам *in vitro* та які зазвичай характеризують речі як об'єкти цивільних прав, зокрема йдеться про матеріальність та індивідуальну визначеність. Так, ембріонам *in vitro* властива ознака матеріальності, оскільки вони є об'єктами зовнішнього світу, що створюються в результаті цілеспрямованої людської діяльності. До імплантації в матку пацієнтки чи сурогатної матері під час застосування в лікуванні безпліддя допоміжних репродуктивних технологій ембріони *in vitro* існують у штучно створеному в лабораторному посуді культуральному (поживному) середовищі. Так вони можуть існувати до стадії бластоцисти (5–6-й день після запліднення), після чого або імплантуються і продовжують розвиток у материнському організмі, або кріоконсервуються, якщо пацієнти, для яких було створено ембріони, висловлять відповідне бажання, або ж гинуть. У будь-якому разі до моменту імплантації в матку жінки ембріони *in vitro* існують як відокремлений об'єкт, який можна бачити та використовувати із встановленою законом метою.

Що стосується індивідуальної визначеності, то у ст. 184 ЦК України під нею розуміють наділення речі тільки її властивими ознаками, що вирізняють її з-поміж інших однорідних речей, індивідуалізуючи її. При цьому речі, визначені індивідуальними ознаками, є незамінними. Жодних сумнівів не виникає у тому, що ембріони *in vitro* є неза-

<sup>14</sup> Скрипник В.Л. Оборотоздатність об'єктів цивільних прав. *Публічне право*. 2018. № 4(32). С. 191.

мінними та наділеними індивідуальними ознаками, оскільки створені із репродуктивних клітин потенційних батьків або донорів, що під час запліднення утворюють генетично відокремлений живий організм, який має унікальний генотип<sup>15</sup>.

Що стосується спеціальних ознак, притаманних виключно ембріонам *in vitro* як об'єктам цивільних прав, то тут доцільно вказати, що вони є біологічно активними, здатними за певних умов розвинути у повноцінний окремий життєздатний людський організм та несуть у собі генетичну інформацію осіб, із чийх репродуктивних клітин були створені.

Так, ембріони *in vitro* до імплантації в матку жінки можуть перебувати в біологічно активному стані 5–6 днів, тобто з моменту запліднення – утворення зиготи (злиття гамет) – до стадії бластоцисти. Цей період часу ембріони перебувають у спеціальному культуральному середовищі та знаходяться у безперервному розвитку, коли клітини продовжують ділитися. У країнах, де дозволені маніпуляції із ембріонами *in vitro*, не використаними у циклах програми лікування безпліддя, з метою удосконалення допоміжних репродуктивних технологій, вони можуть розвиватися максимум до 14 днів, після чого знищуються<sup>16</sup>.

Відповідно до Порядку застосування ДРТ у разі, коли після завершення циклу програми запліднення *in vitro* залишаються невикористані ембріони, за заявою пацієнта/пацієнтів проводиться кріоконсервація (заморожування і зберігання) придатних для цієї процедури ембріонів на вибраний строк. Під час кріоконсервації ембріони перестають розвиватися та бути біологічно активними, проте їхня життєдіяльна активність здебільшого зберігається неушкодженою, що дозволяє використовувати їх одразу після розморожування.

Таким чином, ембріони *in vitro* з моменту

створення до стадії бластоцисти та кріоконсервовані ембріони є живими та у разі успішної імплантації у матку жінки можуть продовжити свій розвиток в організмі матері і розвинути у життєздатний людський плід. Такої можливості не має жодний інший біологічний об'єкт цивільних прав, що робить ембріони *in vitro* унікальними, та вимагає від законодавця розроблення для них спеціального правового режиму.

Ще однією важливою ознакою ембріонів *in vitro*, що відрізняє їх від інших видів об'єктів цивільних прав, є їх статус носіїв генетичної інформації. Як визначено Загальному регламенті Європейського Союзу щодо захисту даних (2018), в якому правовий режим персональних даних був поширений на генетичні дані, під генетичними даними належить розуміти «персональні дані, які стосуються успадкованих або набутих генетичних характеристик людини, які надають унікальну інформацію про фізіологію або стан здоров'я цієї людини і отримані під час аналізу відповідного біологічного зразка»<sup>17</sup>. Вітчизняне законодавство не містить визначення поняття генетичної/геномної інформації людини, проте у проєкті Закону України «Про державну реєстрацію геномної інформації людини» від 26.10.2020 року № 4265 пропонується визначити геномну інформацію людини як генетичні ознаки людини та відомості про них. У одноіменному проєкті, розміщеному на сайті МВС України<sup>18</sup>, геномну інформацію людини визначають як персональні генетичні ознаки людини про певні фрагменти дезоксирибонуклеїнової кислоти (ДНК) фізичної особи або невпізаного трупа, що включають кодовану інформацію, яка міститься в біологічному

<sup>15</sup> Ahmed Sufia. Embryo Freezing and Donation: Ethical-Legal Issues. *ILI Law Review*. 2019. P. 125.

<sup>16</sup> Еремеева О.И., Сайфуллина Н.А. К вопросу о понятии и правовом положении эмбриона человека. *Международный научный журнал «Инновационная наука»*. 2016. № 3. С. 40–44.

<sup>17</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679> (дата звернення: 04.01.2020).

<sup>18</sup> Проєкт Закону України «Про державну реєстрацію геномної інформації людини». URL: [https://mvs.gov.ua/ua/pages/Pro\\_derzhavnu\\_restraciyu\\_genomnoi\\_informacii\\_lyudini.htm](https://mvs.gov.ua/ua/pages/Pro_derzhavnu_restraciyu_genomnoi_informacii_lyudini.htm) (дата звернення: 05.01.2021).



матеріалі. Жодне із пропонованих визначень не є досконалим, адже віднесення генетичної інформації виключно до персональних даних звужує її зміст та значення. Як зазначає С.Н. Кубітович, ДНК є носієм генетичної інформації не тільки про конкретну особу, а й про її батьків, родичів та нащадків. З молекулою ДНК, крім її індивідуальності, пов'язана й інша основна властивість – спадковість і спосіб передачі спадкової інформації, що стосується невизначеного кола осіб<sup>19</sup>. Таким чином, особливість генетичної інформації полягає в тому, що відомості про геном однієї людини в обов'язковому порядку містять інформацію про геноми членів його сім'ї<sup>20</sup>. Саме тому ембріони людини in vitro є носіями генетичної інформації осіб, які надали власні репродуктивні клітини для їх створення, тобто пацієнтів програми запліднення in vitro або донорів сперми та/або ооцитів. Більше того, нині у світі можливе застосування методу мітохондріального перенесення, коли народження дитини відбувається за участю більше двох осіб. Зокрема, у 2015 році у Великобританії було прийнято відповідний закон, що дозволяє застосування такого методу. За допомогою вказаної процедури народжується дитина, яка буде носієм ДНК трьох батьків: ядерна ДНК буде складатися з ДНК батька і матері, а мітохондріальна ДНК буде надана донором яйцеклітини<sup>21</sup>. Унікальність ембріона in vitro полягає саме у тому, що він, на відміну від інших біоматеріалів людини, несе у собі генетичну інформацію не лише про одну людину та її родичів, і навіть не про дві людини – генетичних батьків, ембріон in vitro містить власний неповторний набір генів, характерний для людини, що вже народилася. Саме ця характеристика не дозволяє

визначати ембріони in vitro (навіть кріоконсервовані) як речі. Водночас подальшу долю ембріона in vitro може визначати передбачена Порядком застосування ДРТ можливість проведення преімплантаційної медико-генетичної діагностики моногенних і хромосомних дефектів в ембріонах на етапі до ембріотрансферу, а також визначення статі ембріона для запобігання спадковим захворюванням, пов'язаних зі статтю. Залежно від результатів цієї процедури шанс розвиватися далі отримують тільки відібрані ембріони, що володіють визначеними генетичними характеристиками, пов'язаними з відсутністю генетичних та інших діагностованих передумов для розвитку серйозних проблем зі здоров'ям<sup>22</sup>.

## Висновки

Із викладеного вище можна дійти обґрунтованих висновків про те, що ембріонів in vitro доцільно відносити до об'єктів цивільних прав, оскільки вони відповідають загальним ознакам останніх. Зокрема, ембріони in vitro здатні задовольняти потреби людей у сфері охорони репродуктивного здоров'я людини, мають грошовий еквівалент, що виражається у затратах на створення ембріонів in vitro у спеціалізованих закладах охорони здоров'я, а також є обмеженими у цивільному обороті у зв'язку із чітко встановленим колом суб'єктів, у власності яких можуть перебувати ембріони in vitro, та законодавчу визначеність можливих маніпуляцій щодо них. Водночас для ембріонів in vitro характерні спеціальні ознаки, які не притаманні жодному іншому об'єкту цивільних прав. Ембріони in vitro є живими, біологічно активними (за винятком кріоконсервованих), життєздатними організмами, які за відповідних сприятливих умов можуть стати повноцінною людиною. Крім того, ембріони in vitro є носіями генетичної інформації як власної, так і осіб, із репродуктивних клітин

<sup>19</sup> Кубітович С.Н. ДНК как носитель информации неограниченного круга лиц. *Вестник экономической безопасности*. 2017. № 4. С. 186.

<sup>20</sup> Липкин С.М., Луома Дж. Время генома: как генетические технологии меняют наш мир и что это значит для нас. Москва, 2018. С. 36.

<sup>21</sup> Богданова Е.Е. Правовые проблемы и риски генетической революции: генетическая информация и дискриминация. *Lex Russia*. 2019. № 151. С. 19.

<sup>22</sup> Понкин И.В., Понкина А.А. Производство дизайнерских эмбрионов: правовой и биоэтический аспекты. *Акушерство. Гинекология. Репродукция*. 2017. № 3. Том 11. С. 55.

яких вони були створені. Саме ці специфічні ознаки не дозволяють відносити ембріони in vitro, у тому числі кріоконсервовані, до речей, а також поширювати на них правовий режим

речі. Ембріони in vitro є особливими об'єктами цивільних прав і потребують розроблення для них відповідного правового режиму, який би врахував його унікальні особливості.

**Problematic issues of normative regulation of the procedure  
for providing international legal assistance in seizing property under the legislation  
of the Republic of Poland**

**Lozova Olena**

*Postgraduate Student at the Department of Criminal Procedure and Investigative Activities  
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

This article examines in detail some problematic issues of legal regulation of the procedure for providing and/or receiving international legal assistance in the seizure of property of a person under the laws of the Republic of Poland. The analysis of the necessary legal requirements was carried out in the context of further harmonization of home criminal procedural legislation with the provisions of international agreements on the subject (both multilateral and bilateral), which regulate certain procedural actions during criminal proceedings and focus on protection of rights, freedoms and legal interests of the person to whom the coercive measure is applied, which indicates the relevance of this study.

Based on the study of the criminal procedure legislation of the Republic of Poland, the possibilities and peculiarities of applying such a coercive measure as seizing the property of a person (suspected, accused) at the request of Ukraine for international legal assistance have been clarified. In addition, the requirements imposed by the legislator to carry out those procedural actions that are functionally related to the seizure of property, namely, the seizure of items of property and their rendition (transfer) abroad, at various stages of criminal proceedings (during the pre-trial investigation and examining the merits of the case).

The proposals formulated in the article are aimed at improving the outlined provisions of the current criminal procedure legislation of Ukraine in terms of legal regulation of the procedure for providing/receiving international legal assistance in the application of such a measure to ensure criminal proceedings as seizure of property. Substantiated recommendations are provided for the optimal implementation of certain provisions of national legislation, which indicate the practical significance of the results of the study.

**Проблемні питання нормативного регулювання процедури надання  
міжнародної правової допомоги у разі накладення арешту на майно  
за законодавством Республіки Польща**

**Лозова Олена Сергіївна**

*аспірантка кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

**Вступ**

Міжнародна правова допомога є одним із визначальних елементів міжнародного співробітництва у сфері кримінальних процесуальних відносин. Основні договори, що регламентують надання міжнародної правової допомоги, поступово набули своєрідних загальних ознак, а види правової допомоги отримали певну стандартизацію незалежно

від правових систем, що існують у державах-учасниках. З огляду на це, на сучасному етапі виникає необхідність дослідження особливостей процедури надання та/або отримання міжнародної правової допомоги у разі проведення окремих процесуальних дій під час кримінального провадження, що актуалізує цей аспект проблематики.

Тому **метою статті** є з'ясування можливості та специфіки надання міжнародної

правової допомоги у разі проведення такої процесуальної дії, як арешт майна, що здійснюється на підставі спеціальних міжнародних договорів та національного законодавства держав-учасниць, і зокрема, Польщі.

### Виклад основного матеріалу

У зв'язку з поширенням криміногенної ситуації у світі питання міжнародного співробітництва у кримінальному судочинстві, і зокрема, надання міжнародної правової допомоги стає все більш актуальним. Поняття міжнародної правової допомоги під час кримінального провадження у сучасній юридичній літературі розуміють у двох значеннях: 1) як окрему форму міжнародного співробітництва (вузьке розуміння); 2) як комплексний міжгалузевий інститут, який об'єднує декілька форм співпраці держав (широке розуміння). Як відзначає М.І. Смирнов, правова допомога у кримінальних справах – це передбачена міжнародними договорами, національним кримінально-процесуальним законодавством або заснована на принципі взаємності діяльність компетентних органів запитуваної договірної сторони з проведення на її території або сприяння в проведенні на території запитуючої договірної сторони процесуальних дій з метою сприяння розслідуванню, розгляду та вирішенню кримінальної справи, що знаходиться в провадженні компетентних органів запитуючої договірної сторони<sup>1</sup>. За п. 1 ч. 1 ст. 541 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) під міжнародною правовою допомогою слід розуміти проведення компетентними органами однієї держави процесуальних дій, виконання яких необхідне для досудового розслідування, судового розгляду або для виконання вироку, ухваленого

судом іншої держави або міжнародною судовою установою<sup>2</sup>.

У галузі міжнародного права, так само як і у сфері кримінального судочинства, основою для надання міжнародної правової допомоги є багатосторонні/двосторонні міжнародні договори відповідного спрямування, зокрема: а) Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20 квітня 1959 р., у ст. 1 якої зазначено, що: «Договірні Сторони зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до положень цієї Конвенції, якнайширшу взаємну допомогу у кримінальному переслідуванні правопорушень, покарання яких на момент прохання про надання допомоги підпадає під юрисдикцію судових властей запитуючої Сторони. Ця Конвенція не застосовується до арешту, виконання вироків або правопорушень, передбачених військовим правом, які не є злочинами відповідно до звичайного кримінального права»<sup>3</sup>; б) Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. (ратифікована визначеними у ній державами, у тому числі й Україною), у ст. 6 якої встановлено, що: «Договірні Сторони надають одна одній правову допомогу шляхом виконання процесуальних і інших дій, передбачених законодавством запитуваної Договірної Сторони, зокрема: складання і пересилання документів, проведення обшуків, вилучення, пересилання і видачі речових доказів, проведення експертизи, допиту сторін, обвинувачених, свідків, експертів, порушення карного переслідування, розшуку і видачі осіб, що вчинили злочини, визнання і виконання судових рішень по цивільних справах, вироків у частині цивільного позову, виконавчих написів, а також шляхом вручення

<sup>1</sup> Смирнов М.І. Особливості надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах з використанням методу відеоконференцз'язку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2005. С. 34–35.

<sup>2</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №№ 9–13. Ст. 88.

<sup>3</sup> Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20.04.1959 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_036#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_036#Text).



документів»<sup>4</sup>. З огляду на визначений зміст основних (представлених вище) нормативних конструкцій стосовно конкретизації обсягу надання міжнародної правової допомоги у разі проведення окремих процесуальних дій, можна констатувати, що Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. містить більш широкий перелік тих процесуальних дій, які можуть виконуватися для надання міжнародної правової допомоги Договірними сторонами, та певною мірою співпадають зі структурними елементами цієї форми міжнародного співробітництва, передбаченої вітчизняним кримінальним процесуальним законом.

Разом із тим слід акцентувати особливу увагу на тому, що в Європейській конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах та Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах нормотворцем оминаються питання стосовно надання міжнародної правової допомоги у вигляді арешту майна. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне дослідити вказане питання, проаналізувавши двосторонні міжнародні договори України з іншими державами про взаємну правову допомогу у кримінальних провадженнях та відповідне національне законодавство цих країн. При цьому розгляд зазначеної проблематики, на наш погляд, варто розпочати з більш детального з'ясування особливостей нормативної регламентації процедури щодо можливості надання Україні міжнародної правової допомоги у вигляді проведення такої процесуальної дії, як арешт майна, за законодавством Республіки Польща, адже це одна з перших країн за часів незалежності України, яка підписала з нашою державою договір про правову допомогу під час здійснення кримінального судочинства.

Так, згідно зі ст. 4 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р., «Договірні Сторони надають взаємну правову допомогу щодо підготовки, пересилки та вручення документів, виконання обшуку, вилучення та видачі речових доказів, проведення експертизи, огляду, допиту сторін, свідків, експертів, підозрюваних, обвинувачених і підсудних, а також виконання інших процесуальних дій»<sup>5</sup>.

Таким чином, резюмуємо, що під словосполученням «виконання інших процесуальних дій» слід розуміти і можливість накладення арешту на майно. Проте, аналізуючи Кримінальний процесуальний кодекс Республіки Польща (далі – КПК РП), а саме нормативний зміст ст. 585 КПК РП, в якій зазначено, що: «Необхідні дії в кримінальному процесі можуть здійснюватися за допомогою правової допомоги, зокрема, шляхом: 1) розсилки листів особам, які проживають за кордоном, або установам, які знаходяться за кордоном; 2) заслуховування осіб як обвинувачених, свідків або експертів; 3) проведення огляду і обшуку приміщень, інших місць і людей, вилучення речей і видача цих речей за кордон; 4) виклику осіб, які проживають за кордоном, для добровільної особистої явки в суд або до прокурора для допиту свідка або очної зустрічі зі свідком, а також для доставки осіб, позбавлених волі на той момент; 5) обміну файлами і документами, а також відомостями про судимість обвинувачених; 6) надання інформації про закон». Отже, можна констатувати, що під термінологічною конструкцією «виконання інших процесуальних дій» (про які, серед іншого, йдеться у вказаній вище ст. 4 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах) мається на увазі коло процесуальних дій,

<sup>4</sup> Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997\\_009#top](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#top).

<sup>5</sup> Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24.05.1993 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616\\_174#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_174#Text).

визначених лише у пунктах 4 і 6 ст. 585 КПК РП<sup>6</sup>. У зв'язку з наведеним постає цілком законмірне питання: «Чи надають процитовані положення законодавства Республіки Польща можливість у представленій ситуації надати міжнародну правову допомогу у проведенні такої процесуальної дії, як арешт майна?».

Намагаючись дати обґрунтовану відповідь на зазначене запитання, видається за доцільне насамперед звернутися до нормативного змісту п. 3 ст. 585 КПК РП, яким встановлено, що правова допомога може здійснюватися у тому числі шляхом «вилучення речей і видачі цих речей за кордон». Проте чи справді у правозастосовній діяльності наявна реальна можливість реалізувати такі законодавчі приписи стосовно України, варто ґрунтовно проаналізувати положення відповідного тематичного спрямування.

Так, згідно з ч. 1 ст. 76 розділу III Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах: «Предмети, що отримала особа, яка вчинила злочин, внаслідок цього злочину, або предмети, які отримані під час їх обміну, а також інші предмети, які є речовими доказами у кримінальній справі, видаються запитуючій Договірній Стороні на її клопотання, якщо це необхідно для розслідування справи, яке провадиться на території запитуючої Договірної Сторони»<sup>7</sup>. Тобто вилучення та передачу речей, які є речовими доказами, можна провести відповідно до вимог двосторонньої міжнародної угоди, але водночас постають інші, тісно пов'язані з цим питання, а саме: яка існує процедура вилучення таких речей; чи підлягають вони арешту; чи є законна можливість у запиті про надання міжнародної правової допомоги вказувати про необхідність накладення саме арешту на вилучене майно?

За процедурою, система елементів якої сформувалася майже однаково у всіх країнах світу, кримінальний процес включає у себе стадії досудового розслідування та судового розгляду. Якщо дослідити відповідні положення КПК Республіки Польща, то здебільшого процесуальні рішення під час досудового розслідування приймає прокурор, а під час судового розгляду – суд. Одним із повноважень цих суб'єктів є правомочність дати дозвіл на арешт рухомого майна шляхом накладення тимчасового арешту та вказівки прокурору на обсяг майна підозрюваного за умови безпечності<sup>8</sup>.

У такому контексті слід особливо підкреслити, що КПК РП не містить визначення поняття «речові докази», що ускладнює правильне розуміння та використання інших, взаємопов'язаних із ним положень кримінального процесуального закону. Крім того, варто зробити акцент на позиції Я. Крука, який вказує, що слід мати на увазі, що КПК Польщі не містить вичерпного переліку джерел доказів, а лише детально регламентує декілька основних. Отже, докази можуть бути отримані і з інших джерел, наприклад, із матеріалів фото-, відеозйомки, в результаті проведення різного роду експертиз тощо<sup>9</sup>.

З огляду на вищевикладене, вбачаємо за необхідне ґрунтовно дослідити специфіку процедури вилучення й отримання речових доказів за законодавством цієї країни. Так, згідно зі ст. 211 КПК РП, для забезпечення виконання вимог ст. 291 КПК РП інформація про майновий стан підозрюваного та майнові права повинна збиратися на початковій стадії початкового провадження (вказану назву за кримінальним процесуальним законом Республіки Польща має її вітчизняний аналог – стадія досудового розслідування)<sup>10</sup>. Крім того, аналіз нормативних положень статей 217, 219, 220, 229, 230, 232 КПК РП дозволяє зробити одно-

<sup>6</sup> Kodeks postępowania karnego від 6 червня 1997 р. URL: <https://www.arslege.pl/kodeks-postepowania-karnego/k13/>.

<sup>7</sup> Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24.05.1993 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616\\_174#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_174#Text).

<sup>8</sup> Kodeks postępowania karnego від 6 червня 1997 р. URL: <https://www.arslege.pl/kodeks-postepowania-karnego/k13/>.

<sup>9</sup> Kruk Jaroslaw. Fundamental reform of Criminal Procedure Code. International Law Office. 25 November 2013. URL: [legalkw.pl/ru/zespol/jaroslaw-kruk/moje-artykuly/](http://legalkw.pl/ru/zespol/jaroslaw-kruk/moje-artykuly/).

<sup>10</sup> Kodeks postępowania karnego від 6 червня 1997 р. URL: <https://www.arslege.pl/kodeks-postepowania-karnego/k13/>.

значний висновок про те, що предмети, які можуть бути доказами у справі, повинні бути видані на запит суду чи прокурора, а у виняткових випадках – на запит поліції або іншого уповноваженого органу. Причому особа, яка має зазначені предмети, повинна передати їх добровільно. У разі висловлення чи демонстрації особою категоричної відмови передати такі речі вилучення відбувається у примусовому порядку шляхом проведення обшуку, під час якого допускається здійснення іншої слідчої дії – особистого обшуку, за результатами якого складається протокол про вилучення речей (оформлюється названий процесуальний документ тільки прокурором) або протокол обшуку<sup>11</sup>.

За приписами ст. 14 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах: «Якщо під час виконання цього Договору пересилаються предмети або валютні цінності з території однієї Договірної Сторони на територію іншої Договірної Сторони або дипломатичному представництву чи консульській установі іншої Договірної Сторони, це відбувається з дотриманням відповідних правових положень тієї Договірної Сторони, орган якої виконує пересилку»<sup>12</sup>.

У зв'язку з виконанням запиту Польщею ця процедура здійснюється на підставі вимог ст. 293 Регламенту внутрішньої роботи спільних структурних підрозділів прокуратури Республіки Польща, згідно з якою «речові докази передаються іноземному органу державної влади, в якому знаходиться затримана особа, якщо це можливо з огляду на їх характер. Якщо не прийнято рішення про передачу речових доказів іноземному органу державної влади у випадках, відмінних від вказаних у п. 1, прокурор просить іноземний орган дер-

жавної влади вказати місце, час та спосіб їх передання»<sup>13</sup>.

Щодо стадії судового розгляду, то кримінальне процесуальне законодавство Польщі передбачає можливість саме накладення арешту на майно. Так, згідно з ч. 1 ст. 291 КПК Республіки Польща у разі обвинувачення особи у вчиненні кримінального правопорушення, за яке або у зв'язку з яким можна було б призначити: 1) штраф; 2) грошову допомогу; 3) конфіскацію; 4) компенсацію; 5) повернення потерпілій стороні чи іншій уповноваженій особі фінансової вигоди, отриманої обвинуваченим від вчинення кримінального правопорушення, або її еквівалент – виконання такого судового рішення може бути забезпечене *ex officio* шляхом накладення певних обмежень на майно відповідача чи на майно, зазначене у статті 45, з позбавленням фінансової вигоди (або в еквівалентному їй § 2 Кримінального кодексу), якщо є обґрунтовані побоювання, що без такого забезпечення виконання судового рішення буде неможливим або значно ускладнене. Проте вказана процедура накладення арешту на майно застосовується лише для країн-членів Європейського Союзу, що прямо передбачено гл. 62b КПК РП<sup>14</sup>.

Із цього приводу Цезарій Кулеша та Катаржина Т. Боратинська зазначають, що «необхідно негайно повідомити у відповідний судовий орган держави-члена Європейського Союзу про будь-яку діяльність, пов'язану з виконанням постанови про вилучення речових доказів або виконанням постанови про забезпечення майна для виконання рішення про конфіскацію. Особливо тому, що суд іноземної держави, який прийняв рішення про подачу заяви про забезпечення доказів або майна для

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах : від 24.05.1993 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616\\_174#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_174#Text).

<sup>13</sup> *Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury* від 24 березня 2010 р. URL: <https://www.arslege.pl/akt-archiwalny-regulamin-wewnetrznego-urzedowania-powszechnych-jednostek-organizacyjnych-prokuratury/k463/s7093/>.

<sup>14</sup> *Kodeks postępowania karnego* від 6 червня 1997 р. URL: <https://www.arslege.pl/kodeks-postepowania-karnego/k13/>.

конфіскації, очікує швидку обробку запиту. Як правило, потрібен час на виконання рішення компетентного судового органу держави-члена Європейського Союзу для видачі доказів або для виконання заявленого остаточного рішення про конфіскацію. Для більш швидкої співпраці польський судовий орган може встановити термін подачі рішення судового органу влади для держави-члена Європейського Союзу»<sup>15</sup>. Отже, за результатами проведеного дослідження окресленого проблемного питання можна зробити висновок про те, що запит щодо надання міжнародної правової допомоги про накладення арешту на майно, надісланий Україною, компетентними органами Республіки Польща виконаний не буде, оскільки такої нормативно визначеної можливості не передбачає ані двосторонній договір між Україною та Республікою Польща, ані КПК РП. У такій ситуації для України наявна лише законодавча можливість направляти запити про вилучення та передання речових доказів, які мають перспективу бути виконаними під час кримінального судочинства.

У представленому контексті також варто підкреслити, що натеper існує безліч прогалин у нормативному регулюванні відносин стосовно надання міжнародної правової допомоги у разі проведення процесуальних дій (у тому числі під час накладення арешту на майно) між Україною та Польщею. Зокрема, постає цілком закономірне питання: що робити у тих випадках, коли під час кримінального провадження буде пред'явлено цивільний позов про відшкодування моральної та/або майнової шкоди до підозрюваного, який, наприклад, є володільцем рухомого чи нерухомого майна, що знаходиться тільки на території Республіки Польща, або така особа обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за яке передбачається конфіскація належного їй майна, або у майбут-

ньому виникне необхідність у застосуванні відповідних заходів кримінально-правового характеру відносно юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження на території України?

З огляду на особливості правової регламентації названого інституту, Польща вправі лише звернути стягнення на майно у порядку виконання рішення національного суду, що передбачається цією двосторонньою угодою.

## Висновки

Видається, що виявлена проблема у можливостях проведення такої процесуальної дії, як арешт майна (під час досудового розслідування і в судовому провадженні), в порядку надання міжнародної правової допомоги між Україною та Республікою Польща може бути вирішена декількома способами. По-перше, під час укладення нових двосторонніх міжнародних договорів обов'язково закріплювати можливість проведення цієї процесуальної дії. Такий приклад яскраво продемонстрований у ч. 1 та п. г ч. 2 ст. 1 Договору між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах: «Відповідно до положень цього Договору Договірні Держави надають взаємну допомогу у розслідуванні, переслідуванні та попередженні злочинів, а також у судовому розгляді кримінальних справ. Допомога включає: заходи, пов'язані з арештом та конфіскацією майна, реституцією та стягненням штрафів»<sup>16</sup>. Разом із тим зазначимо, що це не єдиний двосторонній міжнародний договір, де «фігурує» така процесуальна дія, адже про неї також ідеться в договорах між Україною та Канадою (п. f ч. 5 ст. 1)<sup>17</sup>, Респу-

<sup>15</sup> WSPÓŁPRACA SĄDOWA W SPRAWACH KARNYCH. Prof. dr. hab. Cezary Kulesza, Dr. Katarzyna T. Boratyńska, 2008. С. 59. URL: [http://www.gostynin.sr.gov.pl/container/tfacility/tf\\_wsk.pdf](http://www.gostynin.sr.gov.pl/container/tfacility/tf_wsk.pdf).

<sup>16</sup> Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 22.07.1998 р. *Законодавство України*: норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840\\_019#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_019#Text).

<sup>17</sup> Договір між Україною та Канадою про взаємодопомогу у кримінальних справах від 23.09.1996 р. *Законодавство України*: норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124\\_003#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124_003#Text).



блікою Молдова (ст. 4)<sup>18</sup> та Урядом Малайзії (п. г ч. 2 ст. 1)<sup>19</sup>.

По-друге, дещо іншим має бути підхід у вирішенні питання про те, що можна зробити у ситуації з уже підписаними міжнародними договорами, які не передбачають можливість проведення такої процесуальної дії в рамках надання міжнародної правової допомоги (як-то з Республікою Польща).

На нашу думку, раціональним виходом у таких випадках стане використання процедури: 1) укладення додаткової угоди (як приклад, Угода між Україною та Великою Соціалістичною Народною Лівійською Арабською Джамагірією про передачу засуджених

осіб<sup>20</sup>); 2) прийняття «додаткового протоколу» до відповідного договору стосовно обсягу надання міжнародної правової допомоги (зокрема, Додатковий Протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах 1959 р.<sup>21</sup>) або «протоколу про внесення змін» (наприклад, підписано Протокол між Україною та Чеською Республікою про внесення змін до Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах<sup>22</sup>). При цьому, безумовно, національне законодавство іншої сторони (держави) має передбачати можливість саме накладення арешту на майно.

<sup>18</sup> Договір між Україною і Республікою Молдова про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 13.12.1993 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/498\\_604#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/498_604#Text).

<sup>19</sup> Договір між Україною та Урядом Малайзії про взаємну правову допомогу в кримінальних справах від 04.08.2016 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/458\\_009-16#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/458_009-16#Text).

<sup>20</sup> Угода між Україною та Великою Соціалістичною Народною Лівійською Арабською Джамагірією про передачу засуджених осіб від 08.04.2008 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/434\\_030#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/434_030#Text).

<sup>21</sup> Додатковий Протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 17.03.1978 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_037#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_037#Text).

<sup>22</sup> Протокол між Україною та Чеською Республікою про внесення змін до Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 14.09.2007 р. *Законодавство України* : норм.-прав. база України / Верхов. Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203\\_051#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203_051#Text).

## The foundations of evidence in electronic form

*Naichenko Alona*

*Secretary of the Court Session*

*Northern Economic Court of Appeal, Ukraine*

Modern society is impossible to imagine without computerized information systems. These systems have the ability to store, transmit and transfer digital information. Given the level of development of modern society and the amount of electronic data it uses, there is a long-standing need for regulation of the use of these data as reliable evidence in court.

Evidence has always been and remains the central legal institution of the judicial process, so in the period of reforming the latter there is a growing need to study the evidence, including electronic evidence, in order to improve their legal regulation.

This article analyzes the institute of electronic evidence in the judiciary of Ukraine, identifies the basics of electronic evidence, their characteristics and the establishment of problematic issues that currently exist in commercial litigation of Ukraine through the analysis of judicial practice.

It is established that the insufficiency and imperfection of the legislative regulation of information technologies is a problem in the use of electronic data as evidence and does not justifiably hinder their development and application.

The analysis of the existing case law shows that the lack of a clear algorithm for the preparation, submission and examination of electronic evidence is an obstacle to the implementation of these actions by the participants in the trial and the court. These circumstances complicate the implementation of prompt and efficient proceedings.

Imperfect legislation on the collection, seizure, examination and evaluation of electronic evidence hampers the process of litigation for a full and objective examination of these objects in order to protect the legal rights and legally protected interests of citizens. However, research and development should help to ensure that this process is based on more accurate, complete, thorough, unquestionable and objective grounds.

### Introduction

At present, electronic information technologies are developing rapidly and are so widespread that without them it is impossible to imagine the implementation of any process in the state. Electronic information, electronic documents and electronic document circulation have already acquired the usual form for society.

Electronic technologies are used in all social relations, and economic relations are not an exception. The use of electronic technologies in economic relations helps the participants of these relations to effectively engage in economic activities, and in case of dispute – to use electronic data as evidence.

Electronic evidence is one of the types of evidence that a party to the proceedings has

the right to use to establish the truth in a disputed legal relationship.

Realizing the need for legal regulation of information relations, the legislator has long been adopting relevant legislation.

Finally, the institute of electronic evidence has acquired legislative regulation in economic legislation, it was provided for on October 3, 2017 in the Commercial Procedural Code of Ukraine in the wording No. 2147-VIII, which entered into force on December 15, 2017.

Due to the special legal nature and its own specific features, electronic evidence in the Commercial Procedural Code of Ukraine occupies the separately place on a par with written and physical evidence.

However, the constant development of information technology requires constant

legislative regulation. Insufficient and imperfect legal regulation of information technology is a problem in the use of electronic evidence.

The institute of electronic evidence is insufficiently researched. O. Prisyazhnyuk, O. Yevseyev were engaged in research of the specified institute in his scientific work “Electronic evidence in the economic process: problems of formalization” and T. Vasilchenko T. in the work “Short stories of the Institute of Evidence in commercial litigation”. In addition, experts who have studied this issue are: I. Bulgakova, R. Burganov, N. Blazhivskaya, O. Bonner, K. Branovitsky, O. Vershinin, G. Vorobyov, S. Vorozhbit, M. Gorelov, D. Luspenik, M. Mitrofanova, T. Rudoi, Y. Stolyarova, R. Tertishnikova, S. Fursa, Zh. Hatsuk and other.

However, at present the issue of electronic evidence in the economic process, namely, the procedure for its seizure, submission and evaluation by the court, has not been fully investigated and settled.

**The purpose of the article** is to determine the basics of electronic evidence, their characteristics and to identify problematic issues that currently exist in the commercial justice of Ukraine through the analysis of judicial practice.

### Presenting main material

Part 1 of Article 96 of the of Economic procedure code of Ukraine defines electronic proofs is information in an electronic (digital) form, that contains data about circumstances, that matter for business, in particular, electronic documents (including text documents, graphic images, plans, photos, video and audio recording and others like that), websites (pages), text, multimedia and vocal messages, metadata, databases and other data in an electronic form. Such data can be kept, in particular, on portable devices (load maps, mobile telephones and others like that), servers, systems of reserve printing-down, other places of maintenance of data in

an electronic form (including there is the Internet in a network)<sup>1</sup>.

Consider some types of documents that contain electronic information.

Scientific literature under an electronic document determines a document that is created and can be used exceptionally within the limits of the computer informative system.

Article 5 of the Law of Ukraine “On electronic documents and electronic document circulation” stipulates that the information contained in the electronic document must include the required details of the document. Article 7 of the above-mentioned Law provides that the original of an electronic document is an electronic copy of a document with mandatory requisites, including an electronic signature of the author or a signature equivalent to his own signature in accordance with the Law of Ukraine “On Electronic Digital Signature”<sup>2</sup>.

The analysis of the norms of legislation and practice shows that the key role in the creation of an electronic document is played by the successful verification of the electronic digital signature (hereinafter – EDS) of the person who certifies the electronic copy of the document. This procedure allows you to establish the origin of the document, authorship and its integrity (the fact of not making any changes to the document after signing).

It should be noted that the electronic signature certificate on electronic documents certifies not only the signature of the owner of the signature key certificate, but also the absence of distortions in electronic documents. Confirmation of the authenticity of an electronic digital signature in an electronic document is a condition for using this document as evidence. However, the current legislation addresses this issue quite controversially.

Important from the point of view of theory and practice is the question of the legal nature of electronic evidence. A. Vershinin considers that

<sup>1</sup> URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>2</sup> URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (Last accessed: 06.09.2020).

the attribution of electronic documents to written evidence is based on the fact that the information contained in electronic documents is a human opinion (concepts, judgments, inferences, etc.) about the existing reality<sup>3</sup>.

Thus, according to some scholars, an electronic document cannot be considered as written evidence in its pure form, because an electronic document lacks one of the most important features of evidence – written form. Some researchers suggest that electronic documents be classified as physical evidence. The similarity of electronic documents with physical evidence, according to scientists, is due to the fact that electronic documents themselves are not available to human perception, they serve only as a means of establishing the circumstances relevant to the case<sup>4</sup>.

Some proceduralists argue that the legal (evidentiary) nature of this evidence is unclear, but it is clear that they can hardly be attributed to written or physical evidence. Others believe that electronic means of proof are covered by all known types of evidence, and require additional procedural regulations<sup>5</sup>.

Analyzing these positions, we can conclude that the electronic document is mixed. Its difference from the written proof is that the written document expresses the opinion of the author. The position of the author in the written document is based on subjective processing of the received information. Materials for the use of scientific and technical means (this does not apply to all electronic documents, but audio and video recordings) do not contain subjective processing of information. What unites with physical evidence electronic means of proof is that electronic documents in themselves are not

available to human perception, but serve only as a means of establishing the circumstances relevant to the case. However, the information contained in the memory of the computer is replicated, i.e. has the property of written evidence.

Thus, electronic evidence has a significant specificity, which should be reflected in the substantive and procedural law, as there are specific requirements for the form of an electronic document, which provide its evidentiary function.

Special features of electronic documents are:

- 1) the fact that they require the mandatory use of special details;
- 2) fixed on special electronic media;
- 3) the existence of a separate, recognized by the participants in the electronic document flow or approved by the competent authorities of the procedure for converting digital data into a document of the traditional regime;
- 4) impossibility of direct perception without the help of special technical and software tools;
- 5) in its content, as a rule, electronic documents are legal acts.

The main function of an electronic document is the transmission of information.

The largest type of electronic evidence in terms of the amount of information that can be used as evidence is information obtained from global information systems (in particular, the Internet). An example is the involvement by judges of information from Internet sites in the case materials, such as information posted on the official websites of public authorities and others.

This type of electronic evidence should be distinguished as a separate type, based on the following features:

- 1) dynamic nature. This feature can be considered in two aspects: first, in terms of the dynamics of the existence of any information on the Internet – today it may be present on a particular webpage, and tomorrow its owner may delete and destroy it, including together with the web page itself (domain name). Second, the direct use of the Internet to present evidence to the court often applies to cases where

<sup>3</sup> Vershinin A.P. Electronic document: legal form and evidence in court: training manual. Moscow : Progress, 2000. 250 p.

<sup>4</sup> Gorelov M.V. Electronic evidence in civil proceedings in Russia: theory and practice : diss. ... Cand. jurid. sciences : 12.00.15. Yekaterinburg : Spartak, 2005. 182 p.

<sup>5</sup> Vorozhbit S.P. Electronic means of evidence in civil and arbitration proceedings : author. diss. for a job. uch. step. Cand. jurid. sciences : spec. 12.00.15 "Civil procedure, arbitration process". Sankt-Peterburg, 2011. 25 p.



the information itself is dynamic in nature – audio or video;

2) as a rule, the digital information carrier that stores evidence-based digital information is very far from the place of the proceedings, so it is impossible to bring the information carrier to court. Therefore, the only way to examine the information is the Internet, which provides a fast connection between the media and the computer that the court will use to examine the evidence.

Another type of information is text, multimedia and voice messages. To them, in particular, belong correspondence an e-mail, SMS/MMS report and other. The separation of electronic messages into an independent form of electronic evidence is due to the following features:

1) as a rule, they do not use a digital signature that complicates the identity of the sender and the recipient;

2) considerable difficulties in the actual dissociating of electronic sheet as totality of digital information from her transmitter for presentation in a court;

3) mostly, controlled from remoteness of place of converting of digital information in a form suitable for perception a man, and places, where finds a server that keeps such information.

Under multimedia messages, you can understand the messages that are sent between mobile devices and have multimedia content (image, sound, video, etc.).

Metadata as a kind of electronic evidence contains information on social certainty, understanding of the content, context and structure of the electronic document. It is worth noting that metadata is a mandatory element in the process of storing an electronic document. In addition, the electronic document metadata has elements of legal process evidence of the integrity of the electronic document and its authenticity.

Another type of electronic information is the database. Under this type of information consider to count any well-organized set of data that includes charts, tables, presentations, stored procedures and other objects. The data in the database are based on the data organization

model, that is, they contain them a description and may contain means for processing them.

If a person submits an electronic copy of the evidence, the court may demand from the latter the original of the evidence provided. In case of failure to provide the original of the required evidence, if the court has doubts about its authenticity, this evidence is not taken into account by the court.

After analyzing the legal requirements for the institution of electronic evidence, we can identify the following main features:

- intangible form;
- availability of mandatory special details;
- the possibility of the existence of the original electronic evidence in several places simultaneously;
- the ability, without loss of performance, copying to different devices;
- appropriate technical means must be used for reproduction.

The legislator does not stipulate the mandatory features that electronic evidence must have in order for a court to recognize it as proper and admissible evidence and attach it to the case file.

Currently, in practice, there are some rules for ensuring the authenticity of electronic evidence and presenting them in court:

1) if the electronic document contains graphic or textual information, then a paper copy is printed, which is drawn up and certified by an authorized person and a copy of which is attached to the case file, examined as an ordinary written document. A similar situation with a page on the Internet;

2) if the transactions documented by an electronic document (electronic document signed by the EDS), and the parties do not recognize the provision of services confirmed by this document, a comprehensive examination is assigned according to the data on the authenticity of the EDS;

3) if the electronic document contains audio or video information, then, as a rule, such files are copied to a separate portable electronic medium, which is attached to the case file and examined by special technical means.

Thus, in order to recognize electronic documents as full-fledged reliable evidence, it is necessary to follow the rules of procedural law, as well as standard techniques and methods of collection, evaluation, research and use of electronic evidence.

It is worth noting that over time, some evidence loses its appearance, quality, and hence evidence. As for electronic evidence, it, unlike any other evidence, remains unchanged as long as it may be necessary, but subject to proper storage.

Due to the lack of regulation of the institution of electronic evidence in litigation, many problematic issues arise in their use. The first problems arise at the stage of obtaining electronic evidence, because opponents or persons who have this evidence are not always ready to provide the latter to others.

Another problematic point is the involvement of electronic documents in case materials. The law does not require the form and format of providing any factual data in electronic form, the procedure for examining the provided electronic documents and the procedure for involving them in court materials. Most often, electronic documents must be submitted to the court not on technical, but on paper, i.e. converted into printed form, which allows you to visually examine and discuss the evidence.

However, in practice there is a situation when electronic evidence is not examined by the court as direct evidence due to the technical unpreparedness of the court. Courts evaluate as direct evidence or a copy of an electronic document on paper (when the electronic document contains textual or graphic information), or an expert opinion.

Currently, the judicial practice in electronic evidence, in what form and on what medium are admissible means of proof is ambiguous. Proof of this are the following court decisions:

– The District Administrative Court of Kyiv in the decision of 17.03.2016 in the case No. 826/16528/15 did not take into account the printout of the article by an unknown author

from the social network “Facebook”, considering that these materials are not evidence<sup>6</sup>;

– Sviatoshynskiy District Court of Kyiv in the decision of 06.09.2016 in the case No. 759/19259/15 noted that the printout from the Internet is inadmissible evidence, as their authenticity cannot be verified<sup>7</sup>;

– Novomykolaiv District Court of Zaporizhzhya region in the decision of 01.03.2017 in the case No. 322/1141/16 established the fact of personal hostility between the parties on the basis of their printouts of the conversation on the social network<sup>8</sup>;

– Vinnytsia City Court of Vinnytsia region in its decision of 31.05.2017 in case No. 127/8337/18 accepted and examined as appropriate and admissible evidence of the printout of a screenshot from profiles in the network “Facebook”<sup>9</sup>;

– The Commercial Court of Cassation of the Supreme Court in the decision of 27.11.2018 in the case No. 924/242/18 included the screenshots provided by the plaintiff (pictures from a computer screen) to the written evidence<sup>10</sup>;

– The Commercial Court of Cassation of the Supreme Court in the decision of 12.06.2018 in case No. 908/1120/17 did not take into account the video provided by the plaintiff, as the latter does not contain the necessary details of electronic evidence, such as recording the date and time of shooting, scene, etc<sup>11</sup>;

– The Commercial Court of Cassation of the Supreme Court in its decision of 14.02.2019 in case No. 9901/43/19 ruled that the absence of an electronic digital signature in an electronic document excludes grounds to consider it original, and therefore appropriate

<sup>6</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56551967> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>7</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61275547> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>8</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65201286> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>9</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66936677> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>10</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78182019> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>11</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74671049> (Last accessed: 06.09.2020).

evidence in the case. Similar legal positions were expressed by the Supreme Court in rulings dated 23.11.2018 in case No. 813/1368/18, dated 04.12.2018 in case No. 2340/3060/18, dated 14.12.2018 in case No. 804/3580/18, dated 19.12.2018 in case No. 226/1204/18<sup>12</sup>;

– The Commercial Court of Cassation of the Supreme Court in its decision of 28.12.2019 in case No. 922/788/19 upheld the courts of previous instances that electronic correspondence between the parties to the case could not be considered proper written evidence. The court referred to its own legal positions set out in the decisions of the Supreme Court of 11 June 2019 in case No. 904/2882/18, and of 24 September 2019 in case No. 922/1151/18<sup>13</sup>.

Analyzing the case law, it is safe to say that the lack of a clear algorithm for the preparation, submission and examination of electronic evidence is an obstacle to these actions by litigants and the court, i.e. courts need to form a common position on the institution of electronic evidence and develop certain universal criteria for evaluation of electronic evidence.

The progress of information technologies in the courts of Ukraine is envisaged in the Strategy for the Reform of the Judiciary, Judiciary and Related Legal Institutions for 2015–2020, approved by the Decree of the President of Ukraine. It is planned to increase the efficiency of justice and optimize the powers of courts of different jurisdictions by ensuring the widespread use of information systems to provide more “e-justice” services; creation of electronic management information systems in courts, in particular the introduction of full-fledged electronic systems, including electronic document management systems, and case tracking (to higher instances), electronic messages, electronic calls, electronic cases (in some cases), electronic payments, audio and video recording of hearings, internal database information system, legislative database information system, improvement of the system of ensuring equal

and impartial distribution of cases between judges, in particular, determination of a judge and (or) composition of a panel of judges at all stages of court proceedings<sup>14</sup>.

The introduction of “e-justice” is planned to be implemented in stages and is expected to allow users to go to court, pay court fees, participate in court proceedings and receive the necessary information and documents by electronic means.

In this way, litigants will be able to send electronic evidence to the court by both electronic and postal means.

The experience of other countries shows that this leads to increased access to justice, simplification and acceleration of court proceedings, as well as a significant reduction in court costs, which are extremely important factors in the development of an effective justice mechanism.

### Conclusions

The main condition for the existence of electronic means of proof is the use of technical means. Therefore, there is a need to establish in the procedural rules a clear algorithm for the collection, seizure and submission of electronic evidence for proper investigation and evaluation by courts.

Otherwise, the process of various law enforcement practices and restrictions on the participants in court proceedings in the exercise of the right to defense using electronic evidence will continue.

To regulate the institution of electronic evidence at the legislative level, it is necessary to overcome certain stages:

- 1) complete the scientific study of all the features and characteristics of electronic media;
- 2) establish in these features those that have legal significance;
- 3) to form the order of detection, extraction and research of electronic data carriers.

The commission of these actions will make it possible to use electronic evidence in commercial litigation not only as scientific ideas, but also as an independent institution of evidentiary law.

<sup>12</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79883385> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>13</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86717260> (Last accessed: 06.09.2020).

<sup>14</sup> URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.

**Security purchase – sale construction according to Article 597-13 Civil Code of Ukraine: the problem of practical implementation***Riabchynska Anastasia**Postgraduate Student at the Department of Civil and Labour Law**Institute of Law**of the Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman, Ukraine*

The problem of practical implementation of the of a security purchase – sale construction under Art. 597-13 Civil Code of Ukraine is investigated in the scientific paper. It is justified that the approach of the Ukrainian legislator reflected in this Article is illogical, because it does not provide for the granting of fiduciary founder's rights and obligations to a third party who transfers (sells) her property to fiduciary ownership for security purposes in the interests and on the debtor's recommendation. It was found that the title of this Article "Acquisition of property to fiduciary ownership in the interests of another person" does not indicate the acquisition of property in favor of a third person, different from the fiduciary owner and fiduciary founder, since in its content such "another person" is the fiduciary founder, in whose interest and recommendation property is acquired. It has been proved that such legislative position contradicts the definition of the fiduciary founder according to Art. 597-3 this Code, which refers to it "another person who transfers her property to fiduciary ownership in order to ensure the fulfillment of the debtor's obligations". It has been stated that the approach established in Art. 597-13 is contrary to the legal nature of the security purchase – sale with a resolutive condition, where the seller has the fiduciary founder's rights and obligations so how he risks losing the property transferred to fiduciary ownership in case of debtor's default. It has been noted that construction under this Article cannot be implemented in practice due to the risk of reclassification it into an discrete transaction, since a third person transferring property to fiduciary ownership is not aimed at ensuring the fulfillment of the debtor's obligation, but at transferring property to the fiduciary owner's ownership. It has been concluded that it was necessary to amend Art. 597-13 in order to prevent problems of its practical implementation.

**Конструкція забезпечувальної купівлі-продажу за статтею 597-13 Цивільного кодексу України: проблема практичної реалізації***Рябчинська Анастасія Олегівна**аспірантка кафедри цивільного та трудового права**Юридичного інституту**Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Україна***Вступ**

У цивільному праві України триває процес адаптації запровадженого наприкінці 2019 року інституту довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. Положення національного цивільного законодавства, які регулюють право довірчої

забезпечувальної власності, передбачають можливість його виникнення як на підставі договору про встановлення довірчої власності (ч. 1 ст. 597-1 Цивільного кодексу України), так і на підставі договору купівлі-продажу (ч. 1 ст. 597-13 зазначеного Кодексу). Назва ст. 597-13 наведеного Кодексу «Придбання майна у довірчу власність в інтересах



іншої особи», на перший погляд, свідчить про те, що в контексті згаданої норми йтиметься про укладення правочину забезпечувальної купівлі-продажу, який передбачає передачу у довірчу власність майна з метою забезпечення виконання зобов'язання на користь третьої відносно боржника та кредитора за основним зобов'язанням особи. Водночас установлений у цій статті підхід законодавця не відповідає ані правочину на користь третьої особи, ані конструкції забезпечувальної купівлі-продажу, що на практиці може призвести до ризиків перекваліфікації такої угоди у приховану купівлю – продаж і визнання договорів купівлі-продажу, якими встановлюється право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, недійсними.

З огляду на викладене метою статті є дослідження проблеми практичної реалізації права довірчої забезпечувальної власності в межах установленої ст. 597-13 Цивільного кодексу України конструкції забезпечувальної купівлі-продажу.

### Виклад основного матеріалу

Відповідно до ч. 1 ст. 597-13 Цивільного кодексу України довірча власність може виникнути на підставі договору, відповідно до якого одна сторона за власний рахунок, але в інтересах та за рекомендацією іншої сторони придбає у третьої особи майно у довірчу власність. При цьому сторона, яка придбала майно у довірчу власність, отримує право вимоги до особи, за рекомендацією якої відбулося придбання, щодо сплати компенсації вартості такого майна та/або процентів за користування чужими грошовими коштами. При цьому особа, яка придбала майно, набуває прав та обов'язків довірного власника, а особа, в інтересах та за рекомендацією якої було придбане майно, – довірного засновника<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 144. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20210101>.

Згідно із зазначеним нормативним положенням правовідносини довірчої забезпечувальної власності виникають між третьою особою, яка передає («продає») належне їй майно довірчому власнику; довірчим власником, який придбає таке майно за власний рахунок; і довірчим засновником, в інтересах і за рекомендацією якого здійснюється така купівля – продаж. Ураховуючи зміст ст. 597-13, а також ст. ст. 597-1, 597-3 Цивільного кодексу України<sup>2</sup> щодо визначення сторін права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання, сторонами правовідносин забезпечувальної купівлі-продажу виступають довірчий власник (кредитор за основним зобов'язанням) і довірчий засновник (боржник за основним зобов'язанням, та/або інша особа, яка передає своє майно у довірчу власність з метою забезпечення виконання зобов'язань боржника). Вочевидь, законодавець розрізняє «іншу особу, яка передає своє майно у довірчу власність із метою забезпечення виконання зобов'язань боржника» – довірного засновника за ч. 2 ст. 597-3 зазначеного Кодексу та третю особу, у якої довірчий власник придбає майно в довірчу власність в інтересах і за рекомендацією «іншої сторони», яка набуває прав та обов'язків довірного засновника, незважаючи на те, що така третя особа підпадає під визначення сторони довірного засновника у ч. 2 ст. 597-3 наведеного нормативно-правового акта.

Викладене дозволяє стверджувати, що договір купівлі-продажу, на підставі якого встановлюються правовідносини довірчої забезпечувальної власності, не є правочином, укладеним на користь третьої особи у розумінні ст. 636 Цивільного кодексу України. Договором на користь третьої особи є договір, у якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі<sup>3</sup>: по-перше, третя особа (продавець), яка «продає» належне їй майно довірчому власнику,

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

не є стороною довірчих правовідносин, і не є особою, на користь якої боржник зобов'язаний виконати основне зобов'язання, а відтак не є особою, наділеною правом вимоги до нього щодо виконання основного зобов'язання – такою особою є лише кредитор за основним зобов'язанням – довірчий власник; по-друге, в назві норми ст. 597-13 вказаного кодексу під «іншою особою», в інтересах якої здійснюється придбання майна в довірчу власність, йдеться про особу, яка набуває прав і обов'язків сторони договору – довірчого засновника.

Таким чином, згідно із викладеною у вказаній нормі законодавчою позицією сторонами правовідносин довірчої забезпечувальної власності за договором купівлі-продажу є довірчий власник, який придбає за власний рахунок майно у третьої особи, та довірчий засновник, в інтересах за рекомендацією якого здійснюється таке придбання та який зобов'язаний компенсувати довірчому власнику вартість придбаного товару, при цьому третя особа – продавець, яка передає належне їй майно у забезпечувальну власність довірчого власника не набуває за таким договором прав та обов'язків довірчого засновника. Вважаємо такий підхід нелогічним, адже незрозуміло, у якому тоді статусі така особа виступає у правовідносинах довірчої забезпечувальної власності.

Аналіз проблеми практичної реалізації конструкції забезпечувальної купівлі-продажу за ст. 597-13 Цивільного кодексу України вимагає з'ясування її сутності.

На думку Р.А. Майданика, інститут забезпечувального права власності охоплює застосування купівлі-продажу з метою забезпечення виконання зобов'язання шляхом укладення двох правочинів: боргового і забезпечувальної купівлі-продажу. Кредитор набуває право довірчої власності, а боржник залишається володільцем і користувачем проданого майна (користуватися таким майном до закінчення строку боргового правочину боржник може на підставі укладеного

сторонами договору найму). За умови вчасного повернення боргу договір купівлі-продажу розривається, здійснюється повернення майна боржнику, а в разі невиконання останнім зобов'язання кредитор може розпорядитися придбаним майном на власний розсуд, наприклад, або продати його або залишити у своїй «повній» власності замість довірчої власності<sup>4</sup>.

У контексті зазначеного заслуговує на увагу твердження Р.С. Бевзенка про те, що з економічної точки зору забезпечувальна купівля-продаж виступає формою кредиту із забезпеченням, де ціна купівлі – це сума позики, ціна викупу – сума позики з урахуванням процентів, а строк викупу охоплює строк, на який надано позику. Предмет купівлі-продажу становить забезпечувальне майно, яке залишається в розпорядженні (у власності) кредитора до належного виконання зобов'язання (виплати суми позики з процентами)<sup>5</sup>.

До різновиду фидуціарної (довірчої авт.) передачі права власності договір купівлі-продажу із правом зворотного викупу відносить також Л. А. Бірюкова<sup>6</sup>.

Щодо зазначеного Є. Годеме дійшов висновку: за договором купівлі-продажу із правом зворотного викупу як різновиду фидуціарної передачі права власності власник, потребуючи кошти, продає річ, однак зумовлює право зворотно набути її протягом визначеного строку, заплативши за неї покупцеві. Таке зворотне отримання речі продавцем називається правом викупу – з юридичної точки зору це продаж зі скасувальною умовою, який полягає у здійсненні продавцем права викупу; якщо умова

<sup>4</sup> Майданик Р.А. Речове право : підручник. Київ, 2019. С. 1008.

<sup>5</sup> Бевзенко Р.С. Обеспечительная купля – продажа и залог: : комментарий к определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 09.01.2018 № 32-КГ17-33. *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2018. Вып. 8. С. 4. URL : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3536166](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536166).

<sup>6</sup> Бирикова Л.А. Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора. Актуальные проблемы гражданского права. / Под ред. С.С. Алексеева. Москва, 2000. С. 200–201. URL : <https://lib.sale/pravo-grajdanskoe-uchebnik/biryukova-fidutsiarnaya-sobstvennost-kak-38903.html>.

настає, продаж розривається зі зворотною силою, тобто «... власність покупця зникає і продавець вважається таким, що весь час мав право власності»<sup>7</sup>.

Отже, конструкція забезпечувальної купівлі-продажу (купівлі-продажу із правом зворотного викупу) як вид довірчої забезпечувальної власності передбачає передачу права власності продавцем (довірчим засновником, боржником за основним зобов'язанням) покупцю (довірчому власнику, кредитору за основним зобов'язанням) з метою забезпечення виконання боргового зобов'язання на підставі забезпечувального договору купівлі-продажу, який містить скасувальну умову щодо припинення права власності кредитора у випадку належного виконання зобов'язання боржником. Належне виконання зобов'язання (настання скасувальної умови) призводить до «погашення» прав і обов'язків сторін за договором купівлі-продажу: покупець (довірчий власник) зобов'язаний здійснити зворотню передачу переданого йому з метою забезпечення виконання зобов'язання боржника майна. Ненастання скасувальної умови, тобто невиконання боргового зобов'язання, зумовлює збереження прав і обов'язків сторін за таким договором, дозволяючи довірчому власнику задовольнити власні майнові інтереси за основним борговим зобов'язанням шляхом набуття необмеженого речово-правового титулу (права власності) на об'єкт довірчої власності внаслідок зарахування вартості предмета купівлі-продажу та суми боргового зобов'язання – як слушно зазначає Р.А. Майданик, «кредитор звільняється від обмеження щодо розпорядження вже належного йому на праві власності майном»<sup>8</sup>.

Таким чином, у межах конструкції забезпечувальної купівлі-продажу, на підставі якої встановлюються правовідносини довірчої забезпечувальної власності, продаж забезпечувального майна (об'єкта довірчої власності)

здійснюється довірчим засновником, який задовольняє майнові інтереси за договором шляхом отримання можливості подальшого користування таким майном задля отримання доходу та повернення переданого в забезпечення майна у свою власність після належного виконання зобов'язання на користь довірчого власника.

Продаж майна довірчому власнику з метою забезпечення виконання зобов'язання боржника третьою особою – «іншою особою, яка передає своє майно у довірчу власність з метою забезпечення виконання зобов'язань боржника» згідно із ч. 2 ст. 597-3 Цивільного кодексу України, зумовлює набуття нею прав та обов'язків довірчого засновника, оскільки така особа передає належне їй майно у довірчу власність довірчого власника із забезпечувальною метою, а тому прагне повернути його у свою власність після належного виконання боргового зобов'язання боржником і зацікавлена у збереженні права користування ним з можливістю отримання доходів, на які відповідно до ч. 3 ст. 597-2 вказаного Кодексу не поширюється режим довірчої власності.

Установлений у ст. 597-13 Цивільного кодексу України підхід законодавця, за яким третя особа, яка передає («продас») належне їй майно в довірчу власність довірчого власника (покупця) з метою забезпечення виконання зобов'язання боржника, не набуваючи прав та обов'язків довірчого засновника, не відповідає конструкції забезпечувальної купівлі-продажу, тому що: по-перше, позбавляє таку особу права користування переданим у забезпечувальну власність майном і не дозволяє їй повернути таке майно після належного виконання зобов'язання боржником. І хоча де-юре за договором, яким встановлено довірчу забезпечувальну власність, її може бути визнано користувачем згідно із ч. 1 ст. 597-4 Цивільного кодексу України, відповідно до ч. 1 ст. 597-11 зазначеного Кодексу довірчий власник зобов'язаний передати право власності на об'єкт довірчої власності довірчому засновнику. За такої позиції

<sup>7</sup> Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Пер. с франц. под ред. И.Б. Новицкого. Москва, 1948. С. 436.

<sup>8</sup> Майданик Р.А. Речове право: підручник. Київ, 2019. С. 1007.

залишається незрозумілим, у чому полягає зацікавленість третьої особи передавати («продавати») належне їй на праві власності майно в довірчу забезпечувальну власність під ризиком зазнати негативних майнових наслідків у вигляді його втрати в разі невиконання боржником боргового зобов'язання; по-друге, суперечить фидуціарній природі права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. Здійснюючи передачу майна з метою забезпечення виконання зобов'язання боржника в межах довірчої забезпечувальної власності, особа проявляє надмірну довіру до довірчого власника щодо повернення права власності на таке майно після належного виконання боргового зобов'язання боржником. Зазначеним пояснюється визначення у ч. 2 ст. 597 – 3 зазначеного Кодексу іншої особи, яка передає своє майно в довірчу власність із метою забезпечення виконання зобов'язань боржника як довірчого засновника. Адже фидуціарність довірчої забезпечувальної власності полягає у прояві надмірної довіри довірчого засновника (чи то боржника за основним зобов'язанням, чи то іншої особи, яка передає своє майно в довірчу власність із метою виконання його зобов'язання) до кредитора, що полягає в наділенні його обмеженим забезпечувальною метою титулом власника майна та в покладенні на нього обов'язку повернути переданий речово-правовий титул (право власності) після належного виконання зобов'язання<sup>9</sup>.

Аналіз наведеного дозволяє дійти висновку, що в передбаченій цивільним законодавством конструкції забезпечувальної купівлі-продажу як різновиду довірчої забезпечувальної власності третя особа, яка передає належне їй майно довірчому власнику, не зацікавлена у його подальшому користуванні та поверненні. За таких обставин укладений згідно із ст. 597-13 Цивільного кодексу України договір забезпечувальної купівлі-продажу на прак-

тиці може бути кваліфіковано як удаваний правочин купівлі-продажу з огляду на те, що, здійснюючи передачу майна в довірчу власність, третя особа має на меті передачу майна у власність довірчого власника, а не забезпечення виконання зобов'язання боржника. Слід зауважити, що мета правочину довірчої забезпечувальної власності має принципове значення – спрямованість дій третьої особи, яка не набуває прав та обов'язків довірчого засновника, на передачу належного їй майна у власність довірчого власника суперечить правовій природі права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання відповідно до ст. 597-1 вказаного Кодексу, водночас відповідає нормі ст. 655 Цивільного кодексу України, яка характеризує договір купівлі-продажу як спрямований на передачу майна (товару) однією стороною (продавцем) у власність іншої (покупцеві), який приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму<sup>10</sup>.

У контексті викладеного заслуговує підтримки твердження Р.А. Майданика про те, що договір, яким встановлено забезпечувальне право власності, вважається дійсним лише за умови прямої вказівки сторін на забезпечувальний характер такого правочину задля запобігання виникненню сумнівів у сторін і третіх осіб щодо можливого приховування заставних відносин договором купівлі-продажу. Вчений підкреслює, що єдина умова його дійсності полягає в тому, щоб зазначений правочин не укладався в обхід закону чи з метою, яка йому суперечить<sup>11</sup>.

З урахуванням зазначеного, за відображеним у ст. 597-13 Цивільного кодексу України законодавчим підходом існують ризики перекваліфікації на практиці передбаченого наведеною нормою договору забезпечувальної купівлі-продажу в удаваний правочин

<sup>9</sup> Рябчинська А. Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання: поняття та юридична природа. *Юридичний вісник*. 2020. Вип. 5. С. 214. URL : [http://yurvisnyk.in.ua/v5\\_2020/29.pdf](http://yurvisnyk.in.ua/v5_2020/29.pdf).

<sup>10</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 144. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20210101>.

<sup>11</sup> Майданик Р.А. Речове право : підручник. Київ, 2019. С. 1013.



купівлі-продажу та визнання його недійсним на підставі ст. 235 цього Кодексу.

Вважаємо викладену у вказаній нормі позицію законодавця незрозумілою, нелогічною та непослідовною.

Задля запобігання виникненню проблеми перекваліфікації зазначеної конструкції в удаваний правочин та можливих ризиків визнання таких договорів недійсними видається за необхідне викласти норму ст. 597 – 13 цього Кодексу в такій редакції:

**«Стаття 597-13.** Придбання майна в довірчу власність в інтересах боржника.

1. Довірча власність може виникнути на підставі договору, відповідно до якого одна сторона за свій рахунок, але в інтересах та за рекомендацією боржника за основним зобов'язанням, придбає у третьої особи майно в довірчу власність. При цьому сторона, яка придбала майно в довірчу власність, отримує право вимоги до боржника, за рекомендацією та в інтересах якого відбулося придбання щодо сплати компенсації вартості такого майна та/або процентів за користування чужими грошовими коштами.

2. У випадку, зазначеному в частині першій цієї статті, особа, яка придбала майно, набуває прав та обов'язків довірчого власника, а особа, у якої було придбано майно в довірчу власність в інтересах та за рекомендацією боржника, – довірчого засновника».

### Висновки

Аналіз зазначеного дає підстави для висновку про те, що встановлена у ст. 597-13 Цивільного кодексу України законодавча позиція щодо конструкції забезпечувальної купівлі-продажу потребує вдосконалення:

1) з назви статті не зрозуміло, що під «іншою особою», в інтересах якої придбається майно в довірчу власність, мається на увазі

особа довірчого засновника, яка зобов'язана компенсувати довірчому власнику вартість майна з урахуванням процентів за користування чужими грошовими коштами;

2) третю особу, яка передає (продає) належне їй майно в довірчу власність довірчому власнику в інтересах і за рекомендацією боржника, не наділено правами та обов'язками довірчого засновника, хоча це впливає зі змісту норми ч. 2 ст. 597-3 Цивільного кодексу України, яка відносить до сторони довірчого засновника як боржника за основним зобов'язанням, так і іншу особу, яка передає майно в довірчу власність із метою забезпечення виконання зобов'язання боржника;

3) у зв'язку з вищевикладеним таку третю особу фактично позбавлено права користування ним і повернення права власності на нього після належного виконання зобов'язання боржником, що в межах зазначеної конструкції свідчить про відсутність зацікавленості у неї щодо повернення переданого у довірчу забезпечувальну власність майна після належного виконання зобов'язання боржником;

4) враховуючи наведене, третя особа має на меті передусім передачу майна у власність довірчого власника, а не забезпечення виконання зобов'язання боржника – за таких обставин існують ризики визнання на практиці таких договорів забезпечувальної купівлі-продажу удаваними правочинами купівлі-продажу;

5) внесення змін до вказаної норми, згідно з якими третя особа, у якої довірчий власник придбає майно в інтересах і за рекомендацією боржника, виступає стороною правовідносин довірчої забезпечувальної власності – довірчим засновником, гарантує захист її майнових прав у конструкції забезпечувальної купівлі-продажу та дасть змогу запобігти виникненню таких проблем під час реалізації положень ст. 597-13 цього Кодексу на практиці.

**Problems of ensuring reasonable time limits in judgments  
of the European Court of Human Rights in connection with the postponement  
of judicial proceedings in criminal proceedings**

*Senyk Taras*

*Postgraduate Student at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics  
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

One of the problematic issues related to ensuring human rights in criminal proceedings is the observance of reasonable time limits for court proceedings. The principle of reasonableness of the terms of criminal proceedings follows from the task of rapid investigation and trial meets the requirements of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. According to the case law of the European Court of Human Rights, when determining the limits of a reasonable time in criminal proceedings, both the period of pre-trial investigation and the period of trial are taken into account.

In accordance with paragraph 3 of Art. 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, everyone has the right to be convicted without undue delay in the prosecution of any charge brought against him.

An analysis of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) shows that the reasonableness of time limits does not provide for going beyond specific (even widely stated) time limits and is individual for each criminal proceeding. The analyzed decisions of the European Court of Human Rights are quite well-known and indicative. In accordance with these judgments, given the complexity of the case and the tactics chosen by the defense to interrogate a large number of witnesses, the Court found that there was no breach of reasonable time, even in the case of lengthy proceedings. To determine the reasonableness of the terms of criminal proceedings, the case law of the European Court of Human Rights has developed a number of criteria, which were later embodied in the domestic legislation of Ukraine. Similarly, national courts are responsible for the non-appearance of relevant participants (eg witnesses, accomplices and representatives), as a result of which court hearings have been adjourned. The reasonable nature of the length of the proceedings is determined by the circumstances of the case, which requires an assessment as a whole. Although individual stages of the proceedings may be of an acceptable length, the total length of the proceedings may, however, exceed a “reasonable time” of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. provides for the urgency of the trial, but at the same time it enshrines a more general principle – the proper administration of justice. Therefore, a fair balance should be struck between the various aspects of this fundamental requirement

The European Court of Human Rights has repeatedly pointed to Ukraine’s frequent violations of reasonable time limits in criminal proceedings. Those who are detained the most suffer from this.

**Проблеми забезпечення розумних строків у рішеннях Європейського суду з прав людини у зв’язку з відкладенням судового розгляду у кримінальному провадженні**

*Сеник Тарас Богданович*

*аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики*

*Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

## Вступ

Відповідно до ст. 6 Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод, 1950 р. (надалі – Конвенція), що ратифікована Україною в 1997 р., розгляд будь-якої справи у суді має здійснюватися впродовж розумного строк<sup>1</sup>. Адже будь-яке зволікання може негативно відобразитися на правах, що підлягають захисту, адже гарантує право кожному на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом. Дана конвенційна норма віднайшла своє відображення в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (надалі – КПК України). При цьому кримінальне провадження щодо особи, яка тримається під вартою, має бути здійснено невідкладно і розглянуто в суді першочергово. Вказаний критерій враховується і Європейським судом з прав людини, а саме той факт, що протягом періоду розгляду справи заявник перебуває під вартою, вимагає від суду певної старанності для швидкого розгляду справи. У юридичній літературі досліджували питання розумного строку такі вчені: В.Д. Басай, О.М. Толочко, О.М. Овчаренко, В.В. Городовенком, Ю.В. Щокінім, О.А. Гончаренко І. Є. Марочкін, Я.Г. Яновська та інші. Але й у цих роботах вказана проблематика досліджується лише як окремий предмет вивчення. Отже, науковці зробили значний внесок у вивчення даної проблеми, однак? на нашу думку, відсутній аналіз судових рішень ЄСПЛ, які б давали відповідь на розумність строків та їх дотримання під час розгляду кримінального провадження.

**Метою статті** є аналіз рішення Європейського суду з прав людини, що встановлюють (забезпечують) реалізацію принципу розумного строку кримінального судочинства.

## Виклад основного матеріалу

Передусім, згідно зі ст. 6 Конвенції, яка згідно із ч. 1 ст. 9 Конституції України

<sup>1</sup> Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 (редакція від 02.10.2013 р.) URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004/card2#Card/](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004/card2#Card/).

є частиною національного законодавства України, кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Слід зазначити, що у своїх рішеннях Європейський суд із прав людини (надалі – ЄСПЛ) неодноразово зазначав, що період розумного строку розпочинається з повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину і до моменту остаточного вирішення справи, включаючи наступні стадії розгляду справи. Як ми вже звертали увагу, у кримінальному провадженні враховується як період досудового розслідування, так і період судового розгляду, однак при цьому строк у кримінальному провадженні має починатися з часу, коли особі повідомлено про підозру або з моменту затримання особи за підозрою, а закінчується, коли вирок набрав законної сили або кримінальне провадження закрито з підстав, передбачених у національному законодавстві.

З урахуванням практики ЄСПЛ розумний строк може порушуватися з таких причин: складність кримінального провадження визначається з урахуванням кількості підозрюваних, обвинувачених та кримінальних правопорушень, щодо яких здійснюється провадження; кількості учасників провадження (потерпілих, свідків тощо); правової кваліфікації кримінального правопорушення; наявності на момент початку досудового розслідування відомостей щодо конкретної особи, яка ймовірно вчинила кримінальне правопорушення; характеру обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні; меж доказування; обсягу матеріалів досудових розслідувань, що об'єднані в одному провадженні; потреби призначення експертиз, їх складності; обсягу та специфіки процесуальних дій, що забезпечують всебічне та повне дослідження обставин кримінального правопорушення; необхідності отримання міжнародної допомоги в рамках кримінального провадження тощо.

У рішеннях ЄСПЛ відкладення розгляду також здійснюється через поведінку учасників кримінального провадження, оскільки слід враховувати належне виконання ними своїх процесуальних обов'язків (для прикладу, щодо явки за судовим викликом; дотримання умов обраного запобіжного заходу; надання в передбачених законом випадках доказів тощо), існування випадків зловживання процесуальними правами тощо. При цьому слід враховувати, що реалізація процесуальних прав, скажімо, заявлення клопотань, скарг, не може розцінюватися як перешкодження здійсненню провадження, за винятком випадків, коли йдеться про зловживання своїм процесуальним правом.

Для детальнішого розуміння проблематики необхідно розглянути рішення ЄСПЛ для аналізу і висновків порушення розумних строків.

Перш за все необхідно навести приклад, п. 69 Рішення ЄСПЛ від 04.04. 2006 р. у справі «Кобцев проти України», де зазначено, що кримінальне провадження щодо особи, яка тримається під вартою, має бути здійснено невідкладно розглянуто в суді першочергово. Суд вважає, що чисельні затримки в даному розслідуванні були зумовлені бездіяльністю національних органів влади, що зумовлює утримання під вартою обвинуваченого довгий період<sup>2</sup>.

Часто клопотання прокурора про взяття особи під варту або продовження строку тримання під вартою розглядаються судами формально без належної оцінки фактів щодо необхідності обрання такого запобіжного заходу. Зокрема, суди в багатьох випадках не враховують, чи дійсно прокурор навів прямі конкретні докази на підтвердження того, що на свободі особа буде перешкоджати кримінальному провадженню.

Під час продовження строку тримання під вартою суд повинен заново оцінити всі ризики та розглянути можливість застосування альтернативних запобіжних заходів. Однак деякі судові рішення щодо цього питання сформульо-

вані загально та містять повторювані шаблонні фрази. Часто судові рішення про продовження строку тримання особи під вартою містять той же перелік підстав, який вказувався в попередніх рішеннях щодо даної особи.

Наступним прикладом є гарантія невідкладного розгляду справи, оскільки в разі недотримання строків розгляду справи або затримка у здійсненні правосуддя порушується принцип відмова у здійсненні правосуддя, це передбачено у КПЛ. Зауваження загального порядку № 32, §35; Рішення ЄСПЛ: «Сельмуні проти Франції» (заява № 25803/94), Велика палата (1999) § 107-118<sup>3</sup>.

Як б це не звучало, але є випадки затягування розумних строків щодо призначення судового розгляду, тому дане право охоплюється й іншими правами в тому числі правом на свободу, правом вважатися невинуватим і правом захищатися себе, всі ці права є в національному законодавстві, однак КПЛ, Зауваження загального порядку № 32, §35; «Макфарлейн проти Ірландії» (заява № 31333/06) Велика палата Європейського суду (2010)<sup>4</sup>.

У цій справі держава зобов'язана забезпечити право на розгляд у розумний строк, але слід зазначити, що це не буде навіть залежати від клопотання обвинуваченого для прискорення судового процесу.

Згідно з даним рішенням встановлено, щоб не посилювати невизначеність, в якій перебуває обвинувачений, а також шкоду, якої неминує буде завдано його репутації, а також зважаючи на презумпцію невинуватості суд зобов'язаний відбутися невідкладно без затягування.

Ураховуючи практику ЄСПЛ та положення національного законодавства, принаймні розумні строки не можуть і не повинні перевищувати строки національного законодавства для виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень.

<sup>3</sup> Рішення ЄСПЛ від 28.07.1999 року у справі «Сельмуні проти Франції». URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_374](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_374).

<sup>4</sup> Рішення ЄСПЛ від 10.08.2010 року у справі «Макфарлейн проти Ірландії». URL : <http://www.echr.ru/documents/decisions.htm>.

<sup>2</sup> Рішення ЄСПЛ від 04.04.2006 року у справі «Кобцев проти України» (заява № 7324/02). URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_031](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_031).



У своїх Рішеннях ЄСПЛ «Екле проти ФРН»<sup>5</sup> та «Цимерман і Штайген проти Швейцарії»<sup>6</sup> передбачив, що відкладення судового розгляду може вважатися в межах процесуальних норм, якщо участь судді передбачено в іншій справі, під час призначення і проведення експертизи або повернення кримінального провадження прокуророві із метою усунення допущених порушень кримінального процесуального законодавства. У цьому випадку відкладення судового розгляду можуть бути виправдані, однак якщо вказані дії призводять до порушення права особи на здійснення правосуддя в розумний строк, то заява про присудження компенсації учасником судового розгляду підлягає компенсації.

Так, у даних рішеннях для того, щоб підтвердити факт порушення права на суд без невиправданої затримки, від обвинуваченого не вимагається доводити, що затримка заподіяла особливі збитки. Сама держава повинна довести правомірність такої затримки. Якщо досудове слідство було проведено неякісно, в таких випадках попередній КПК дозволяв судам відправляти кримінальні справи на додаткове розслідування. Показово, що прокурори дуже часто оскаржували такі рішення і в апеляційному порядку знову повертали справи на судовий розгляд.

На нашу думку, на жаль, такий принцип не гарантує, що судовий розгляд буде здійснюватися без відкладення судового розгляду, оскільки даний принцип забезпечує дотримання розумного строку а також не здійснювати без підстави відкладення чи затримки судового розгляду.

Матеріали судової практики свідчать про те, що недотримання розумних строків відбувається під час призначення дати судового слухання, адже судді повинні гарантувати обвинуваченому достатній час та можливість для підготовки свого захисту, створити умови для справедливого правосуддя та гарантувати

дотримання прав обвинуваченого розумний строк розгляду судової справи<sup>7</sup>.

Так, ми вважаємо, що будь-якій особі, яка обвинувачена у кримінальному провадженні, повинні забезпечити достатній час, а особливо умови для підготовки захисту від обвинувачення. Так, суди зобов'язані вжити відповідних заходів для того, щоб підсудний (обвинувачений) і призначені їм захисники мали також достатній час і можливість для достатньої підготовки для захисту.

Відповідно до Рішень ЄСПЛ «Моїсєєв проти Росії» (заява № 62936/00), (2008р.)<sup>8</sup>, «Махфі проти Франції» (заява № 59335/00), (2004 р.)<sup>9</sup> передбачено, що захисникам необхідно забезпечити завчасний доступ до належної інформації, щодо захисту підсудного (обвинуваченого) для можливості надавати ефективну юридичну допомогу своїм клієнтам. Такий доступ повинен забезпечуватися одразу, як тільки це необхідно. У вищезазначених рішеннях ЄСПЛ дійшов висновку, що право на захист потерпає від обмеження доступу захисників до матеріалів справи.

У свою чергу, звертаємо увагу, що в національному законодавстві присутня норма про загальний порядок відкриття матеріалів сторонами, дана норма простежується у п. 3 ст. 6 Конвенції, а саме що кожна людина повинна мати достатню кількість часу й можливість для підготовки свого захисту.

Оцінюючи можливість захисту в Україні та інших державах, питання про достатність часу необхідно вирішувати в кожному окремому випадку по-різному, адже на це впливає такі чинники, як умови доступу та їх можливість, обсяг матеріалу, їх складність.

Крім того, ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово повторює, «що хоча право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективну юридичну допомогу захисника, який,

<sup>5</sup> Рішення ЄСПЛ від 10.04.2016 року у справі «Екле проти ФРН». URL : <https://precedent.in.ua/2016/04/08/ekle-protyv-federatyvnoj-respublyky/>.

<sup>6</sup> Рішення ЄСПЛ від 13.07.1983 року у справі «Цимерман і Штайген проти Швейцарії». URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_417](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_417).

<sup>7</sup> Рішення ЄСПЛ від 22.06.2000 року у справі «Коем та інші проти Бельгії». URL : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?Aldx=255>.

<sup>8</sup> Рішень ЄСПЛ від 09.10.2008 року у справі «Моїсєєв проти Росії» (заява № 62936/00). URL : <https://roseurosud.org/t/st-7/postanovlenie-espch-moiseev-protiv-rossii>.

<sup>9</sup> Рішення ЄСПЛ від 19.10.2004 року у справі «Махфі проти Франції» (заява № 59335/00). URL : .

у разі необхідності, призначається офіційно, не є абсолютним, воно є однією з основних ознак справедливого судового розгляду»<sup>10</sup>.

Ще одна підстава для постійного відкладення судового розгляду – нездійснення гарантій щодо розгляду справи без невинуватої затримки, тобто незабезпечення належною організацією своєї судової системи, а особливо достатнього фінансування. Дана проблема є досить актуальною для України, адже на даний момент ще не закінчена судова реформа, а перевантаженість судів, несприятливі економічні та інші умови, брак суддів або їх відрядження не може вважатися достатнім виправданням необґрунтованих відкладень, оскільки держава повинна гарантувати на справедливий судовий розгляд у розумні строки.

Отже, саме на суд покладається забезпечення розумних строків судового провадження в національному чи міжнародному суді. Виконання додержання суддями цього обов'язку додатково забезпечується встановленням персональної юридичної відповідальності судді за порушення розумних строків. Це зумовлено закріпленням такої підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, як безпідставне затягування або невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом, зволікання з виготовленням вмотивованого судового рішення. ЄСПЛ постановив, що у кримінальному провадженні період, до якого застосовується стаття 6, включає все провадження в цілому в тому числі оскарження рішення. Дійсно, стаття 6 § 1 визначає як завершальний термін ухвалення рішення щодо обґрунтованості обвинувачення, що може стосуватись рішення суду апеляційної чи касаційної інстанції, якщо вона висловлюється щодо обґрунто-

ваності обвинувачення<sup>11</sup>. Строк, який треба брати до уваги, триває принаймні до проголошення виправдального чи обвинувального вироку, навіть якщо він постановлений апеляційною інстанцією. Окрім того, немає жодних підстав припинити захист особи від повільності судового провадження з моменту першого судового засідання: невинуваті перенесення засідань або надмірні запізнення також можуть траплятись із вини суду, що розглядає справу.

Європейський суд із прав людини (ЄСПЛ) неодноразово підкреслював серйозні недоліки правоохоронної та судової системи України, вказуючи на порушення ст. 6 Конвенції у частині права на розумну тривалість кримінального провадження. Зокрема, ЄСПЛ зазначає, що на державу покладено обов'язок організувати судову систему таким чином, щоб суди могли діяти відповідно до Конвенції, в тому числі забезпечувати вимогу «розумного строку».

## Висновки

На нашу думку, необхідно звернути увагу на необхідність належного планування та повідомлення судового розгляду кримінального провадження, учасникам кримінального провадження необхідно неухильно дотримуватися вимог забезпечення безперервності судового засідання, а у випадку зловживання процесуальними правами негайно реагувати на випадки невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків суддями, прокурорами та адвокатами шляхом звернення до Ради суддів України, кваліфікаційно-дисциплінарних комісій прокуратури та адвокатури відповідно, а у випадках здійснення іншими учасниками – до відповідних органів для притягнення до відповідальності.

<sup>10</sup> Рішення ЄСПЛ «Балицький проти України» від 03.11.2011 р. (заява № 12793/03). URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_726](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_726).

<sup>11</sup> Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 (редакція від 02.10.2013 р.). URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004/card2#Card](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004/card2#Card).

**Judicial control vs control of the Ministry of Justice of Ukraine over the activity of private executors: problem aspects**

***Snidevych Oleksandr***

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,  
Associate Professor at the Department of Executive,  
Notarial Process and Advocacy, Prosecutory, Judiciary  
Institute of Law  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

***Maliarchuk Liubov***

*Candidate of Juridical Sciences,  
Associate Professor at the Department of Executive,  
Notarial Process and Advocacy, Prosecutory, Judiciary  
Institute of Law  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

Since the number of appeals lodged with the Ministry of Justice of Ukraine against private executors has increased, this article dwells on the question: who should consider debtors' appeals against procedural decisions, actions, inaction of private executors: the Ministry of Justice of Ukraine or a court? The objective of this study is to differentiate these authorities' competence to control the enforcement of decisions and the activity of private executors. It is summarized that lodging appeals against any decisions, actions, inaction of a private executors with a court and lodging such appeals with the Ministry of Justice of Ukraine are different actions by nature and consequences. The result of lodging an appeal with a court is the cancellation of the private executor's decision, recognition of the executor's actions (inaction) illegal and an order to take certain actions, and if the court finds any violation of the law, the private executor may be brought to disciplinary responsibility. The Ministry of Justice of Ukraine, however, may not change the private executor's decision or correct his actions or demand other actions. During the consideration of any appeals filed by the enforcement proceeding parties, only the legality of the actions/inaction of the private enforcement bailiff executing a certain enforcement document should be assessed. This assessment shall not be made with respect to the proceeding. In the end however, there may be indirect influence on the enforcement of the decision through suspension or termination of the private executor's activity. If the enforcement proceeding parties apply to the Ministry of Justice of Ukraine, it means that the private executor has committed certain violations and should be sanctioned in order to eliminate these violations, yet the law violated by the executor may only be protected in court. Therefore, the systematic interpretation of the provisions on the control over the enforcement of any decisions of court and other authorities shows that any appeals against any decisions, actions or inaction of private bailiffs executing court decisions may be lodged with a court only.

## **Судовий контроль vs контроль Міністерства юстиції України за діяльністю приватних виконавців: проблемні аспекти**

***Снідевич Олександр Станіславович***

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу  
та адвокатури, прокуратури, судоустрою*

*Інституту права*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

***Малярчук Любова Сергіївна***

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу  
та адвокатури, прокуратури, судоустрою*

*Інституту права*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

### **Вступ**

Однією з основних засад виконавчого провадження у Законі України «Про виконавче провадження»<sup>1</sup> є забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних та приватних виконавців.

Але часто боржники зловживають даною гарантією, використовуючи її задля перешкодження ходу виконання рішення, і останнім часом більшою мірою по відношенню до приватних виконавців шляхом направлення скарг до Міністерства юстиції України з метою ініціювання притягнення їх до відповідальності Дисциплінарною комісією приватних виконавців. Такий стан речей викликає стурбованість у спільноти приватних виконавців, тому на одному із засідань Асоціації приватних виконавців України прийнято рішення про підготовку Резолюції із закликом щодо недопущення перетворення роботи Дисциплінарної комісії приватних виконавців на каральний орган та було постановлено питання щодо того, хто має розглядати скарги боржників на процесуальні дії приватних виконавців: Міністер-

ство юстиції України чи все-таки виключно суд? З огляду на резонансність цієї проблематики вважаємо за доцільне висловитися із цього приводу та запропонувати власне бачення означеної ситуації.

Взагалі, тема контролю за виконанням рішень в контексті оскарження рішень, дій чи бездіяльності виконавців, хоча і переважно державних, піднімалася на науковому рівні неодноразово. Її розкривали С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, О.З. Хотинська-Нор, А.М. Авторгов, О.М. Сасевич, Я.О. Берназюк, Н.М. Чепурнова, А.Т. Боннер, В.Т. Квіткіна, О.В. Кондратьє, проте при цьому не проводилося розмежування за компетенцією різних органів зі здійснення такого контролю, зокрема судом та Міністерством юстиції України, не встановлювалися залежно від цього суть та наслідки таких дій, що ставиться за мету в межах даного дослідження. Задля отримання відповіді на порушені вище питання підлягатиме розгляду правове регулювання оскарження рішень, дій чи бездіяльності саме приватних виконавців у порівнянні з передбаченим порядком для державних виконавців, та здійснена оцінка відповідних приписів законодавства щодо їх легітимності та дієвості.

<sup>1</sup> Закон України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.



### **Виклад основного матеріалу**

Так, згідно зі ст. 36 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів»<sup>2</sup> (далі – Закон) рішення, дії чи бездіяльність приватного виконавця можуть бути оскаржені в порядку, встановленому законом. Зокрема, відповідно до ч.1 ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» рішення дії чи бездіяльність виконавця та посадових осіб органів державної виконавчої служби щодо виконання судового рішення можуть бути оскаржені сторонами, іншими учасниками та особами до суду, який видав виконавчий документ, у порядку, передбаченому законом, а саме Розділами VI Господарського процесуального кодексу України<sup>3</sup> (далі – ГПК України), VII Цивільного процесуального кодексу України<sup>4</sup> (далі – ЦПК України) «Судовий контроль за виконанням судових рішень», ст. 287 Кодексу адміністративного судочинства України<sup>5</sup> (далі – КАС України). Як убачається зі змісту зазначених правових норм, судовий контроль зводиться до розгляду судом скарг на рішення, дії чи бездіяльність виконавця, в той час як за ст. 34 Закону контроль Міністерства юстиції України за діяльністю приватного виконавця здійснюється шляхом проведення планових і позапланових перевірок. Для визначення різниці в компетенції між даними органами з контролю за виконанням рішень та діяльністю приватних виконавців у контексті оскарження їх рішень,

<sup>2</sup> Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02.06.2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 29. Ст. 535. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19#n252>.

<sup>3</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.

<sup>4</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-42. Ст. 492. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

<sup>5</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 06.11.1991 р. від 06.07.2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>.

дій чи бездіяльності, перш за все варто виходити із розуміння поняття «контролю».

Зазвичай сутність контролю як соціального явища полягає в перевірці відповідності діяльності учасників суспільних відносин встановленим у суспільстві приписам, у межах яких вони мають діяти. Поняття «контроль» у праві переважно означає перевірку виконання законів, рішень тощо. Контроль є однією з найважливіших функцій державного управління<sup>6</sup>. Контроль має свої форми, види, способи, методи, об'єкти, суб'єкти тощо.

Із метою забезпечення законності діяльності приватних виконавців, як і будь-яких інших осіб, які здійснюють визначену законом публічну діяльність, підлягає контролю з боку спеціально-визначених контролюючих органів. Убачається, що контроль за діяльністю приватних виконавців є одним із проявів правового контролю.

Ураховуючи наведене, поняття контролю за діяльністю приватних виконавців у буквальному його значенні, на наш погляд, означає перевірку контролюючим органом виконання приватними виконавцями вимог актів законодавства, інших обов'язкових для них приписів у процесі здійснення своєї діяльності.

Аналіз положень законодавства про виконавче провадження свідчить про те, що контроль за діяльністю приватних виконавців із виконання ними рішень судів та інших органів в Україні здійснюють суди, а також Міністерство юстиції України та Рада приватних виконавців України.

Так, залежно від виду рішення, яке виконується приватним виконавцем, судовий контроль можна поділити на судовий контроль за виконанням ними судових рішень та судовий контроль за виконанням ними рішень інших (несудових) органів.

<sup>6</sup> Андрійко О.Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади : дис... д-ра юрид. наук. Київ, 1999. С. 24; Андрійко О.Ф. Контроль. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова ред.) та ін. Київ : «Укр. Енцикл.», Т. 3 : Київ-Москва. 2001. С. 323.

Судовий контроль за виконанням судових рішень – це самостійна, законодавчо закріплена, правова форма реалізації судової влади, яка відображає як основні риси останньої, так і ознаки юрисдикційної діяльності органів примусового виконання, спрямована не лише на забезпечення законності у процесі примусового виконання судових рішень та захист прав і законних інтересів учасників цього процесу, а й на реальне виконання рішення суду, гарантуючи тим самим обов'язковість такого виконання<sup>7</sup>. Судовий контроль за виконанням судових рішень має чітку конституційну основу. Так, відповідно до статті 129-1 Конституції України<sup>8</sup> суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку. Контроль за виконанням судового рішення здійснює суд.

Виходячи із цього, не дивлячись на покладення виконання судових рішень на органи державної виконавчої служби та приватних виконавців, Конституція України прямо залишає за судами функцію контролю за виконанням судових рішень як складової частини «судового розгляду». Стаття 129-1 Конституції України імперативно визначає, що контроль за виконанням судового рішення здійснює суд. Із граматичного тлумачення наведеного положення ст. 129-1 Конституції України чітко вбачається, що повноваження щодо контролю за виконанням судового рішення Конституція України покладає виключно на суд.

З аналізу положень зазначених розділів VII ЦПК України та VI ГПК України вбачається, що способом контролю суду за виконанням рішень у цивільних та господарських справах є оскарження заінтересованими особами рішень, дій або бездіяльності державних та приватних виконавців та розгляд і вирі-

шення таких скарг судом, за наслідками чого суд може: 1) визнати оскаржувані рішення, дії чи бездіяльність неправомірними і 2) зобов'язати державного виконавця або іншу посадову особу органу державної виконавчої служби, приватного виконавця усунути порушення (поновити порушене право заявника).

Більш широке коло форм судового контролю містить стаття 382 КАС України, яка має назву «Судовий контроль за виконанням судових рішень в адміністративних справах». Окрім зазначеного вище, оскарження рішень, дій або бездіяльності державних та приватних виконавців, адміністративний суд може здійснювати судовий контроль за виконанням судових рішень в адміністративних справах й іншими способами, а саме: 1) зобов'язаннями суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення та 2) накладенням на керівника суб'єкта владних повноважень, відповідального за виконання рішення, штрафу в сумі від двадцяти до сорока розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

У правовій науці вказується й на інші способи (форми) судового контролю за виконанням судового рішення. Такими, зокрема, розглядаються випадки вирішення судами окремих процесуальних питань, пов'язаних із виконанням судових рішень, судовий контроль судів вищих інстанцій за рішеннями судів нижчих інстанцій, прийнятих із питань виконання судового рішення (вторинний контроль), опосередкований (непрямий) контроль за виконанням судових рішень, який здійснюється в порядку позовного провадження під час захисту порушених у процесі примусового виконання прав сторін та осіб, які не брали участь у виконавчому провадженні тощо)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Хотинська О.З. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.10; Академія адвокатури України. Київ, 2006. С. 146.

<sup>8</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. №30. Ст. 141. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

<sup>9</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, С.В. Щербак та ін.; за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2009. Т. 2. С. 43–45; Хотинська О.З. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.10; Академія адвокатури України. Київ, 2006. С. 154.

З урахуванням того, що приватні виконавці виконують не лише судові рішення, а й рішення інших органів та посадових осіб (наприклад, визначені ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження» виконавчі написи нотаріусів, рішення комісій у трудових спорах, постанови органів (посадових осіб), уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення, рішення Національного банку України тощо), повноваження суду щодо контролю за діяльністю приватних виконавців поширюються й на діяльність із виконання рішень інших органів. Необхідно зумовити, що, на відміну від судового контролю за діяльністю приватних виконавців із виконання судових рішень, Конституція України прямо не визначає такого виду контролю. Його підставою, зокрема, є загальне положення ст. 124 Конституції України щодо поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір. Нормами, що визначають особливість цього контролю, є також ч. 2 ст. 74 Закону «Про виконавче провадження», відповідно до якої рішення, дії чи бездіяльність виконавця та посадових осіб органів державної виконавчої служби щодо виконання рішень інших органів (посадових осіб) можуть бути оскаржені сторонами, іншими учасниками та особами до відповідного адміністративного суду в порядку, передбаченому законом, а також відповідна ст. 287 КАС України, що визначає порядок розгляду таких скарг.

У свою чергу, питання щодо контролю Міністерства юстиції України за діяльністю приватних виконавців регулюються статтею 34 Закону, відповідно до якої контроль за діяльністю приватного виконавця здійснюється Міністерством юстиції України шляхом проведення планових і позапланових перевірок у порядку, встановленому Міністерством юстиції України.

При цьому ч. 3 ст. 34 Закону визначає, що позапланові перевірки проводяться на підставі письмових звернень учасників виконавчого провадження щодо рішень, дій або бездіяль-

ності приватного виконавця, а ч. 7 Закону – що в разі виявлення під час здійснення перевірок ознак дисциплінарного проступку приватного виконавця Міністерство юстиції України вносить вмотивоване подання до Дисциплінарної комісії про притягнення приватного виконавця до дисциплінарної відповідальності.

Ураховуючи наведене, вбачається, що одним із способів контролю Міністерства юстиції України за діяльністю приватного виконавця є проведення позапланової перевірки приватного виконавця на підставі звернення (скарги) учасника виконавчого провадження щодо рішень, дій чи бездіяльності приватного виконавця. При цьому Закон детально не визначає, які рішення, дії чи бездіяльність приватного виконавця можуть бути оскаржені до Міністерства юстиції України. Положення зазначеної статті 34 Закону також не зумовлюють повноваження Міністерства юстиції України щодо здійснення контролю тією обставиною, під час виконання якого рішення (судового чи несудового) були вчинені відповідні оскаржувані діяння приватного виконавця, що також дає підстави спекулювати стосовно розгляду Міністерством юстиції України виключно скарг учасників виконавчого провадження з виконання приватним виконавцем рішень інших (не судових) органів.

Вважаємо, варто виходити з того, що оскарження до суду рішень, дій, бездіяльності приватного виконавця і звернення щодо них до Міністерства юстиції України є різними діями за своєю суттю та наслідками. Метою подання скарги до суду є скасування рішення приватного виконавця, визнання його дій (бездіяльності) неправомірними та зобов'язання його вчинити певні дії, і в разі встановлення судом при цьому факту порушення закону приватним виконавцем це може бути підставою для притягнення його до дисциплінарної відповідальності, питання про що буде вирішуватись на основі відповідного рішення суду. Так, суд може ініціювати розгляд цих обставин Міністерством

юстиції України чи Радою приватних виконавців шляхом направлення цим органам винесеної на адресу приватного виконавця окремої ухвали, що фактично буде проявом здійснення контролю не тільки безпосередньо за виконанням рішення, а і фактично за діяльністю приватного виконавця.

Натомість Міністерство юстиції України здійснює контроль буквально за діяльністю приватного виконавця і не може змінювати прийняті ним рішення чи корегувати його дії або вимагати вчинити інші. У межах розгляду звернень учасників виконавчого провадження здійснюється лише їх оцінка на предмет законності дій/бездіяльності приватного виконавця під час виконання конкретного виконавчого документа, проте самого провадження вона не стосується, хоча в кінцевому результаті все-таки можливий опосередкований вплив на хід виконання рішення через зупинення або припинення діяльності приватного виконавця. Звернення учасників виконавчого провадження до Міністерства юстиції України або Ради приватних виконавців сигналізує про вчинені порушення приватним виконавцем і має на меті його санкціонування з метою їх усунення, проте сам захист порушеного ним права можливий лише в судовому порядку. Більше того, пріоритетне значення буде мати аналіз подібних обставин судом і для визначення виду дисциплінарного стягнення для приватного виконавця Дисциплінарною комісією. Таке розуміння підтверджується ч. 2. ст. 40 Закону, відповідно до якої в разі, якщо подання до Дисциплінарної комісії про притягнення приватного виконавця до дисциплінарної відповідальності внесено за результатами перевірки діяльності приватного виконавця, здійсненої на підставі скарги учасника виконавчого провадження, яка одночасно є предметом судового розгляду з оскарження рішень, дій або бездіяльності приватного виконавця, Дисциплінарна комісія відкладає розгляд цього подання до набрання законної сили судовим рішенням за результатами розгляду такої скарги.

Отже, з аналізу ст. 34 Закону вбачається, що письмові звернення учасників виконавчого провадження щодо рішень, дій або бездіяльності приватного виконавця спрямовані на констатацію порушення ним чинного законодавства чи вчинення неправомірних дій, у межах чого Міністерством юстиції України встановлюється наявність або відсутність ознак дисциплінарного проступку та, як наслідок, у разі необхідності порушується питання про притягнення його до дисциплінарної відповідальності.

Також, виходячи з переліку дисциплінарних проступків приватного виконавця (якими є: 1) факт зайняття діяльністю, несумісною з діяльністю приватного виконавця; 2) порушення правил професійної етики приватного виконавця; 3) розголошення професійної таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; 4) невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків; 5) невиконання статуту Асоціації приватних виконавців України, рішень Ради приватних виконавців України та з'їзду приватних виконавців України), можна зробити висновок, що оскарження до суду стосується саме процесуальних аспектів примусового виконання виконавчого документа, тоді як предмет розгляду Міністерством юстиції України становить безпосередньо неналежне виконання приватним виконавцем своїх повноважень, при цьому наявність зловживань з його боку. Висновок із приводу того, що Міністерство юстиції України наділене повноваженнями здійснення контролю за діяльністю приватного виконавця на підставі письмових звернень учасників виконавчого провадження щодо рішень, дій або бездіяльності приватного виконавця, однак лише тих, які не стосуються процесу виконання судового рішення, проявляється і в судовій практиці та підтримується спільнотою приватних виконавців і в цілому зводиться до того, що контроль не може підміняти встановлений законом порядок розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність приватного виконавця стосовно виконання судового рішення.



На обґрунтування можна навести ст. 36 Закону, в якій самостійного значення надано оскарженню рішень, дій та бездіяльності приватного виконавця вже шляхом звернення до суду із вимогою про поновлення і захист порушених приватним виконавцем прав у визначеному ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» порядку. Проте варто зауважити, що даною нормою нарівні зі зверненням до суду допускається оскарження рішень, дій бездіяльності державного виконавця і в адміністративному порядку до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, але тільки стягувачем та іншими учасниками виконавчого провадження (за виключенням боржника з огляду на можливі маніпуляції цим правом із його боку).

Оскільки державний виконавець прямо підпорядкований начальнику відділу, а його окремі дії потребують погодження начальником, який має право в разі, якщо вони суперечать вимогам закону, своєю постановою скасувати постанову або інший процесуальний документ (або їх частину), винесені у виконавчому провадженні державним виконавцем, зобов'язати державного виконавця провести виконавчі дії в порядку, встановленому Законом, що є проявом альтернативності судового контролю в даному випадку<sup>10</sup>. Натомість приватний виконавець діє самостійно (на власний розсуд в межах правового поля), а відтак прямо у ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» можливість адміністративного оскарження не передбачена під час виконання рішення приватним виконавцем, що свідчить про те, що оскарження рішень, дій чи бездіяльності приватного виконавця можливо виключно в судовому порядку, а звернення до Міністерства юстиції України слугує приводом для притягнення його до дисциплінарної відповідальності за вчинений проступок через застосування відповідного дисциплі-

нарного стягнення і має виключно санкціонуючий по відношенню до приватного виконавця характер.

Як справедливо відмічають авторитетні правники, судовий контроль є важливою конституційною гарантією забезпечення обов'язковості судового рішення. Це означає, що таке рішення буде виконано своєчасно (у розумні строки), належним чином (у спосіб, визначений судом) та в повному обсязі (відповідно до приписів резолютивної та мотивувальної частини рішення). А посилення судового контролю за виконанням судових рішень та наділення суду із цією метою правом накладати штрафні санкції є заходом для забезпечення конституційного права громадян на судовий захист<sup>11</sup>, тому підміна такої форми контролю іншою неприйнятна.

## Висновки

Із системного тлумачення окреслених нами вище положень щодо контролю за виконанням судових рішень та рішень інших органів убагацьється, що оскарження рішень, дій чи бездіяльності приватних виконавців із виконання судових рішень є можливим виключно до суду. Ст. 129-1 Конституції України прямо визначає допустимого суб'єкта контролю за виконанням судового рішення. Натомість, розглядаючи скарги на діяльність виконавця з виконання судових рішень та вносячи подання до Дисциплінарної комісії приватних виконавців Міністерство юстиції України у цих поданнях, а також Дисциплінарна комісія приватних виконавців у своїх рішеннях роблять висновок про незаконність процесуальних рішень, дій або бездіяльності приватних виконавців із виконання судових рішень, що є виключним повноваженням суду під час здійснення ним

<sup>10</sup> Хотинська О.З. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.10; Академія адвокатури України. Київ, 2006. С. 154.

<sup>11</sup> Ян Берназюк Конституційні гарантії реалізації в Україні принципу обов'язковості судового рішення (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). URL : [https://sud.ua/ru/news/blog/188062-konstitutsiyi-garantiyi-realizatsiyi-v-ukrayini-printsipu-obovyazkovosti-sudovogorishennya-na-prikladi-virishennya-publichno-pravovikh-sporiv?fbclid=IwAR1jYSHaFmKfaFAvq\\_D9hN5Ma\\_h0emV9OFP\\_zlOd-4M63T14IgDkjsGyTtc](https://sud.ua/ru/news/blog/188062-konstitutsiyi-garantiyi-realizatsiyi-v-ukrayini-printsipu-obovyazkovosti-sudovogorishennya-na-prikladi-virishennya-publichno-pravovikh-sporiv?fbclid=IwAR1jYSHaFmKfaFAvq_D9hN5Ma_h0emV9OFP_zlOd-4M63T14IgDkjsGyTtc).

судового контролю за виконанням судового рішення, адже вказані органи повинні перевіряти такі звернення лише на предмет наявності ознак дисциплінарного проступку. За таких умов убачається порушення Міністерством юстиції України та Дисциплінарною комісією приватних виконавців положень ст. 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади та органи місцевого само-

врядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, та ст. 124 Конституції України, яка визначає, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди і що делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються.

## Tax dispute in system of public legal disputes: legal nature, notion, content

*Sokolov Andrii*

*Attorney,*

*Postgraduate Student at the Department of the Administrative and Customs Law  
University of Customs and Finance, Ukraine*

The author investigates the tendencies of development and present-day view of the tax dispute in system of public legal disputes. In his opinion, for development of theoretical and practical fundamentals of the tax dispute investigation, it is important to formulate the conceptual construct definitions. And though the tax disputes are the common phenomenon in the modern society, a notion of “tax dispute” can hardly be referred to a clearly defined legal category. By giving a notion of the tax dispute the author proceeds from various sources for this definition: current law of Ukraine, established law enforcement practice, provisions of the law theories and doctrines.

The present tax law of Ukraine does not provide definition of the tax dispute. However, notwithstanding the absence of the legislative regulation of the tax dispute notion, the tax law of Ukraine expressly establishes the procedure for resolution of the tax disputes by giving the tax payers the right to dispute resolutions, actions (omissions) of the tax authorities (officers) through the administrative or judicial procedure.

And though in sources of the juridical literature there are practically no substantial discrepancies in interpretation of the tax dispute, the author considers it reasonable to include the “tax dispute” notion to the tax law of Ukraine. In our opinion, formation of the conceptual construct in such a way will allow deeper scientific investigating and defining the ways of improvement of the legal rules in case the juridical conflicts or gaps in legal regulation of the social relations are found, and promote development of the system for alternative resolution of the tax disputes. It is particularly the reasonably formulated definition that allows us to disclose essence of the notion that is under determination and distinguish it from the allied legal phenomena.

### Introduction

Importance of the taxation processes provides for both mechanisms that induce the participants of relations to observe certain instructions, direct them to positive behaviour and compliance with certain prescriptions of the tax legal regulations, and existence of individual disputable issues. For the development of theoretical and practical fundamentals of investigating the tax dispute categories and development of the system for alternative resolution of the tax disputes, it is important to formulate definitions of the conceptual construct. And though the tax disputes are the common phenomenon in the modern society, a notion of “tax dispute” can hardly be referred to a clearly defined legal category. The tax dispute represents the political, socio-cultural, economic, judicial and procedural phenomena. In this context, by giving a notion of the tax dispute it is necessary

to proceed from various sources for this definition: current law, established law enforcement practice, provisions of the law theories and doctrines.

Thus, in view of the above, **the purpose of this article** is to attempt to propose its own definition of the term “tax dispute” in view of existing scientific approaches and taking into account law enforcement practice.

### Presentation of basic material

Firstly it was proposed to consider the legal dispute as an independent juridical construction by I.H. Pobirchenko<sup>1</sup> and I.M. Zaitsev<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Хозяйственная юрисдикция [Текст] : общее учение / И.Г. Побирченко. Киев : РИО МВД УССР, 1973. С. 6.

<sup>2</sup> Зайцев И.М. Структура спора о праве. *Вопросы теории охранительных правоотношений* : материалы науч. конф. / [редкол.: В.В. Бутнев, И.М. Зайцев, Е.А. Крашенинников ; отв. ред. В.Н. Протасов]. Ярославль : Изд-во Ярослав ун-та, 1991. С. 23.

who determined general features of this construction in their works. According to the classic definition of this term, a dispute or conflict (from the Latin *conflictus*: strike together) – is a strike of opposite interests, views.<sup>3</sup> But not all authors equate the notions of “conflict” and “dispute”, and some of them, for example O.I. Belova thinks that the Soviet jurisprudence term of “dispute” is in dire need of replacement into the Ukrainian synonym of “controversy” (or “conflict”).<sup>4</sup>

It should be noted that among the law scholars there is no yet the clear understanding of correlation between the legal dispute and juridical conflict. Some authors consider these notions synonymous. To the opinion of V.M. Kudriavtsev, the juridical conflict – is a conflict where a dispute in one or another way is connected with legal relations<sup>5</sup>, thereby the dispute and conflict are equated. In similar way, the legislator in the draft Law on mediation No 3504 of May 19, 2020<sup>6</sup>, adopted by Verkhovna Rada of Ukraine in the first reading on July 15, 2020 in determining the legal framework and procedure for mediation in Ukraine uses the construction of both terms dispute (conflict) or conflict (dispute).

Other scholars indicate that the legal dispute – is not a sort of the one party’s dissatisfaction with the actions of another party to legal relations, but the official filing the claim (suit) to the state authority or officer which are entitled to consider such dispute<sup>7</sup>; it is a certain form of representation and development

stage of the conflict which was initial to the dispute<sup>9</sup>.

In other words, in distinguishing such notions the investigators point out that the conflict arises and develops at the pre-trial stage whereas at the stage of a person’s applying to a court it becomes the dispute. In the same manner, in the draft Law on mediation No 2425a of June 26, 2013<sup>10</sup> it was proposed to consider a dispute as a conflict referred to consideration of the competent body authorised by the law. For this purpose, the draft authors proposed to understand the conflict as controversies, opposition of the parties’ interests, different position of two or more subjects of legal relations which may result in the moral and/or material damage to one or both parties. Further such construct of defining the conflict (dispute) was borrowed by the Ministry of social policy of Ukraine in adoption of the State standard of social service of mediation<sup>11</sup>.

In the opinion of D.M. Tsvira, it is exactly the referring of the conflict situation into the legal procedure frames that leads to recognition of such dispute to be a tax dispute<sup>12</sup>. In this regard, A.F. Mescheriakova notices that the tax dispute – is a structurally complicated phenomenon that acquires material, law and procedural significance upon the claimant’s application to a court<sup>13</sup>.

It is hard to disagree that from the standpoint of conflictology a dispute is one of the conflict development stages and from the juridical point of view – it is the one of the juridical

<sup>3</sup> Клімова Г.П. Юридичний конфлікт: причини і сутність. *Вісник Академії правових наук*. 2002. № 1. С. 99–105.

<sup>4</sup> Белова О.І. Адміністративне судочинство як стандарт ЄС і ключовий елемент правової української держави. *Адміністративне право і процес*. 2014. № 2. С. 190.

<sup>5</sup> Юридическая конфликтология [Текст] / О.В. Бойков [и др.] ; отв.ред. В.Н. Кудрявцев ; РАН, Центр конфликтологических исследований. Москва : [б.в.], 1995. С. 15.

<sup>6</sup> Проект Закону про медіацію № 3504 від 19.05.2020. URL : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=68877&pf35401=527488>.

<sup>7</sup> Осадчий А.Ю. Публічно-правовий спір як предмет адміністративного судочинства. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2005. Т. 4. С. 188.

<sup>8</sup> Матвійчук В.К. Кодекс адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. Київ : КНТ, 2007. С. 124.

<sup>9</sup> Кузбагаров А.Н. Досудебный порядок урегулирования конфликтов частного характера как один из правовых механизмов в выявлении действительности спора. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2005. № 12. С. 16.

<sup>10</sup> Проект Закону про медіацію № 2425a від 26.06.2013. URL : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=47637&pf35401=268054>.

<sup>11</sup> Про затвердження Державного стандарту соціальної послуги посередництва (медіації): Мінсоцполітики України; Наказ, Стандарт, План [...] від 17.08.2016 № 892. Редакція від 13.10.2017. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16#Text>.

<sup>12</sup> Цвіра Д.М. Податковий спір як різновид публічно-правового спору. *Первый независимый научный вестник*. 2016. № 7. С. 136.

<sup>13</sup> Мещерякова А.Ф. Налоговые споры в практике арбитражных судов: проблемы и пути решения. *Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки*. 2017. № 4. С. 46.



conflict stages. Therefore, with regard to relation of the “conflict” and “dispute” notions, the “conflict” – is wider than the “dispute”. In this case, one should proceed from the fact that any dispute is based on a conflict but not every conflict contains the dispute in its juridical sense. In other words, a conflict not resolved in due time develops into a dispute.

To the opinion of L.O. Hros, the conflict between the subjects who are the subordinate and superior, can not be referred to as the dispute in the whole as the etymological meaning of this word contemplates only the legally equal subjects<sup>14</sup>. Similarly, O.V. Domin indicates that in process of realisation of the administrative body competence no dispute may arise as the administrative body acts not within the juridical process but within its functional procedure<sup>15</sup>. A.O. Ostroumov, on the contrary, considers that the character of the governmental, administrative, financial, tax and other legal relations of the regulatory and legal nature by no means excludes a dispute on the right in legal suits arisen out of these relations, and the character of the material legal relation determines a form of the process within which they are considered but does not determine the disputability or indisputability of the legal proceedings<sup>16</sup>.

It is interesting the thesis of Bozhenko N.V. that the administrative dispute arising out of the relations of unequal, not identical position of the parties is developed between the equal subjects as the authority influence is absent<sup>17</sup>. In the administrative dispute, the authority realises not the powers but also rights and duties vested in the other party –

a citizen meaning that the rights and duties represented in formulation, substantiation and proving his/her claims and objections. The legal equality of a citizen and executive authority as the subjects of the administrative dispute has theoretical and regulatory legal grounds. The conceptual settings of the law-governed state provides for the equality of state power, citizen and society, specifically their legal equality before the law and court as the basis of the dispute. To this effect, the state acts as a law subject that is vested with the specific power authorities restricted by the rights of other subjects. In case of unlawful use of such authorities resulted in violation of subjective rights, the dispute on the administrative (public) right may arise between them. In the same way, Yu.M. Koslov asserted that we can speak about the equality of the dispute participants only in case the latter is resolved by the third party.<sup>18</sup> In other words, the inequality of the parties to the material legal relations is removed by the procedural relations.

There also interesting the opinion of H.Y. Tkach who points out that the administrative and law conflict develops into the administrative and law dispute only if the citizen (legal entity) understands that external behaviour of the state authority subjects represented in legal acts, other acts or omissions directed against it creates impediments to satisfaction of its legal rights and interests. Such understanding induces a person to file the official application (administrative claim) to the administrative court authorised to resolve such dispute and intervene in confrontation of the legal positions<sup>19</sup>.

We consider relevant the remark of Z.H. Litvinenko<sup>20</sup>, to the opinion of whom

<sup>14</sup> Грось Л.А. Гражданское и арбитражное процессуальное право – взаимосвязь с материальным правом [Текст] ; Хабаровская гос. академия экономики и права. Юридический факультет. Владивосток : Издательство Дальневосточного университета, 1997. С. 32.

<sup>15</sup> Демин А.А. Административный процесс в развивающихся странах : учеб. пособ. ; отв. ред. Н.А. Куфакова. Москва : Изд-во УДН, 1980. С. 37–38.

<sup>16</sup> Остроумов А.А. Определение сторон в налоговых спорах. *LexRussica*. 2004. № 1. С. 287–297.

<sup>17</sup> Боженко Н.В. Поняття та ознаки адміністративно-правового спору. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 1. С. 70

<sup>18</sup> Козлов Ю.М. Административные правоотношения [Текст]. Москва : Юрид. лит., 1976. С. 104.

<sup>19</sup> Ткач Г.Й. Поняття та природа адміністративно-правового спору. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2006. Вип. 43. С. 153–157.

<sup>20</sup> Литвиненко З.Г. Понятие и природа налоговых споров. *Текст научной статьи по специальности « Право»*. URL : <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-priroda-nalogovyh-sporov/pdf>.

the tax dispute as well as the administrative and law dispute takes place within the legal relations arisen out of the governing activity of the competent authority that exercises executive functions. In connection with this the mentioned approaches to the disclosure of the notion of “administrative and law dispute” may be applied to the same extent, with one or another exclusions, to investigation of the notion of the “tax dispute”.

In turn, the scientific works investigating the nature of occurrence and ways of resolution of the tax conflicts propose the different interpretations of the tax dispute and related procedures. For this purpose in most cases the tax dispute is considered by scholars as a conflict situation that arises out of the tax legal relations between the tax payers and tax authority on collecting taxes and duties.

In the widest understanding, to the opinion of V.N. Nazarov, the tax disputes should be considered as a sort of economic disputes, which arise out of the administrative legal relations. At the same time, as the scholar thinks, it is the judicial situation, in the base of which the controversies between taxable persons and other participants of the tax legal relations on the one part and state authorities and their officers – on another, which arise with regard to correctness of applying the tax law provisions.<sup>21</sup>

Following this approach, S.V. Ovsiannikov,<sup>22</sup> N.V. Larina<sup>23</sup> define the “tax dispute” as a juridical dispute that is resolved by a competent state authority in manner prescribed by the law, between the state on the one part and other participants of the tax legal relations – on another one, connected with accrual and payment of taxes.

In addition, there is a conceptual approach that is quite spread in a modern law doctrine within which the legal dispute is considered through the “controversy” category. So, D.B. Oriekhalashvili represents the tax dispute as the controversy between the participants of legal relations connected with accrual and payment of taxes in relation to mutual rights and duties and conditions of their realisation referred to a consideration of the competent jurisdictional authority, that requires to be resolved based on legal assessment of the conditional rights of the parties and review of legality of the actions of the authorised subject<sup>24</sup>.

Based on differentiation of the primary and secondary signs of the tax disputes, O.I. Pavlus understands the tax dispute as a system of complex legal relations caused by controversies in positions of the supervisory bodies and tax payers in relation to their mutual rights and duties in applying the tax law which are to be resolved through the administrative and/or judicial procedure<sup>25</sup>. In this regard, N.L. Bartunaieva defines the tax dispute as a conflict not resolved through the administrative procedure between the tax authority and tax payer with regard to scope of the tax rights and duties for the specified period by taxation types, application of tax law provisions and establishment of the actual circumstances and is subject to resolution through a procedure established by the procedural law<sup>26</sup>.

O.V. Borisova determines the tax dispute as a juridical dispute between the state and tax payers on issues of tax law, event or tax procedure that is considered by the competent

<sup>21</sup> Назаров В.К. К вопросу о дефиниции и классификации споров, возникающих в связи с взиманием налогов и споров. *Финансовое право*. 2007. № 10. С. 26–28.

<sup>22</sup> Овсянников А.А. Совершенствование отдельных элементов налоговой системы России как фактор экономического развития хозяйствующих субъектов : дисс. ... канд. юрид. Наук : 12.00.14 / Московская государственная юридическая академия. Москва, 2004. 189 с.

<sup>23</sup> Ларина Л. Б. Налогообложение социально ориентированных организаций : дисс. ... канд. эконом. наук : 08.00.10 / Российский университет кооперации. Москва, 2007. 188 с.

<sup>24</sup> Орахелашвили Д.Б. Понятие налоговых споров и отдельные направления их разрешения в Российской Федерации : дисс ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Московский гуманитарный университет. Москва, 2004. 185 с.

<sup>25</sup> Павлусь О.І. Організаційно-правове забезпечення вирішення податкових спорів в Україні : магістерська робота / Тернопільський національний економічний університет. Тернопіль, 2017. С. 21. URL : <http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/16495/1/%d0%9f%d0%b0%d0%b2%d0%bb%d1%83%d1%81%d1%8c%20%d0%9e.%d0%86..pdf>

<sup>26</sup> Первышов Е.А., Абрамян Д.С. К вопросу о понятии налогового спора. *Ленинградский юридический журнал*. 2015. № 1. С. 187.

state authorities<sup>27</sup>. Alternatively, S.V. Mironova assumes the tax dispute may be resolved not only by the competent jurisdictional authority but also by the agreement of the parties<sup>28</sup>.

Somewhat different is the approach of S.V. Kitsenko, according to whom the tax dispute is a specific tax legal relation (material and protective by its nature) that arises at least between two subjects of the tax legal relations with regard to controversies on the own rights and duties and lawfulness of the regulatory acts adopted by the supervisory (tax or customs) bodies<sup>29</sup>. In this aspect the controversies are considered by the scholar as certain actual actions of the parties to the tax dispute (in form of claims and objections) by which the right of each to protect own rights and lawful interests is realized.

Alongside this, O.Ye. Yehorov<sup>30</sup>, on a basis of the analysis of the American law doctrine proposes to consider the tax dispute as a procedural phenomenon with a help of “content” and “form” categories. It allowed the scholar to define the tax dispute as a legal dispute between the subjects of the tax legal relations with regard to exercise of rights and fulfilment of duties envisaged by the tax law that is characterised by the established procedure for its resolution. The proposed definition, to the scholar’s opinion, enable inter alia to distinguish the tax disputes from the civil law and administrative law disputes.

As a rule, the tax disputes arise in connection with the opinion formed to the either party to the certain tax legal relation that its right and lawful interests are violated or restricted

by the other party. The need to protect rights and lawful interests arises due to violation of these rights, their abuse, or non-fulfilment of the juridical duties etc.

In this regard, we consider reasonable the remark of D.A. Shynkariuk<sup>31</sup>, who in stating his standpoint indicates that the tax dispute is a controversy that occurs based on specific juridical facts between a tax payer (tax agent) and authorised state body with regard to consideration of lawfulness of non-regulatory legal acts, resolution or action (omission) of the last.

As we see, in defining the tax dispute most scholars considers it through the notions of “disagreement”, “controversy” or analyse the dynamic aspect of this definition in the context of the established practice of its resolution by the competent state (jurisdictional) authorities. Instead of this, there are some scholars who propose to define the tax dispute with account of the potential development of new means and ways of resolution of the tax conflicts. So, for example, Ye.P. Yarmosh, in investigating the issue of the pre-trial settlement of the tax disputes in the Republic of Belarus, in view of consistency of the interests of the state and tax payers, has formulated the definition of the tax dispute as an interaction between the state and tax payers, other participants of the tax legal relations on issue of resolving the conflict situations connected with application of the tax law with a purpose of the optimal modelling of the tax legal reality<sup>32</sup>. In the opinion of the scholar, it is unnecessary to make emphasise on resolution of controversies arisen between the state and tax payers by applying to the competent jurisdictional authority as the disputes may be settled without such application as well.

We consider such approach quite logical. However, we think that the above definition may

<sup>27</sup> Борисова О.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по налоговым спорам : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02, 12.00.14. Москва, 2007. С. 11.

<sup>28</sup> Миронова С.М. Механизм разрешения налоговых споров в Российской Федерации (финансово-правовой аспект) : автореф. дис. ... юрид. наук : 12.00.14. Волгоград, 2006. С. 14.

<sup>29</sup> Кіценко В.С. Правова природа податкових спорів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2010. С. 9.

<sup>30</sup> Егоров А.А. Институционально-правовой механизм рассмотрения налоговых споров в Соединенных штатах Америки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14. Москва, 2013. С. 14.

<sup>31</sup> Шинкарьук Д.А. Досудебное урегулирование налоговых споров: финансово-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14. Омск, 2008. С. 7.

<sup>32</sup> Ярмош Е.П. Досудебное урегулирование налоговых споров: вопросы научного определения. *Вестник Полоцкого государственного университета. Серия D*. 2012. № 13. С. 159.

be applied only to the tax conflicts in context of their resolution through the reconciliation procedure. Otherwise, the conflict situation is settled with a help of the technical and judicial procedures specifically established by the law, the whole set of which as a rule is represented by the pre-trial or trial procedure for resolution of the tax disputes. In this case, the parties do not always try to reach the mutually acceptable result with account of respect for the interests of the counterparty.

In our opinion, for preparation of the objectively relevant proposition of the conceptual and regulatory legal model of the alternative way of resolving the tax disputes in defining the conceptual construct of definitions, it is reasonable to base on the current tax law of Ukraine, though it does not contain the definition of the tax dispute but actually distinguishes this category with a purpose to resolve a wide range of the practical tasks.

So, in view of the proposed scientific approaches and with account of the law enforcement practice, the tax dispute hereby is proposed to be considered as the public-law dispute arisen between the tax authority (officer) in performing its public authority's governing functions in sphere of collecting taxes and duties, including for implementation of the vested powers, and payer of taxes and duties (tax agent), who expresses desire to realise his right to dispute the resolution, actions (omissions) of the tax authority through a procedure, established by the law, in conditions of occurrence of the conflict between them on issues of tax law application, in order of effective protection of rights, freedoms and interests.

### Conclusions

In our opinion, the proposed definition efficiently represents the main elements of the judicial construct of the tax dispute: parties to the tax dispute (participants of the tax legal relations between which the tax dispute may arise); subject matter of the tax dispute

(represents determination of compliance with the the tax law of the non-regulatory legal acts, resolutions, actions or omissions of the dispute parties); grounds for the tax dispute (restricted group of the juridical facts with presence of which the tax law associates a possibility of emergence, change or termination of rights of the tax dispute parties).

So, the parties to the tax dispute are represented by: DPS (State Tax Service)<sup>33</sup>, with account of its structured specialisation on the one part and tax payer (other taxable person)<sup>34</sup>, on the other. In this case, as reasonably noted by D.A. Shynkariuk<sup>35</sup>, the existence of the tax dispute between two equal subjects is quite doubtful.

The subject matter of the tax dispute is associated with a different view of the taxable person and tax authority of the content and character of the taxable person's fulfilment of its obligation. In investigating the subject matter of the tax disputes, V.V. Tylchyk underlines that it is represented by the subjective public rights and duties of the participants of the tax legal relations. The significant peculiarity of the tax dispute lies also in the fact it may include both subjective public rights (duties) and lawfulness of the non-regulatory tax acts at the same time<sup>36</sup>. Not only the violated subjective right but also the legal interest may be the object of protection.

For this purpose it should be noted that not any dispute that arises for example between the tax authority and tax payer is a tax dispute but only that one that arises out of the tax relations specified by the scope of application of the tax

<sup>33</sup> Про затвердження положень про Державну податкову службу України та Державну митну службу України: Постанова Кабінету Міністрів України від 06.03.2019 № 227. Редакція від 01.01.2021. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF#Text>.

<sup>34</sup> Податковий кодекс України: Закон від 02.12.2010 № 2755-VI. Редакція від 28.11.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

<sup>35</sup> Д.А. Шинкарьук. О понятті податкового спору. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2007. № 2. С. 43.

<sup>36</sup> Тильчик В.В. Поняття і суть податкових спорів між органами Державної податкової служби та платниками податків. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 3. С. 113.



law<sup>37</sup>. In other disputes which arise between the tax authorities and tax payers the signs of the tax disputes are absent. H.V. Petrova with regard to distinctions between the tax disputes emphasises that the tax interests of the state should not be considered in disputes connected with bankruptcy, invalidity of agreements, non-fulfilment of obligations by the related parties under the civil law contracts. In practice, in her conviction, there occurs a confusion in realising by the tax authorities of interests of the state as the owner and collector of taxes<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Податковий кодекс України : Закон від 02.12.2010 № 2755-VI. Редакція від 28.11.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

<sup>38</sup> Петрова Г.В. Виды налоговых споров в судебной практике и тенденции развития правового регулирования налоговых отношений. *Финансовое право*. 2004. № 2. С. 38.

We think the grounds for the tax dispute are the abuse of the tax authority of the vested right and powers and/or non-fulfilment by the taxable person of its tax obligation. In this case, as pointed out by Ye.A. Usenko, it is important to take into account that the dispute ground is not simply actual presence of non-fulfilment of any element of the tax obligation but such non-fulfilment that leads to the unresolved conflict between the dispute parties which is resulted from the different vision of the tax authority and tax payer of the scope of rights and duties of the latter or timeliness of their fulfilment<sup>39</sup>. In other words, the tax dispute arises out of the tax authority's performance of its public governing functions in sphere of collecting taxes and duties and tax payer's realised desire to protect its rights, freedoms and interests.

<sup>39</sup> Усенко Є.А. Правове регулювання процедур вирішення податкових спорів: монографія. Харків : Право, 2011. С. 57.

## Categories of “owelty” and “equality” search for a place within the constitutional and legal status of a human being

***Chekhovych Tetiana***

*Ph. D. in Law,*

*Associate Professor at the Constitutional Law Department*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

***Melnyk Roman***

*Doctor in Law, Professor,*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article is devoted to theoretical and practical aspects of the content of the concepts of equality and equality, their relationship. Found that “owelty” and “equality” are non-identical categories. Owelty is an extremely complex and multifaceted phenomenon that can be considered in legal, economic, political, philosophical, moral and other aspects. Equality is understood as inherent exclusively to the legal field. Accordingly, owelty is a broader notion of equality and includes the latter. So, people are not the same, but equal. The Basic Law itself does not exclude the possibility of occurrence of inequality cases. Studied the norms of the Constitution of Ukraine, which gave the principle of equality its proper place - made it the basis of the legal status of man and citizen.

In the opinion of the authors, based on the analysis of Art. 24 of the Constitution of Ukraine, other norms of the Basic Law, we believe that the constitutionally enshrined principle of equality consists of two elements: equality and equality before the law.

The principle of equality proclaimed by the Constitution of Ukraine contradicts any discrimination, so it is sometimes called the principle of non-discrimination. Discrimination is always a violation of the principle of equality, but not any deviation from equality is discrimination. Thus, the constitutional principle of equality of man and citizen does not exclude the existence of special rights, benefits and advantages for certain categories of persons. When considering the issue of equality, it is necessary to take into account that it is primarily about the equality of persons belonging to one legal category.

### **Introduction**

The concept of equality is getting deeper into public consciousness, and currently it can be stated without exaggeration that the state is recognized as democratic only if it recognizes the principle of equality in the relations between people and nations and makes the necessary efforts to implement it in practice<sup>1</sup>. Now, the requirement of legal equality is the obligatory constitutional principle of a democratic state.

There is no single understanding of the legal nature of owelty and equality. Both of these concepts are used in the Constitution of Ukraine.

As A.M. Vasiliev noted that, while assessing the role of legal concepts there is the question on the forefront of how correctly, adequately and objectively the knowledge of reality reflected in them<sup>2</sup>. So, both in the theoretical and in practical terms, it is important to clarify the meaning of the concepts of owelty and equality, their interconnection.

### **Presenting main material**

Under the definition of people owelty V.O. Patiulin understands the actual presence of identical (equal) social possibilities to meet

<sup>1</sup> Крылов В.С. Проблемы равноправия и равенства в российском конституционном праве. *Журнал российского права*. 2002. № 11. С. 13.

<sup>2</sup> Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. Москва : Юрид. лит., 1976. С. 81.

needs, realization of interests, achievement of the goal. An equality, he noted, is a fixed principle of owelty of citizens before the law, which means legally fixed equality of opportunity, and the lack of any restrictions (or, vice versa, privileges) in the laws in relation to those or other categories of citizens, according to one or another socially significant feature (gender, nationality, religion, etc.)<sup>3</sup>. I.E. Farber considered the owelty of rights and responsibilities in three aspects: firstly, as a socio-economic category; secondly, as the legal principle of all branches of law; and thirdly, as separate types of rights for owelty. In his opinion socio-economic owelty is legally establishes in the equality of citizens, while equality is a general principle for all branches of law. I.E. Farber noted that the legal equality includes owelty before the law and court, equal right to apply to the court for the protection of their rights, as well as equal rights and obligations in the presence of the same circumstances (legal facts) and legal conditions (legal personality)<sup>4</sup>. M.P. Orzikh is convinced that the owelty of people in the constitutional (legal) sense is, first of all, equality, owelty of rights, equality before the law, regardless of race, color, political, religious views, sex, ethnic and social ancestry, property status, place of residence, language, but also from any other circumstances<sup>5</sup>.

M.S. Bondar considers the equality of citizens more widely, as a kind of regime of relations between person and citizen with society and the state, which is characterized by social aspects (achieved level of social owelty), and the normative legal content (achieved level of legal owelty), namely, the regime of equality – is the socio-legal category. In his opinion, the social and legal regime of equality can be defined as a special legal regime of relations between person and citizen with a society and a state, that operates on the basis of an optimal combination

of democratic values of freedom and owelty with the use of legal stimulus (in the form of privileges, compensations, encouragements, privileges and restrictions) and creates favorable conditions for meeting the needs of citizens in all spheres of life<sup>6</sup>.

According to P.M. Rabinovich, equality means sameness, namely, owelty of human rights and citizenship for everyone. It is divided into general social and legal. General social equality is the sameness of the basic rights and freedoms of every person, that is consists in the actual equality of human rights and freedoms. Legal equality is the sameness, owelty of legal status of state-legal entities, first of all, the owelty of their main (constitutional) rights and legal obligations. It consists in the formal owelty of rights and freedoms. Owelty of people is an actual, real sameness of their social possibilities in the use of human rights and freedoms and in the fulfilling of the social responsibilities<sup>7</sup>.

According to the explanatory dictionary, owelty is the equal position of people in society, which is expressed in the same attitude to the means of production and in the use of the same political and civil rights. And equality - the use of the same, equal with anyone, rights.<sup>8</sup>

In our opinion, “owelty” and “equality” are non-identical categories. Owelty is an extremely complex and multifaceted phenomenon that can be considered in legal, economic, political, philosophical, moral and other aspects. Equality is understood as inherent exclusively to the legal field. Accordingly, owelty is a broader notion of equality and includes the latter.

A special object of controversy and constant debates in society is owelty of rights between people. L.D. Voievodin believes that the owelty

<sup>3</sup> Патюлин В.А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). Москва : Наука, 1974. С. 66.

<sup>4</sup> Фарбер И.Е. Свобода и права человека в Советском государстве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1974. С. 72.

<sup>5</sup> Орзих М. Конституционная свобода и равенство людей. *Юридический вестник*. 1998. № 2. С. 48.

<sup>6</sup> Бондарь Н.С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении : учеб. пособие. Москва : Городец, 2004. С. 145.

<sup>7</sup> Конституція України: Науково-практичний коментар / В.Б.Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін. ; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевий та ін. Харків : Право; Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 123.

<sup>8</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. К., Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. С. 1032, 1033.

of people means exclusively their social owelty, namely, their equal social importance in all spheres of life and activity. It is in the equal, same meaning of all people in the spheres of political, legal, social and economic life of society is the main thing in the true scientific sense of owelty<sup>9</sup>. Such owelty can only be achieved by guaranteeing equal possibilities for everyone at the realization of rights and freedoms in all spheres of society's life, namely, the equality, as well as the provision of formal owelty – owelty of all before the law.

Equality requires that all citizens have equal rights and responsibilities, and since the latter can be reduced to the notion of legal possibilities of voluntary actions of a person and his individual development, then equality means the real availability of all citizens of the same amount of such possibilities<sup>10</sup>. However, despite of the guarantee of equality, inequality of the social status of the population and material inequality will inevitably persist in society, as people are unequal in their natural abilities, education, occupations, consciousness, psychology, etc. That is, the actual owelty between people does not exist and can not be, because they all different in their individual parameters. The total owelty of most people can only mean the same submission of the broad masses to orders of a certain elite, which can be satisfied only by the state power with totalitarian powers<sup>11</sup>. The past of our state shows that the policy of general equalization is not conducive to the realization of the rights and freedoms of the person. In addition, one must be taken into account, that each person has different legal personality and therefore the subjective rights that are realized by each subject are not the same. Minors and insane people can not implement all

the rights on an equal with others<sup>12</sup>. According to F. Luscher, owelty is not natural, but the complete elimination of inequality means an insurrection against human nature<sup>13</sup>.

So, people are not the same, but equal. Yes, the Basic Law itself does not exclude the possibility of occurrence of inequality cases. For example, with the consolidation of the right to private property, freedom of entrepreneurship (Article 41-42 of the Constitution of Ukraine), it is necessary to assume the difference in people's wealth, social stratification of society, which is quite noticeable today in Ukraine. However, the fact that people regardless of their social ancestry were recognized as equal and full-fledged members of social life, endowed with free will and therefore able to be responsible for their actions and their legal consequences, is very important<sup>14</sup>. Paragraph 2 of the Article 24 of the Constitution of Ukraine establishes that there can be no privileges or restrictions, depending on the property status. After achieving material wealth, a person cannot use it to the detriment of others. Thus, paragraph 3 of the Article 13 of the Constitution of Ukraine states: “Property obliges. Ownership should not be used to the detriment of man and society”.

This problem is in line with one of the important tasks of modern legal science – the overcoming of normative dogmatism and subordination to politics, the definition of the accordance of both existing and newly adopted laws, and right-realization practice with objective legal principles. First of all, it is necessary to identify and formulate the requirements of these principles, on the basis of which the parliament will be able to adopt legal acts that will conduce to the establishment of the harmony of justice, equality and freedom.

<sup>9</sup> Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. Москва : ИНФРА\*М - НОРМА, 1997. С. 68.

<sup>10</sup> Мальцев Г.В. Иллюзии равноправия : (Правовое неравенство в мире капитала). Москва : Мысль, 1982. С. 65.

<sup>11</sup> Хайек Ф.А. Право, законодательство та свобода. Том 2. Міраж соціальної справедливості. Київ : Сфера, 1999. С. 120.

<sup>12</sup> Дашковська О.Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності : Монографія. Харків : Право, 2005. С. 54.

<sup>13</sup> Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности: Пер. с франц. Москва : Изд.гр. «Прогресс»-«Универс», 1993. С. 229.

<sup>14</sup> Лейст О.Э., Мачин И.Ф. Гражданское общество и современное государство. *Вестник Моск. ун-та.* Сер. 11, Право. 1996. № 4. С. 32–33.



One of the main trends in the development of human civil rights and freedoms is the extension of the principle of formal and legal owelty in each state to all its citizens, envisaging its legislative consolidation, as well as creation of protection and implementation mechanisms<sup>15</sup>.

The principle of owelty is embodied in the constitutions of different countries. Thus, the Constitution of the Republic of Belarus emphasizes the owelty in the protection of the rights and freedoms of the individual. The Article 22 establishes that: “Everyone is equal before the law and have the right, without discrimination, to equal protection of rights and legitimate interests”. The owelty of rights of women and men is also enshrined: “Women are provided with equal possibilities with men in obtaining education and professional training, in work and advancement in service(work), in socio-political, cultural and other spheres of activity, as well as the creation of conditions for protection their labor and health” (Article 22). In this Constitution there is no traditional list of grounds that not allow discrimination, different types of owelty are established in various articles. For example, the Article 14 of the Constitution of Belarus states that the state regulates relations between social, national and other communities on the basis of the principle of owelty before the law, respect for their rights and interests<sup>16</sup>.

The Constitution of the Republic of Moldova (Article 16) establishes that “All citizens of the Republic of Moldova are equal before the law and the authorities regardless of race, nationality, ethnic origin, language, religion, sex, views, political affiliation, property status or social ancestry”.<sup>17</sup> This formulation is similar to paragraph 2 of the Art. 24 of the Constitution of Ukraine, with the exception of the provision – not only equal before the law but also before the authorities. This is a very important aspect.

The principle of owelty has been reflected in the Basic Laws of other countries. Thus, the Basic Law of Germany contains a number of fundamental rights to owelty: in parallel with the general fundamental right to freedom of the first indent of the Article 2 of the Basic Law of Germany, there is a special constitutional rule for the owelty of indent 1 of the Article 3 of the Basic Law of Germany. Special constitutional rules of owelty can be found in other numerous provisions, for example, in the second paragraph of the Article 3, in the first and second sentences of paragraph 3 of the Article 3, in the paragraph 5 of the Article 6, in the first and second paragraphs of the Article 33, as well as in paragraph 3 of the Article 33 of the Basic Law of Germany<sup>18</sup>.

The general rule of owelty is understood both as a constitutional right, and as a principle, where the very name of the “principle of owelty” already speaks of<sup>19</sup>.

The peculiarities of fundamental rights to owelty are appearing for the first time when examining specific fundamental rights. The examining of these rights, as the overwhelming majority of researchers think, seems to be different rather than checking the basic rights to freedom. Both first stages of examination of fundamental rights to freedom are connected with each other<sup>20</sup>. In counter to this, however, it can be argued that with the closer examination of this there is more similarities than it looks in general<sup>21</sup>; but the differences are still present. However, first of all, constitutional rights to owelty are inherent in a completely different

<sup>15</sup> Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Вид. 5-те, зі змінами. Київ : Артїка, 2001. 268 с. С. 16.

<sup>16</sup> Конституции стран СНГ и Балтии : учеб. пособие. / Сост. Г.Н. Андреева. Москва : Юристъ, 1999. С. 115–160.

<sup>17</sup> Там само. С. 293.

<sup>18</sup> Пізнавальні, зокрема, доводи в: *Sachs*, GG (LitVerz.), Vorbem. vor Art. 1 RN 44, де конституційні права на рівність не отримали власного місця і згадуються як такі лише побіжно.

<sup>19</sup> Історично це може бути впливом пізнього конституціоналізму, що вважав норму про рівність лише принципом, а не конституційним правом.

<sup>20</sup> Порівн.: *Pieroth/Schlink* (LitVerz.), RN501; *Heintschel v. Heinegg/Pallas* (FN1), RN 153.

<sup>21</sup> Порівн.: *Jarass*, *Vausteine* (Bibi). S. 361 f., 365 ff., 376f. Якщо при цьому поняття сфери захисту несе проблеми (напр.: *Osterloh*, in: *Sachs*, GG [LitVerz.], Art. 3 RN 43), можна говорити й про сферу застосування (Порівн. передумови застосування в: *Osterloh* aaO., Art. 3 RN 69 ff., 77 ff.).

character than constitutional rights to liberty. If the constitutional rights to liberty deal with the spread and distribution of freedom, as well as the powers of the state to interfere, then the constitutional rights of owelty are aimed at the proper differentiation of the relations of citizens with the state and its bodies<sup>22</sup>. Therefore, the basic rights of owelty are peculiar, separate group, as evidenced by the functional features.

The Constitution of Ukraine has allotted the proper place to the principle of owelty – made it the basis of the legal status of a person and a citizen. This, in particular, is stated in the Art. 21 of the Constitution: “All people are free and equal in their dignity and rights. Persons rights and freedoms are inalienable and inviolable”. The authors of the “Commentary on the Constitution of Ukraine” stated that “The ideals of freedom and human dignity have been reflected in this article”<sup>23</sup>. Moreover, owelty is considered from the point of view of natural law as inherent to a person from birth, independent of the will and activity of the state. Because of this fact, “human rights and freedoms are inalienable and inviolable”.

The principle of owelty was further specified, in particular, in the Art. 24 of the Constitution of Ukraine, which, of course, is based on the relevant provisions of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, the Declaration of Social Progress and Development of 1969 The Declaration on the Right to Development of 1986 and many other international legal documents<sup>24</sup>.

In accordance with the Constitution and the all mentioned above international legal acts, the principle of owelty in the modern legal sense of its understanding contains such provisions.

<sup>22</sup> *Manssen* (FN31), RN 20.

<sup>23</sup> Коментар до Конституції України / [Авер'янов В.Б., Бойко В.Ф., Борденюк В.І. та ін.; гол. ред. колег. В.Ф. Опришко]. 2-е вид., виправ. та доп. Київ : Ін-т законодавства ВР України, 1998. 412 с. С. 100.

<sup>24</sup> Международные акты о правах человека: сборник документов. Москва : Узд. группа Норма-Инфра М, 2000. 784 с.

First of all, “citizens have equal constitutional rights and freedoms” (Part 1 of the Article 24 of the Constitution of Ukraine), which means the need to apply the same standards (unified scale) of rights and freedoms to all citizens. That means that, all citizens can use all the scope of constitutional rights and freedoms on an equal basis with other citizens. This is stated in paragraph 1 of the Art. 8 of the Declaration “On the Right to Development”, endorsed by United Nations General Assembly Resolution 41/128 on 4 December 1986: “States should undertake, at the national level, all necessary measures for the realization of the right to development and shall ensure, inter alia, equality of opportunity for all in their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment and the fair distribution of income. Effective measures should be undertaken to ensure that women have an active role in the development process. Appropriate economic and social reforms should be carried out with a view to eradicating all social injustices”<sup>25</sup>.

Secondly, “citizens ... are equal before the law” (paragraph 1 of the Article 24 of the Constitution of Ukraine). “All people are equal before the law and have the right without any difference, to equal protection by the law”<sup>26</sup>, – what also referred in the Art. 7 of the Universal Declaration of Human Rights. Principle of equality of people before the courts and tribunals is also often added to this.

Overall, this aspect of the principle of owelty means the requirement of equal rights for all, namely, an equal obligation to respect the “letters” of the law, to perform and use it on an equal basis, and to bear equal legal liability.

Thirdly, there is a prohibition of any form of discrimination. For example, the Art. 1 of the Convention “Discrimination (Employment and Occupation)” (No. 111, Geneva, June 25, 1958) states that for the purpose of this Convention, the term “discrimination” includes:

1) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion,

<sup>25</sup> Резолюція 41/1283 Генеральної асамблеї ООН «Декларация про право на розвиток»: від 04.12.1986 р.

<sup>26</sup> Загальна декларація прав людини: від 10.12.1948 р.

political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;

2) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers' and workers' organisations, where such exist, and with other appropriate bodies<sup>27</sup>.

“In this context, – stated in paragraph 2 of the Art. 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights – any discrimination should be prohibited by law and the law should guarantee equal and effective protection for all persons against discrimination on any grounds”<sup>28</sup>.

Such distinctions in accordance with the Articles 24, 52 of the Constitution of Ukraine, as well as the above international acts may be: race, color, gender, language, religion, political or other beliefs, national or social ancestry, property status, birth or other circumstances.

The Declaration of Social Progress and Development dated from December 11, 1969 states that inequality is an “obstacle to social progress” (preamble), and therefore the conditions of social progress are: “the immediate and final elimination of all forms of inequality”, “recognition and effective implementation of civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights without any discrimination”<sup>29</sup>.

Fourth, the owelty of rights of men and women, which according to paragraph 3 of the Art. 24 of the Constitution of Ukraine is provided by “granting women equal possibilities with men in public and political, cultural activities, in obtaining education and professional training,

in work and payment for it; by special measures of labor and health protection of women, establishment of pension privileges; by creating conditions that enable women to combine work with motherhood by legal protection, material and moral support of motherhood and childhood, including the provision of paid holidays and other benefits to pregnant women and mothers”, as well as the provisions of the Art. 51 of the Constitution on owelty of rights and obligations in the marriage and family of each spouse.

Fifthly, the guaranteed right for every person to equal access to public service in his country – paragraph 2 of the Art. 21 of the Universal Declaration of Human Rights. These rights are reflected in the Art. 38 and paragraph 1 of the Art. 71 of the Constitution of Ukraine.

Here, the principle of owelty in the first case means that every citizen with certain knowledge, competent in the relevant branch or sphere of management can be admitted to the civil service. In the second case – participation of citizens in elections on equal rights, when each voter has one vote. At the same time, the provision of any privileges or restrictions on election rights or access to the civil service that are not provided for by law is prohibited.

As we found out above, the Constitution of Ukraine, first of all, guarantees to any person equal possibilities, namely, the equal conditions for the realization of rights and freedoms, and who and how will use them – depends on a particular individual. “Right – is just an equal for different people formal way to acquire rights to different things, subjects, goods, but not a distribution of all these things and goods equally to everyone”<sup>30</sup>.

Formally equal but not equitable people can only be before the law. The law is the limit on which individuals, despite the inequality of property or social status, become equal. Thus, the law is abstract and blind to any peculiar characteristics of individuals. But, as with any rule, there are certain exceptions here.

<sup>27</sup> Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять: № 111 від 25.06.1958 р.

<sup>28</sup> Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: від 16.12.1966 р. (Міжнародний пакт ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-УШ від 19.10.73 р.).

<sup>29</sup> Декларація соціального прогресу і розвитку: від 11.12.1969 р.

<sup>30</sup> Нерсесянц В.С. Філософія права. Учебн. для вузов: Учебн. Издание. Москва : НОРМА- ИНФРА\*М, 1998. С. 21.

Hence, proceeding from the analysis of the Art. 24 of the Constitution of Ukraine, other norms of the Basic Law, we consider that the constitutionally fixed principle of owelty consists of two elements: equality and owelty before the law. O.V. Petryshyn reasonably mentions that these two sides of owelty are combined in the general notion of legal owelty is its organic component, that is, people can not be considered equal by virtue of the fact of birth or if they are equal under the law<sup>31</sup>.

With the help of constitutional law and the rules of law in general, it is possible to guarantee the legal owelty, that is, equal rights, freedoms and responsibilities, as well as equality of all before the law.

The constitutional principle of owelty of an individual can be defined as a guarantee to every member of the society, despite any of his individual features with the exception of circumstances provided for by the Constitution and legislation), the same possibilities for the implementation of constitutional rights and freedoms, the imposition on persons, who are in the same legal position, equal responsibilities, as well, as ensuring the owelty of all before the law and the court.

The principle of owelty that is proclaimed by the Constitution of Ukraine contradicts any discrimination, therefore sometimes it is also called the principle of non-discrimination. Discrimination – is an activity or inactivity that expresses any distinction, exclusion or privilege in relation to certain attributes, if they are aimed at limiting or preventing the recognition, use or implementation on an equal basis of human rights and freedoms. Modern civilization has reached a level where discrimination against people on any external grounds is considered as a violation of the high principles of social development<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Петришин А.В. К вопросу об общетеоретическом понятии прав человека. *Проблеми законності*: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 1997. Вип. 32. С. 16.

<sup>32</sup> Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. Москва : ИНФРА\*М – НОРМА, 1997. С. 69.

Undoubtedly, the principle of owelty is contrary to any discrimination between people, but they themselves are in a different position, and the law must take this into account. Discrimination – is always a violation of the principle of owelty, but not any deviation from owelty is discrimination. Thus, the constitutional principle of equality of rights of people and citizen does not exclude the existence of special rights, privileges and benefits for certain categories of persons. This is primarily about children, young people, large families, pensioners, veterans, disabled people, sick people, and so on. The purpose of the existence and implementation of privileges and benefits is: a) in reducing the existing inequality of people; b) in provision of normal, decent living conditions for groups of citizens with age, physiological and other features<sup>33</sup>. The establishment of such exceptions does not violate the principle of owelty (since these are statutory privileges), but on the contrary, is a manifestation of the social nature of the state.

In the literature while determining the content of owelty, guided by the literal understanding of this term, researchers often draw attention to only one side of it – the owelty of rights, and forget about another aspect – owelty of responsibilities. While democratic equality is an organic unity of both rights and responsibilities. As L.D. Voivodin emphasizes, equal responsibilities are no less important than equal rights for the characterization of equality<sup>34</sup>.

The content of establishing of the principle of equal rights of citizens consist in prevention of the release of any citizen from the fulfillment of the requirements provided by law, if there are factual and legal grounds for the recognition of this citizen as the subject of certain responsibilities<sup>35</sup>. Thus, the Basic Law does not allow “immunity” for social groups and individuals in terms

<sup>33</sup> Тодыка Ю.Н., Тодыка О.Ю. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине. Киев : Вид. дім «Ін Юре», 2004. С. 233.

<sup>34</sup> Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. Москва : ИНФРА\*М – НОРМА, 1997. С. 69.

<sup>35</sup> Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. Москва : Юрид. лит., 1985. С. 32.



of their defined duties. All citizens of Ukraine and each of them separately – regardless of any features (ancestry, social and property status, kind and nature of activity, etc.) must behave in accordance with the requirements contained in the Constitution. Exceptions to certain responsibilities should be determined exclusively by law and must be reasonable<sup>36</sup>.

Owelty of rights and obligations means that discrimination (distinction) in rights and obligations is not allowed on the grounds that depend on the natural features of a person or it's social status<sup>37</sup>. But the differences between individuals are natural (sex, age, citizenship) and can serve as a basis for reducing or increasing the content of rights and responsibilities provided by the state. In fact, “equal right” represents the implementation of an equal scale to different people who are essentially far from the same, not equal with each other, in connection with which “equal right” practically means violation of equality<sup>38</sup>. Distinctions between people in abilities, needs, tastes existed in the past and remain in the future and they can't be unified, or even destroyed. On the contrary, social progress requires the full development of personality, its abilities, needs, and tastes<sup>39</sup>.

V.A Maslennikov noted the peculiarity of the content of the principle of universality and owelty of constitutional duties. According to him, this principle should not be understood as the necessity for all citizens to fulfill all the obligations stipulated by the Basic Law, because the constitutional norms provide the possibility of limiting the range of subjects of performance of these obligations. He considered the essence of this principle as inadmissibility to dismiss a citizen from

performing constitutional obligations, if there are no legal and factual grounds for this<sup>40</sup>. According to G.M Komkova, this position is relevant in our time and states that the exceptions to the principle of owelty in relation to obligations must have substantive reasons. For example, exemption from military service and the replacement of it with an alternative civil service – in the presence of religious or other beliefs<sup>41</sup>. We consider this proposal as conversable.

## Conclusions

Thus, even if to think abstractly, absolute equality of rights and obligations can't be for all. This also applies to fundamental rights and obligations in constitutional law. They can be unequal for different groups of people (certain restrictions are possible for foreigners, not all citizens have election rights, etc.), but within each group, these rights and obligations should be the same for all its members<sup>42</sup>. When considering the problem of equality, one must take into account that it concerns, first and foremost about the equality of persons belonging to one legal category. Human and citizen rights may not coincide because their legal status is unequal. Therefore, the Constitution of the Netherlands of 1983 contains an important concluding provision: the attitude to all people should be equal on equal terms (Article 1)<sup>43</sup>. In this context, there is a very appropriate position of T. Ya. Habrieva, who believes that it might make sense to make such clarifications in other basic laws, as it will save a lot of groundless claims<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Летнянчин Л.І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики: Монографія. Харків : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. С. 170.

<sup>37</sup> Чиркин В.Е. Конституционное право в Российской Федерации. Учебник. Москва : Юристъ, 2002. С. 143.

<sup>38</sup> Кучинский В.А. Личность, свобода, права. Минск : Наука и техника, 1969. С. 59.

<sup>39</sup> Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. Учебное пособие. Москва : ИНФРА \*М – НОРМА, 1997. С. 68.

<sup>40</sup> Маслеников В.А. Конституционные обязанности советских граждан. Москва : Знание, 1970. С. 89.

<sup>41</sup> Комкова Г.Н. Конституционный принцип равенства прав и свобод человека и гражданина в России (понятие, содержание, механизмы защиты) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Саратов, 2002. С. 42.

<sup>42</sup> Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юристъ, 2002. С. 70.

<sup>43</sup> Конституции государств Европейского Союза / Под общей ред. Л.А. Окунькова. Москва : НОРМА-ИНФРА\* М, 1999. С. 476.

<sup>44</sup> Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. Москва : Норма, 2005. С. 149.

## NOTES

---

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)  
Issued quarterly  
Passed for printing: 26.02.2021